

Schriften zum Strafrecht

Band 418

Die Verletzung der Unterhaltspflicht gemäß § 170 I StGB

**Legitimationsprobleme der Strafbarkeit im Kontext
von Zivilrechtsakzessorietät, Vorfragenkompetenz
und problematischen Rechtsfolgen – zugleich ein Beitrag
zur Verwertbarkeit von Steuerdaten**

Von

Lara Höhne



Duncker & Humblot · Berlin

LARA HÖHNE

Die Verletzung der Unterhaltspflicht gemäß § 170 I StGB

Schriften zum Strafrecht

Band 418

Die Verletzung der Unterhaltspflicht gemäß § 170 I StGB

Legitimationsprobleme der Strafbarkeit im Kontext
von Zivilrechtsakzessorietät, Vorfragenkompetenz
und problematischen Rechtsfolgen – zugleich ein Beitrag
zur Verwertbarkeit von Steuerdaten

Von

Lara Höhne



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaft der Philipps-Universität Marburg
hat diese Arbeit im Jahre 2023 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Dieses Werk wurde auf Basis der Open Access-Lizenz CC BY 4.0
(s. <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0>) veröffentlicht. Die E-Book-Version
ist unter <https://doi.org/10.3790/978-3-428-59060-5> abrufbar.



© 2024 Lara Höhne
Erschienen bei Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpar
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0558-9126
ISBN 978-3-428-19060-7 (Print)
ISBN 978-3-428-59060-5 (E-Book)
DOI 10.3790/978-3-428-59060-5

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Danksagung

Mein Dank gebührt zuvörderst meinem Doktorvater, Herr Prof. Dr. Dr. h.c. dupl. Georg Freund, für die Betreuung dieser Arbeit – vielen Dank besonders für die vielen lebhaften Diskussionen, die nicht selten zu neuen Denkanstößen führten. Ebenfalls danke ich Herrn Prof. Dr. Jens Puschke für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Bedanken möchte ich mich zudem bei Herrn Prof. Dr. Henning Radtke für die zahlreichen fachlichen Gespräche sowie Anmerkungen, die mir an so mancher Stelle einen kritischen Zugang zu der Thematik eröffnet haben.

Zuletzt gilt mein Dank allen weiteren Personen, die mir allzeit hilfsbereit zur Seite standen und die mich in der Promotionszeit begleitet und unterstützt haben.

Marburg, im Oktober 2023

Lara Höhne

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung in die Problematik	11
B. Hauptteil	14
I. Zu schützendes Rechtsgut und Legitimation einer strafbewehrten Verhaltensnorm	14
1. Rechtsgüterschutz als Funktion und Legitimation des Strafrechts	14
2. Legitimation der Unterhaltspflicht	18
3. Legitimation der von § 170 I StGB vorausgesetzten strafbewehrten Verhaltensnorm	20
a) Rechtsgut der strafbewehrten Verhaltensnorm	21
aa) Schutz der öffentlichen Sozialhilfe oder privater Dritter	21
bb) Schutz des gesetzlich Unterhaltsberechtigten	26
(1) Schutz des (notwendigen) Lebensbedarfs des gesetzlich Unterhaltsberechtigten als Rechtsgut des § 170 I Fall 1 StGB	27
(a) Schutz des <i>notwendigen</i> Lebensbedarfs	27
(b) Pönalisierung bloßer zivilrechtlicher Unterhaltspflichtverletzungen	31
(c) Verhältnismäßigkeit (insb. Angemessenheit)	36
(d) Zwischenergebnis	37
(2) Schutz des notwendigen Lebensbedarfs des gesetzlich Unterhaltsberechtigten als Rechtsgut des § 170 I Fall 2 StGB	38
cc) Zwischenergebnis	41
b) Vergleich der von § 170 I StGB erfassten und nicht erfassten Verpflichtungen	42
aa) Einbeziehung der Unterhaltspflicht nach dem Lebenspartnerschaftsgesetz	44
bb) Andere auf familiärer Grundlage beruhende Verpflichtungen, insbesondere die Pflichten nach den §§ 1360 S. 2 und 1606 III 2 BGB	46
4. Ergebnis	50
5. Verhältnis der Verwirklichungsformen zueinander	50
6. Einordnung des Deliktstypus	53
a) Konkretes Gefährungsdelikt	54
b) Abstrakt-konkretes Gefährungsdelikt/Eignungsdelikt	55
c) Potentielles Gefährungsdelikt	57
7. Auswirkungen der Deliktsstruktur	58

8. Exkurs: § 170 II StGB	59
II. Bindungswirkung von Zivilurteilen	61
1. Begriffsbestimmungen	63
a) Bindungswirkung	63
b) Tatbestandswirkung	63
2. § 262 I StPO „Entscheidung zivilrechtlicher Vorfragen“	64
3. Bindungswirkung von Statusurteilen und Unterhaltsentscheidungen	67
a) Bindungswirkung von Statusurteilen	67
b) Bindungswirkung von Unterhaltsentscheidungen	74
aa) Selbstständige Prüfung des Strafrichters	74
bb) Bindung des Strafrichters an rechtskräftige Zivilurteile	77
c) Zwischenergebnis	81
III. Ermittlungsansätze für Staatsanwaltschaft, Ermittlungsbeamte und Strafrichter	82
1. Zivilurteile und unterhaltsrechtliche Leitlinien	82
2. Ermittlungstechnische Maßnahmen	84
a) Vernehmung der betroffenen Zeugen	84
b) BaFin-Anfragen	85
c) Konto-Abfragen/Bankanfragen	85
d) Durchsuchungen nach §§ 102, 103 StPO	85
e) Arbeitgeberanfragen	86
f) Gewerberegisteranfrage	86
g) Kreis-Jobcenter/Anfrage an Arbeitsagenturen	87
h) Anfrage an das Jugendamt	87
i) Weitere Ermittlungsmaßnahmen	87
3. Steuerdaten	88
a) Zweck und verfassungsrechtliche Verankerung des Steuergeheimnisses	89
b) Durchbrechungsmöglichkeiten de lege lata im Rahmen eines Verfahrens nach § 170 I StGB	90
aa) § 30 IV Nr. 1 lit a, lit. b AO	91
bb) § 30 IV Nr. 2 lit. a, b, c AO	91
cc) § 30 IV Nr. 3 AO	92
dd) § 30 IV Nr. 4 AO	92
ee) § 30 IV Nr. 5 AO	93
ff) Zwischenergebnis	95
c) Offenbarungs- und Verwendungsmöglichkeiten der Steuerdaten de lege ferenda in einem Verfahren nach § 170 I StGB	95
aa) Herabsetzung des Steuergeheimnisses zugunsten der Steuerpublizität de lege ferenda	95

bb) Einführung eines neuen Ausnahmetatbestands de lege ferenda	96
(1) Vereinbarkeit mit dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung	97
(a) Legitimer Zweck	99
(b) Geeignetheit und Erforderlichkeit	99
(c) Angemessenheit	99
(aa) Recht des Unterhaltsverpflichteten	100
(bb) Effektive Strafverfolgung und Recht des Unterhaltsberechtigten	102
(cc) Abwägungsergebnis	103
(2) Vereinbarkeit mit dem nemo tenetur-Grundsatz	104
(a) Grundlagen: Der Grundsatz nemo tenetur und die steuerlichen Mitwirkungspflichten	105
(aa) Der Grundsatz nemo tenetur se ipsum accusare	105
(bb) Konflikt mit den steuerlichen Mitwirkungspflichten	112
(b) Der Grundsatz nemo tenetur und Ermittlungen in Verfahren nach § 170 I StGB	114
(aa) Eingriff in das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit	115
(bb) Rechtfertigung des Eingriffs	116
(α) Bestehende Durchbrechungsmöglichkeiten des Steuergeheimnisses	117
(β) Nicht vom Verwendungsverbot erfasste Angaben	125
(γ) Vergleich mit anderen Vorschriften zur Auskunfterteilung	128
(δ) Legitimierbarkeit eines Eingriffs in den Grundsatz nemo tenetur und damit einer Durchbrechungsmöglichkeit des Steuergeheimnisses in einem Verfahren nach § 170 I StGB	132
(3) Grundsatz gleichmäßiger und gesetzmäßiger Besteuerung	138
cc) Schätzung nach § 162 AO	138
d) Ergebnis	139
4. Sozialdaten nach dem SGB X	140
a) „Sozialdaten“	140
b) Zweck des Sozialgeheimnisses	142
c) Übermittlungsbefugnisse de lege lata	142
aa) § 69 I Nr. 1 Fall 2 SGB X	143
bb) § 69 I Nr. 2 SGB X	144
cc) § 73 SGB X	147
dd) § 74 SGB X	148
ee) Zwischenergebnis	150
IV. Ergebnisse	150

V. Legitimation konkreter Strafbarkeitsanordnungen auf der Basis der Sanktions- norm des § 170 I StGB	151
C. Fazit	159
 Literaturverzeichnis	 161
Stichwortverzeichnis	172

A. Einführung in die Problematik

Die strafbare Verletzung der Unterhaltspflicht nach § 170 I StGB stellt sowohl die Wissenschaft als auch die (straf-)rechtliche Praxis vor erhebliche Schwierigkeiten. Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit den zentralen Problemen der Norm und versucht, diese einer Lösung zuzuführen. Hierzu zählen insbesondere Fragen nach dem von der Norm geschützten Rechtsgut sowie nach der Bindungswirkung von zivilgerichtlichen Entscheidungen. Darüber hinaus werden Denkanstöße gegeben, wie die (strafrechtliche) Verfolgung von Unterhaltspflichtverletzungen effektiver gestaltet werden kann.

Unterhaltsleistungen dienen dazu, den Lebensbedarf einer Person zu sichern, die hierzu selbst nicht in der Lage ist. Die entsprechenden Ansprüche auf Unterhalt resultieren aus zwischen dem Unterhaltsschuldner und dem Unterhaltsberechtigten bestehenden besonderen Beziehungen, beispielsweise der Bindung zwischen Eltern und ihren Kindern. Sie bilden ein für die Gesellschaft besonders wichtiges Gefüge sozialer Absicherung. Kommt ein Unterhaltsschuldner seiner Unterhaltspflicht trotz bestehender Leistungsfähigkeit nicht nach, stellt dies ein Verhalten dar, das für sich genommen bereits in hohem Maße missbilligenswert ist. Führt diese Pflichtverletzung sodann zu einer Gefährdung des Lebensbedarfs des Unterhaltsberechtigten, ist eine Reaktion mit Schuldspruch und Strafe auf das gefährdende Verhalten – wie noch näher darzulegen sein wird – nicht nur notwendig, sondern auch geboten. Dies kann nicht nur für eine konkrete Gefährdung des Lebensbedarfs gelten. Vielmehr greift die Notwendigkeit und Gebotenheit einer Sanktionierung auch dann, wenn Dritte den Lebensbedarf des Unterhaltsberechtigten anstelle des primär verpflichteten Unterhaltsschuldners sichern. Das Fehlverhalten des Unterhaltsschuldners – dessen Verhaltensnormverstoß – wird nicht dadurch geringer, dass der Unterhaltsschuldner die Hilfe Dritter – insbesondere durch öffentliche Kassen – erhalten kann.

In § 170 I StGB ist eine entsprechende Rechtsgrundlage für eine strafrechtliche Sanktionierung dieser Pflichtverletzung zu finden. Die Legitimation als *Straf*norm ist dabei seit jeher starker Kritik ausgesetzt, die insbesondere aus dem zivilrechtsakzessorischen Charakter des § 170 I StGB resultiert. Denn für die Frage nach der Tatbestandsverwirklichung kommt es maßgeblich auf Normen des Zivilrechts an. Gerade im Hinblick auf die zweite Verwirklichungsform des § 170 I StGB, die keine tatsächliche, sondern lediglich eine potentielle Gefährdung des Lebensbedarfs des Unterhaltsberechtigten erfordert, wird die Kritik laut, mit § 170 I StGB würde die schlichte Nichterfüllung einer zivilrechtlichen Pflicht sanktioniert. Um beantworten zu können, ob dies tatsächlich der Fall ist, muss zunächst geklärt werden, was das von der Norm konkret geschützte Rechtsgut ist. Nach nahezu übereinstimmender Auf-

fassung soll die Norm sowohl dem Schutz des Lebensbedarfs des Unterhaltsberechtigten als auch dem Schutz der öffentlichen Sozialhilfe vor Inanspruchnahme dienen. Der Schutz der öffentlichen Sozialhilfe ist allerdings – wie sich noch zeigen wird – allenfalls Konsequenz des Schutzes des Unterhaltsberechtigten und damit ein bloßer Rechtsreflex.

Auch bei grundsätzlicher Legitimierbarkeit des § 170 I StGB stellt die zivilrechtsakzessorische Norm die tägliche gerichtliche Praxis vor besondere Schwierigkeiten. Ein autonomes „strafrechtliches Unterhaltsrecht“ existiert nicht. Von Staatsanwalt und Strafrichter wird erwartet, die Leistungsfähigkeit des präsumtiven Täters nach den einschlägigen zivilrechtlichen Normen eigenständig zu prüfen und zu bewerten. Dabei kann es zu der Situation kommen, dass ein Zivilgericht das Bestehen einer für die Unterhaltungspflicht erforderlichen Statusbeziehung bereits festgestellt oder sogar über den Bestand und die Höhe eines konkreten Unterhaltsanspruchs entschieden hat. Ist dies der Fall, stellt sich die Frage, ob und inwieweit der Strafrichter an die Entscheidungen des Zivilgerichts gebunden ist. Kann der Strafrichter beispielsweise die Feststellung treffen, B ist Vater des Kindes, während das Zivilgericht noch eine Vaterschaft des A bejaht hat? Und wenn das Zivilgericht das Bestehen einer Unterhaltungspflicht abgelehnt hat, kann dann eine strafrechtliche Pflichtverletzung bei Nichterfüllung des – im Strafverfahren festgestellten – Unterhaltsanspruchs bestehen? Zur Beantwortung dieser relevanten Fragen ist strikt zwischen der Bindungswirkung von Entscheidungen über die Statusbeziehung zwischen Unterhaltsschuldner und Unterhaltsberechtigtem und der Bindungswirkung von Entscheidungen hinsichtlich der konkreten Höhe des Unterhaltsanspruchs zu differenzieren. Damit ein Unterhaltsanspruch nach den Normen des bürgerlichen Rechts überhaupt begründet werden kann, muss zunächst eine die Unterhaltungspflicht auslösende Statusbeziehung zwischen Unterhaltsschuldner und Unterhaltsberechtigtem bestehen. Ist eine entsprechende Beziehung gegeben, richten sich der Bestand und die Höhe des Unterhaltsanspruchs insbesondere nach dem Bedarf des Unterhaltsberechtigten und der Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners. Die (zivil-)gerichtlichen Entscheidungen über das Vorliegen einer Statusbeziehung und die konkrete Berechnung des Unterhaltsanspruchs unterliegen allerdings unterschiedlichen prozessualen Vorgaben, die unter B.II.3. in die Überlegungen zur Bindungswirkung zivilgerichtlicher Entscheidungen einzubeziehen sein werden.

Sofern keine Bindungswirkung von einer zivil- beziehungsweise familiengerichtlichen Entscheidung ausgeht oder dem Strafverfahren kein zivil-/familiengerichtliches Verfahren vorangegangen ist, haben die Staatsanwaltschaft und der Strafrichter die Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners genau zu ermitteln. Hierzu stehen insbesondere der Staatsanwaltschaft und ihren Ermittlungsbehörden bereits einige Ermittlungsmöglichkeiten zur Verfügung, die in der vorliegenden Arbeit kurz dargestellt werden sollen. Um die Strafverfolgung in Verfahren wegen Unterhaltungspflichtverletzung noch effektiver auszugestalten, wird zudem die Möglichkeit untersucht, auf Steuerdaten des präsumtiven Täters des § 170 I StGB zuzugreifen zu können. Die Durchbrechung des Steuergeheimnisses zugunsten einer

effektiven Strafverfolgung, die – mittelbar – dem Schutz des notwendigen Lebensbedarfs des Unterhaltsberechtigten dient, ist – wie unter B.III.3. gezeigt wird – verhältnismäßig ausgestaltbar. Das überwiegende Interesse an einer effektiven Strafverfolgung zum – mittelbaren – Schutz fundamentaler Rechtsgüter des Unterhaltsberechtigten muss Vorrang vor dem Interesse des Unterhaltsschuldners an der Geheimhaltung seiner Steuerdaten haben.

Eine weitere Möglichkeit, die Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners besser feststellen zu können, ist der Rückgriff auf Sozialdaten. Während die Verwendung von Daten, die dem Steuergeheimnis unterliegen, eine Regelung *de lege ferenda* erfordert, ist der Rückgriff auf Sozialdaten in einem Verfahren nach § 170 I StGB bereits *de lege lata* möglich. Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass in einem Zivilverfahren, das sich ebenfalls mit der Frage nach dem Bestehen und der Höhe eines Unterhaltsanspruchs auseinandersetzt, sowohl auf Steuer- als auch auf Sozialdaten zurückgegriffen werden kann. Warum eine Verwendungsmöglichkeit gewisser Steuer- und Sozialdaten, soweit sie zur Unterhaltsberechnung erforderlich sind, auch in einem Strafverfahren wegen Unterhaltspflichtverletzung bestehen sollte, wird unter B.III.3. und B.III.4. näher behandelt.

Neben der Schwierigkeit, die Fakten zu ermitteln, die die zivilrechtsakzessorischen Tatbestandsmerkmale der Norm betreffen, bereitet nicht zuletzt auch die Verhängung konkreter Strafbarkeitsfolgen nicht unerhebliche Probleme. Die angeordnete Rechtsfolge des § 170 I StGB – Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe – wirkt jedenfalls auf den ersten Blick kontraproduktiv. Während die Leistungsfähigkeit des vermögenslosen Schuldners durch die Auferlegung einer Geldstrafe weiter eingeschränkt wird, kann der sich im Freiheitsentzug befindliche Unterhaltsschuldner nur sehr eingeschränkt einer Beschäftigung nachgehen. Im Einzelfall können sowohl Geld- als auch Freiheitsstrafe hingegen durchaus sinnvolle und angemessene Reaktionen auf das begangene Unrecht darstellen. Zudem eröffnet das Sanktionensystem bei flexibler Handhabung durchaus Möglichkeiten auch in Fällen, in denen weder Freiheits- noch Geldstrafe sinnvoll erscheinen, eine Strafe zu verhängen, die nicht kontraproduktiv ist und dennoch ihre Funktion angemessen missbilligender Reaktion zu erfüllen vermag.

Während die vorstehend skizzierten zentralen wissenschaftlichen und praktischen Probleme des § 170 I StGB diskutiert und angemessenen Lösungen zugeführt werden sollen, wird in dieser Arbeit kein Schwerpunkt auf § 170 II StGB gelegt. Dieser wird lediglich am Ende der grundlegenden Ausführungen zum geschützten Rechtsgut des § 170 I StGB angesprochen. Dabei soll kurz auf die Hauptprobleme der Norm eingegangen werden, mit denen nicht zuletzt deren geringe Praxisrelevanz zusammenhängen dürfte.

B. Hauptteil

I. Zu schützendes Rechtsgut und Legitimation einer strafbewehrten Verhaltensnorm

Im folgenden Abschnitt soll insbesondere das zu schützende – und damit für die Legitimation der Norm als Strafvorschrift erforderliche – Rechtsgut des § 170 I StGB herausgearbeitet werden. Dazu wird in einem ersten Schritt zunächst kurz auf die grundsätzliche Funktion des Strafrechts eingegangen, Rechtsgüter zu schützen. Eine umfassende Auseinandersetzung mit der allgemeinen und höchst umstrittenen Frage nach der (mangelnden) Leistungsfähigkeit oder sogar Entbehrlichkeit des Rechtsgüterschutzkonzeptes ist dabei allerdings weder möglich noch erforderlich. Dies soll später kurz aufgezeigt werden. In einem zweiten Schritt wird in gebotener Kürze auf die Legitimation der Unterhaltspflicht als solcher eingegangen.

Sodann konzentriert sich die Ausarbeitung auf das von der Norm in ihren beiden Verwirklichungsformen konkret geschützte Rechtsgut. Dabei muss geklärt werden, ob die von § 170 I StGB vorausgesetzte Verhaltensanforderung „erfülle deine Unterhaltspflicht, wenn sonst der Unterhaltsbedarf des Unterhaltsberechtigten gefährdet ist oder ohne die Hilfe anderer gefährdet wäre“, als solche verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt. Nachdem das von der Verhaltensnorm unmittelbar und konkret geschützte Rechtsgut herausgearbeitet wurde, wird untersucht, ob dieses Grundlage einer entsprechenden *strafbewehrten* Verhaltensnorm sein kann.

Anschließend wird anhand der bis dahin erzielten Erkenntnisse eine konkrete Einordnung des Delikts als abstraktes, konkretes oder auch potentiell Gefährdungsdelikt vorgenommen. In einem letzten Schritt wird auf die korrekte Auslegung der Tatbestandsmerkmale, die sich aus der zutreffenden Einordnung ergibt, eingegangen werden.

1. Rechtsgüterschutz als Funktion und Legitimation des Strafrechts

Das Strafrecht hat die Funktion, Rechtsgüter zu schützen und genau diese Rechtsgüterschutzaufgabe legitimiert den Einsatz von Schuldanspruch und Strafe.¹

¹ Vgl. etwa MüKo-StGB/Radtke, Vor § 38 Rn. 1; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Hassmer/Neumann, Vor § 1 Rn. 109; Eggert, Der strafrechtliche Schutz des gesetzlichen Unterhaltsberechtigten, S. 5 ff. Auf die Meinungen, die der Rechtsgutslehre grundsätzlich ablehnend gegenüberstehen oder andere (verfassungsrechtliche) Legitimationskonzepte strafrechtlicher Normen verfolgen (so z. B. Stratenwerth, in: FS Lenckner, 377 ff.; Stratenwerth/Kuhlen, AT, § 2 Rn. 5 ff., 13 ff.; Appel, Verfassung und Strafe, S. 381 ff.; oder auch das harm principle

Zwar dienen neben dem Strafrecht auch das Zivil- und Verwaltungsrecht dem Rechtsgüterschutz. Diese weisen für den sich unrechtmäßig verhaltenden Bürger allerdings regelmäßig eine geringere Eingriffsintensität auf, sodass eine strafrechtliche Sanktionierung – wegen des mit der Bestrafung verbundenen besonders gewichtigen rechtlichen Tadels – gegenüber zivil- und verwaltungsrechtlichen Sanktionen eingriffsintensiver und damit grundsätzlich subsidiär ist.²

Für die Legitimation des Einsatzes von Strafrecht sind die Ebenen der Legitimität der dem Strafrecht vorgelagerten Verhaltensnorm auf der einen und der Legitimität der Sanktionsnorm auf der anderen Seite relevant.³ Teilweise wird davon ausgegangen, dass die jeweiligen Straf- beziehungsweise Sanktionsnormen (z. B. §§ 212, 223 StGB etc.) selbst dem Schutz bestimmter Güter und Interessen wie dem Leben oder der körperlichen Unversehrtheit dienen.⁴ Die Verhaltensnorm dient dabei primär der Aufgabe des Rechtsgüterschutzes, während die Sanktionsnorm insbesondere die zur Aufgabenerfüllung zur Verfügung stehenden Mittel betrifft.⁵ Andererseits wird etwa von *Freund* eine strikte Trennung zwischen dem Rechtsgut der Sanktionsnormen einerseits und den von den Verhaltensnormen zu schützenden Rechtsgütern andererseits vorgenommen. Nach diesem Konzept ver- oder gebieten Verhaltensnormen ein bestimmtes menschliches Verhalten und schützen damit Rechtsgüter wie das Leben, die körperliche Integrität, die Freiheit und das Vermögen *unmittelbar*. Demgegenüber schützen nach diesem Konzept Sanktionsnormen (und damit Strafvorschriften wie §§ 212 I, 223 I, 263 I StGB) als Rechtsgut die Geltungskraft der Verhaltensnorm.⁶ *Mittelbar* kommt dieser spezifisch strafrechtliche

und das offense principle von *Mill*, On Liberty; und *Feinberg*, Harm to Others – The Moral Limits of the Criminal Law) sowie auch auf die von *Jakobs* vertretene Lehre vom Normgeltungsschaden (vgl. *Jakobs*, AT, S. 35 ff.) wird hier nicht weiter eingegangen. Vgl. zu der Problematik auch *Swoboda*, ZStW 122 (2010), 24 ff.

² MüKo-StGB/Radtke, Vor § 38 Rn. 2.

³ MüKo-StGB/Radtke, Vor § 38 Rn. 1; vgl. zu der Unterscheidung von primären Verhaltens- und sekundären Sanktionsnormen auch *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, S. 28 ff.; *Renzikowski*, ARSP (87) 2001, 110 (111); *ders.*, Restriktiver Täterbegriff, S. 54 ff.

⁴ So etwa *Kaspar*, AT, § 1 Rn. 6; *Rengier*, AT, § 3 Rn. 1 ff.

⁵ MüKo-StGB/Radtke, Vor § 38 Rn. 1; *Radtke* verdeutlicht hier zudem, dass die Legitimität der Verhaltensnorm selbst nicht bereits die Legitimität der strafrechtlichen Sanktionsnorm herbeiführt. Dies ist erst dann der Fall, wenn die Aufgabe des Rechtsgüterschutzes nicht mit weniger eingriffsintensiven Mitteln erreicht werden kann.

⁶ MüKo-StGB/Freund, Vor § 13 Rn. 154; *Freund/Rostalski*, AT, § 1 Rn. 46; *Rostalski*, Der Tatbegriff im Strafrecht, S. 17 ff.; *Freund/Rostalski*, GA 2018, S. 264 ff.; *dies.*, GA 2020, S. 617 ff.; differenzierend auch *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, S. 77 ff.; *Rostalski*, Alternativ legitimierte Verhaltensnormen, S. 8 ff.; *Heinrich*, Die gesetzliche Bestimmung von Strafschärfungen, S. 39 ff.; *Mulch*, Strafe und andere staatliche Maßnahmen gegenüber juristischen Personen, S. 29 ff. – Zum akzessorischen Charakter des Strafrechts und zum vorausgesetzten Verstoß gegen eine (legitimierbare) Verhaltensnorm s. auch *Ernst*, Blankettstrafgesetze und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen, S. 47 ff. – Für eine Zusammenfassung von Verhaltens- und Sanktionsnorm als Bewertungseinheit etwa *Eising*, Die Strafbarkeit des Eigendopings, S. 61 ff. – Gegen ein solches Konzept der Bewertungs-

Rechtsgüterschutz nach dem Konzept von *Freund* auch dem Schutz der Rechtsgüter zugute, deren Schutz die Verhaltensnorm unmittelbar bezweckt.⁷

Die vorliegende Arbeit folgt dem Gedanken, dass sowohl die Verhaltens- als auch die Sanktionsnorm ein differenziertes Schutzkonzept bilden und gemeinsam der Erreichung desselben Ziels dienen: dem Schutz bestimmter Rechtsgüter. Auf Verhaltensnormebene sollen die erkannten oder zumindest erkennbaren Legitimationsgründe die Einsicht in die Verbindlichkeit der Verhaltensnorm und damit deren Befolgung fördern. Dagegen soll auf (abstrakt genereller) Sanktionsnormebene in generalpräventiver Weise die Androhung von strenger (aber gerechter) Strafe präsumtive Täter von ihrem Vorhaben abhalten. Verhaltens- und Sanktionsnorm bedürfen allerdings jeweils der *gesonderten* Legitimation. Das heißt konkret, dass in einem ersten Schritt die Verfassungsmäßigkeit der Verhaltensnorm geprüft werden muss und erst dann die der Sanktionsnorm. Da der Verhaltens- und der Sanktionsnorm die einheitliche Rechtsgüterschutzaufgabe betreffend ein bestimmtes Rechtsgut zuzuordnen ist, muss zwar noch nicht bei der Begründung einer Verhaltensnorm als solcher, wohl aber bei der Bestimmung der entsprechenden *strafbewehrten* Verhaltensnorm auch die jeweilige Sanktionsnorm in den Blick genommen werden. Die der jeweiligen Sanktionsnorm zugrundeliegende strafbewehrte Verhaltensnorm findet folglich bereits dadurch eine Konkretisierung, dass nicht jede Pflicht zu ihrer Legitimation als *strafbewehrter* Verhaltensnorm ausreicht. Vielmehr muss die Verhaltensanforderung ihrerseits grundsätzlich einer Strafbewehrung zugänglich sein; dafür muss das strafrechtlich zu sanktionierende Fehlverhalten hinreichend gewichtig sein.⁸ Auf Sanktionsnormebene findet bei der Rechtsfolgenbestimmung eine Auseinandersetzung mit der konkreten Möglichkeit und Art der Sanktionierung mit Schuldspruch und Strafe statt. Nur eine angemessene Sanktion kann Grundlage legitimer Strafgesetzgebung und Strafrechtsanwendung sein und nur durch eine angemessene Sanktionsandrohung kann rechtmäßig effektiver Rechtsgüterschutz betrieben werden.

Um den Rechtsgutsbegriff und seine Relevanz für das Strafrecht herrscht Streit. Definitionen des Begriffs „Rechtsgut“ gibt es in diversen – teils inhaltlich im Kern übereinstimmenden – Ausgestaltungen und Formulierungen. Beispielhaft definieren *Krey/Esser*⁹ Rechtsgüter als von der Rechtsordnung vorgefundene oder von ihr erst

einheit nachdrücklich *Walther*, Der „Vollrausch“ als Straftat (§ 323a StGB), 2. Teil B III (S. 33 ff.); s. auch *Freund/Rostalski*, GA 2020, 617 (625 ff.).

⁷ *Freund/Rostalski*, AT, § 1 Rn. 49.

⁸ Im Hinblick auf die besondere Intensität des Eingriffs in Form von Schuldspruch und Strafe genügt es nicht, wenn überhaupt ein klarer und eindeutiger tatbestandsspezifischer Verhaltensnormverstoß begründet werden kann. Vielmehr folgt aus dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ein bei sämtlichen Straftaten zu beachtendes zusätzliches Erfordernis: Der klar und eindeutig gegebene tatbestandsspezifische Verhaltensnormverstoß muss für Schuldspruch und Strafe auch hinreichend gewichtig sein; s. dazu z.B. *Freund/Rostalski*, AT, § 2 Rn. 45 f., § 4 Rn. 92.

⁹ *Krey/Esser*, AT, § 1 Rn. 7.

geprägte Lebensgüter, Sozialwerte und rechtlich anerkannte Interessen, die für den Einzelnen oder die Allgemeinheit nützlich sind und daher Rechtsschutz genießen. Nach *Roxin/Greco*¹⁰ sind unter Rechtsgütern alle Gegebenheiten oder Zwecksetzungen zu verstehen, die für die freie Entfaltung des Einzelnen, die Verwirklichung seiner Grundrechte und das Funktionieren eines auf dieser Zielvorstellung aufbauenden staatlichen Systems notwendig sind. *Wessels/Beulke/Satzger*¹¹ meinen, Rechtsgüter seien diejenigen Lebensgüter, Sozialwerte und rechtlich anerkannte Interessen des Einzelnen oder der Allgemeinheit, die wegen ihrer besonderen Bedeutung für die Gesellschaft Rechtsschutz genießen. Regelmäßig erfolgt zudem eine Differenzierung zwischen den Rechtsgütern des Einzelnen wie Leib, Leben, Freiheit, Ehre oder Eigentum (Individualrechtsgüter) und den Rechtsgütern der Allgemeinheit, etwa dem Bestand des Staates und seiner freiheitlich-demokratischen Grundordnung, der Sicherheit des Straßenverkehrs und der Zuverlässigkeit von Urkunden im Rechtsverkehr (Universalrechtsgüter).¹² Wobei der Schutz der Universalrechtsgüter als Rechtsgüterschutz im vermittelten Interesse der in der Gesellschaft lebenden Individuen eingeordnet werden kann.¹³ Weitgehende Einigkeit besteht zudem darüber, dass nur sozialschädigende, ein friedliches Zusammenleben schädigende oder gefährdende Verhaltensweisen strafrechtlich sanktioniert werden dürfen, nicht hingegen bloße Unmoral, Unsittlichkeit beziehungsweise Ungebührlichkeit oder sonstige Verwerflichkeit eines Verhaltens.¹⁴ Diese zunächst im Grundsatz begrüßenswert restriktive Funktion des Rechtsgüterschutzkonzeptes erfährt allerdings insofern eine Relativierung, als die Schutzwürdigkeit beziehungsweise die grundsätzliche Einordnung als Rechtsgut von den jeweils vorherrschenden gesellschaftlichen Anschauungen und der Gesellschaftsstruktur abhängig und damit einer gewissen Dynamik unterworfen ist. Die Abschaffung eines Tatbestandes, der lediglich dem Schutz von Moral- und Wertvorstellungen dient, kann daher unter Umständen erst mit einem Wandel der gesellschaftlichen Vorstellungen vollzogen werden.¹⁵

Nicht selten wird die Rechtsgutslehre und damit das Konzept des Rechtsgüterschutzes in Gänze verworfen und allein eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit vor-

¹⁰ *Roxin/Greco*, AT I, § 2 Rn. 7.

¹¹ *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, § 1 Rn. 11.

¹² Vgl. hierzu etwa MüKo-StGB/Freund, Vor § 13 Rn. 47; *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, § 1 Rn. 11; *Roxin/Greco*, AT I, § 2 Rn. 10.

¹³ Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Hassemer/Neumann, Vor § 1 Rn. 138; vgl. hierzu m. w. N. auch *Roxin/Greco*, AT I, § 2 Rn. 11.

¹⁴ *Roxin/Greco*, AT I, § 2 Rn. 17; Swoboda, ZStW 122 (2010), 24 (26); Kudlich, ZStW 127 (2015), 635 (643); zu einer autonomietheoretischen Begründung vgl. *Greco*, ZIS 2008, 234 (237 f.).

¹⁵ *Frisch*, in: FS Stree/Wessels, 69 (71 ff.); vgl. zur Dynamik des Rechtsgutsbegriffes auch Kudlich, ZStW 127 (2015), 635 (644).

genommen.¹⁶ Das kann jedenfalls in dieser Allgemeinheit nicht überzeugen. Denn bei der Prüfung, ob eine Verhaltensnorm dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entspricht, bedarf es stets eines legitimen Zwecks, welcher nicht beliebiger Art sein kann, sondern vielmehr seinerseits einer Rechtfertigung bedarf.¹⁷ Letztlich wird damit als legitimer Zweck immer der Schutz bestimmter Rechtsgüter stehen müssen, sodass auch hier die im Rahmen der Rechtsgutslehre entwickelten Grundsätze in ihrer strafbegründenden und strafbegrenzenden Funktion herangezogen werden können und müssen. Zu anderen Ergebnissen kann eine Vorgehensweise, die sich allein an einer Verhältnismäßigkeitsprüfung orientiert, daher nicht führen. Die besondere Problematik liegt damit weniger in der Frage nach der „Anwendbarkeit“ der Rechtsgutslehren an sich, als vielmehr in einer präzisen Bestimmung des zu schützenden Rechtsguts beziehungsweise der Feststellung, dass eine oder auch gerade keine für die Legitimation der Verhaltensnorm erforderliche drohende Rechtsgutsbeeinträchtigung vorliegt.

Festzuhalten ist damit, dass die Legitimation von Strafgesetzen – ebenso wie bereits die Legitimation von Verhaltensnormen – voraussetzt, dass diese dem Schutz eines Rechtsgutes dienen. Erst wenn festgestellt wurde, dass und welches Rechtsgut genau bei einer Übertretung der vorausgesetzten Norm verletzt wird, kann zu der Frage übergegangen werden, ob eine Beeinträchtigung (Verletzung oder Gefährdung) dieses Rechtsguts ein derartiges Gewicht erreicht, dass eine der Verletzung entgegenwirkende *strafbewehrte* Verhaltensnorm sowie eine *strafrechtliche Sanktionierung* des tatbestandsmäßigen Verhaltens erforderlich und angemessen ist. Wird nach dieser Maßgabe die Legitimität von Verhaltens- und Sanktionsnorm festgestellt, kommt dem Rechtsgüterschutzkonzept im Rahmen der Auslegung der Norm durchaus weichenstellende Bedeutung zu.

2. Legitimation der Unterhaltspflicht

Voraussetzung der § 170 I StGB zugrundeliegenden strafbewehrten Verhaltensnorm ist zunächst die legitimierbare Rechtspflicht des Unterhaltsschuldners gegenüber seinem Unterhaltsgläubiger die entsprechenden Leistungen zu erbringen. Durch die Auferlegung von Unterhaltsleistungen wird der Verpflichtete in seiner durch Art. 2 I GG geschützten Handlungsfreiheit eingeschränkt. Diese ist aber nur im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung gewährleistet, zu der auch das Unterhaltsrecht gehört, soweit es insbesondere mit Art. 6 I GG im Einklang steht.¹⁸

¹⁶ Vgl. hierzu BVerfGE 120, 224 (241 f.); Swoboda, ZStW 122 (2010), 24 ff.; hierzu (insbesondere zur Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips durch das Bundesverfassungsgericht) ausführlich *Roxin/Greco*, AT I, § 2 Rn. 86 ff. Das Rechtsgüterschutzkonzept ablehnend etwa *Stuckenberg*, ZStW 129 (2017), 349 ff.

¹⁷ *Roxin*, StV 2009, 544 (545); vgl. hierzu auch *Kudlich*, ZStW 127 (2015), 635 (649 f.); vgl. auch *Greco*, ZIS 2008, 234 (238).

¹⁸ BVerfG NJW 1981, 1771; BVerfG NJW 2012, 2420 (2421); BeckOGK-BGB/*Selg*, § 1601 Rn. 9. Der Unterhalt darf nicht zu einer unverhältnismäßigen Belastung des Unter-

Grundlage der besonders relevanten Unterhaltspflicht zwischen Verwandten in gerader Linie (vgl. § 1601 BGB) ist die familiäre Solidarität, insbesondere zwischen Eltern und Kindern. Enthalten ist das Recht und die Pflicht, materiell und persönlich füreinander Verantwortung zu übernehmen.¹⁹ Wie vom Gesetzgeber als Leitbild der Eltern-Kind-Beziehung in § 1618a BGB statuiert, ist die familiäre Verantwortlichkeit füreinander von der wechselseitigen Pflicht von Eltern und Kindern zu Beistand und Rücksichtnahme geprägt.²⁰

Die Verpflichtung der Ehegatten untereinander, durch ihre Arbeit und mit ihrem Vermögen die Familie zu unterhalten, ist in § 1360 BGB geregelt. Der Familienunterhalt ist Ausfluss der in § 1353 I BGB generell und allgemein normierten ehelichen Solidarität zur Sicherung der wirtschaftlichen Grundlage der Ehegatten für die Gestaltung des gemeinsamen Lebens.²¹ Eheleute tragen Verantwortung füreinander und haben eine besondere Beistandspflicht gegenüber dem jeweils anderen.²² An die Stelle des Familienunterhalts tritt nach Trennung der Eheleute der Trennungsunterhalt nach § 1361 BGB. Das eheliche Band rechtfertigt weiterhin eine starke Verantwortung des leistungsfähigen Ehegatten für den wirtschaftlich Schwächeren.²³ Nach der Scheidung obliegt es nach § 1569 S. 1 BGB hingegen jedem Ehegatten selbst, für seinen Unterhalt zu sorgen. Nach § 1569 S. 2 BGB hat ein geschiedener Ehegatte nur dann einen Anspruch auf Unterhalt nach den folgenden Vorschriften, wenn er außerstande ist, für seinen Unterhalt selbst zu sorgen. Die nacheheliche Solidarität lässt nur unter engen Grenzen einen Zugriff auf die wirtschaftliche Gestaltungsfreiheit des jeweils anderen geschiedenen Ehegatten zu.²⁴

Die Legitimation der Verhaltensnorm, die eigene Unterhaltspflicht zu erfüllen, begegnet keinen Bedenken. Die Pflicht zur Unterstützung einer anderen Person, zu der eine besondere, grundrechtlich geschützte Beziehung besteht, greift zwar insbesondere in die allgemeine Handlungsfreiheit des Unterhaltspflichtigen ein. Dieser Eingriff ist aber durch überwiegende Interessen gerechtfertigt. Im Folgenden soll untersucht werden, ob und ggf. inwieweit diese als solche legitimierbare Verhaltensnorm in verfassungsrechtlich legitimierbarer Weise von § 170 I StGB mit einer Strafbewehrung ausgestattet ist.

haltspflichtigen führen, insbesondere muss die Leistungsfähigkeit berücksichtigt werden. Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Unterhaltsrecht ist § 1603 I BGB, vgl. hierzu BVerfG NJW 2012, 2420 (2421).

¹⁹ BeckOGK-BGB/Selg, § 1601 Rn. 7 ff.; vgl. hierzu auch BVerfG NJW 2005, 1561 (1563 f.).

²⁰ BVerfG NJW 1981, 1943; BVerfG NJW 2005, 1561 (1564).

²¹ BeckOGK-BGB/Preisner, § 1360 Rn. 9.

²² MüKo-BGB/Weber-Monecke, § 1360 Rn. 1.

²³ BeckOGK/Preisner, § 1361 Rn. 3, 5.

²⁴ BeckOGK-BGB/Preisner, § 1360 Rn. 4 ff.; vgl. zum Regel-Ausnahme-Prinzip auch BeckOGK/Schlünder, § 1569 Rn. 10.

3. Legitimation der von § 170 I StGB vorausgesetzten strafbewehrten Verhaltensnorm

Damit eine bestimmte *strafbewehrte* Verhaltensanforderung an den Bürger gestellt werden kann, muss die entsprechende Verhaltensnorm – wie bereits angesprochen – ein dafür hinreichend wichtiges Rechtsgut schützen. Es muss daher zunächst geklärt werden, welches Rechtsgut die Verhaltensanforderung „erfülle deine Unterhaltspflicht, wenn andernfalls der Unterhaltsbedarf des Unterhaltsberechtigten gefährdet ist oder gefährdet wäre“, konkret schützt und ob das Aufstellen der genannten Verhaltensnorm als *strafbewehrte* Verhaltensnorm zum Schutz des Rechtsguts verfassungsrechtlichen Anforderungen, insbesondere Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten genügt.

Strafrechtlich sanktioniert wird nach § 170 I StGB derjenige, der einer gesetzlichen Unterhaltspflicht nicht nachkommt und damit – insbesondere in der zweiten Verwirklichungsform einer nur potentiellen Gefährdung des Lebensbedarfs – in concreto die Nichterfüllung zivilrechtlicher Pflichten. Früher sollte § 170 I StGB das durch die Verletzung der gesetzlichen Unterhaltspflicht begangene Unrecht gegen die Bande des Blutes und der Familie – einen Familientreuebruch – bedrohen.²⁵ Inzwischen ist jedoch allgemein anerkannt, dass jedenfalls hierin nicht das zu schützende legitime Rechtsgut liegen kann.²⁶

Nach heutigem Verständnis soll § 170 I StGB vielmehr nach nahezu einhelliger Auffassung den gesetzlich Unterhaltsberechtigten vor einer Gefährdung seines materiellen Lebensbedarfs sowie daneben (sekundär) die innerstaatliche Sozialgemeinschaft beziehungsweise die sozialen Sicherungssysteme vor Inanspruchnahme öffentlicher Mittel durch den Unterhaltsberechtigten schützen.²⁷ Durch die Norm soll die Erfüllung privatrechtlicher Ansprüche unter Anwendung strafrechtlicher Mittel gesichert werden.²⁸ Das Bundesverfassungsgericht hat diesbezüglich entschieden, dass das geschützte Rechtsgut nicht die ordnungsgemäße Erfüllung gesetzlicher

²⁵ BGHSt 5, 106; OLG Hamm NJW 1960, 1632.

²⁶ Lackner/Kühl/Heger, § 170 Rn. 1; Oehler, FamRZ 1959, 489; Kaiser, NJW 1972, 1847 (1848); Eggert, Der strafrechtliche Schutz des gesetzlichen Unterhaltsberechtigten, S. 31; vgl. auch BGH NJW 1959, 303 f.; ansonsten wären Unterhaltspflichten, die nicht auf genetischer („blutsmäßiger“) Abstammung beruhen nicht erfasst. Aber ebenso wie die Erfüllung der Unterhaltspflicht (das geforderte Verhalten) selbst nicht das zu schützende Rechtsgut sein kann, kann auch die „Bande des Blutes“ als Grund der Unterhaltspflicht nicht gleichsam das geschützte Rechtsgut darstellen; so auch Eggert, Der strafrechtliche Schutz des gesetzlichen Unterhaltsberechtigten, S. 13.

²⁷ BVerfG NJW 1979, 1445; BGH NJW 1975, 1232 (1234); BGH NJW 1979, 2482; Sch/Sch/Bosch/Schittenhelm, § 170 Rn. 1; Matt/Renzikowski/Kuhli, § 170 Rn. 1; SK-StGB/Schall, § 170 Rn. 5; BeckOK/Heuchemer, § 170 Rn. 1; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Frommel, § 170 Rn. 5; MüKo-StGB/Ritscher, § 170 Rn. 3, 4; LK-StGB/Dippel, § 170 Rn. 7; Gössel/Dölling, Strafrecht BT I, § 50 Rn. 3; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT II, § 63 Rn. 25; Krumm, NZFam 2015, 54; Hillenbrand, NZFam 2020, 545.

²⁸ Oehler, FamRZ 1959, 489; Mittelbach, JR 1964, 309.

Unterhaltspflichten schlechthin sei, sondern die materielle Sicherstellung des Berechtigten sowie – zweitrangig – die Schonung der öffentlichen Finanzen.²⁹ In den folgenden Ausführungen soll untersucht werden, inwiefern § 170 I StGB – insbesondere in seiner zweiten Verwirklichungsform – den Schutz der genannten Rechtsgüter bezweckt oder ob die Norm allein der Sanktionierung der Nichterfüllung einer schlichten zivilrechtlichen Pflicht dient, sodass § 170 I StGB als *Strafvorschrift* wohl kaum legitimierbar wäre. Ausgangspunkt ist hierbei zunächst, dass die Verletzung der Unterhaltspflicht zwar eine notwendige, jedoch keine hinreichende Tatbestandsvoraussetzung ist. Vielmehr bedarf es eines weiteren Unrechtslements – im Rahmen des § 170 I StGB einer irgendwie gearteten Gefährdung des Lebensbedarfs des zivilrechtlich Unterhaltsberechtigten.

a) *Rechtsgut der strafbewehrten Verhaltensnorm*

Zunächst soll geklärt werden, welches Rechtsgut konkret die von § 170 I StGB vorausgesetzte strafbewehrte Verhaltensnorm schützt.

aa) Schutz der öffentlichen Sozialhilfe oder privater Dritter

Als „anderer“ im Sinne des § 170 I StGB, ohne dessen Hilfe der Lebensbedarf des Unterhaltsberechtigten gefährdet wäre, ist jeder anzusehen, der nicht auf Grund eigener, vorrangiger und originärer (Selbst-)Verpflichtung den Lebensunterhalt des Berechtigten sichert.³⁰ Dies kann einerseits die öffentliche Hand sein und andererseits eine Privatperson, die aufgrund eigener nachrangiger Verpflichtung oder auf freiwilliger Basis Leistungen anstelle des Unterhaltsschuldners erbringt, weil dieser seiner Unterhaltspflicht nicht nachkommt.³¹

Private Dritte, die anstelle des Unterhaltsschuldners Leistungen erbringen – sei es rein freiwillig oder weil sie lediglich nachrangig zur Unterhaltszahlung verpflichtet sind – fallen nach zutreffender Auffassung nicht unter den Schutzzweck des § 170 I StGB. Weder soll der aus freiwilligen Stücken eingreifende Dritte noch derjenige, der sobald der vorrangig verpflichtete Unterhaltsschuldner ausfällt, selbst der Strafandrohung des § 170 I StGB unterläge, geschützt werden.³² Die oben bereits aufgestellte Verhaltensnorm „erfülle deine Unterhaltspflicht, wenn andernfalls der

²⁹ BVerfG NJW 1979, 1445.

³⁰ MüKo-StGB/Ritscher, § 170 Rn. 58.

³¹ Erforderlich ist diesbezüglich immer ein „innerer Zusammenhang“ zwischen der Unterhaltsverweigerung und der Hilfe des Dritten in dem Sinne, dass die Hilfe (der öffentlichen Hand oder privater Dritter) deswegen gewährt wird, weil die (primär) Unterhaltsverpflichteten ihrer Unterhaltspflicht nicht nachkommen; vgl. hierzu etwa BVerfG NJW 1979, 1445 f.; LK-StGB/Dippel, § 170 Rn. 62; MüKo-StGB/Ritscher, § 170 Rn. 59 ff.; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT II, § 63 Rn. 38.

³² Verfünden, Die Verletzung der Unterhaltspflicht, S. 32; Neudek, Zur Problematik der strafbaren Verletzung der Unterhaltspflicht, S. 16.

Lebensbedarf des Unterhaltsberechtigten gefährdet ist oder ohne die Hilfe anderer gefährdet wäre“, dient – ebenso wie der zivilrechtliche Unterhaltsanspruch selbst – *allein* den berechtigten Interessen des Unterhaltsberechtigten. Lediglich als mittelbarer Schutzreflex kommt die Erfüllung der Unterhaltspflicht auch privaten Dritten zugute.

Auch folgende Gedanken sprechen gegen eine Einbeziehung privater Dritter, die anstelle des Unterhaltsverpflichteten Leistungen an den Unterhaltsberechtigten erbringen: Wären auch deren Rechtsgüter vom Schutzzweck der Norm umfasst, könnte der nichtleistende Unterhaltsverpflichtete vielfach kaum überschauen, wessen Rechtsgüter durch sein Verhalten möglicherweise beeinträchtigt werden. Des Weiteren besteht keine vergleichbare Sonderbeziehung zwischen dem Unterhaltsschuldner und dem privaten Dritten wie dies hinsichtlich des Unterhaltsberechtigten der Fall ist.

Der Schutz der sozialen Sicherungssysteme vor Inanspruchnahme³³ wird demgegenüber von der bislang herrschenden Meinung³⁴ als zumindest sekundär geschütztes Rechtsgut angesehen, wobei unter den Schutz nur die deutschen Sozialbehörden fallen sollen.³⁵

Für eine Einbeziehung dieser Schutzrichtung wird insbesondere die Entstehungsgeschichte der Norm angeführt. Als unmittelbarer Vorläufer von § 170b StGB, der wiederum durch Art. 1 Nr. 20 des 6. StrRG vom 26.01.1998 inhaltsgleich zu § 170 I StGB wurde, war für die bereits mit dem Reichsgesetz vom 12.03.1894 in das StGB gelangte Übertretungsnorm des § 361 Nr. 10 StGB anerkannt, dass dieser allein dem Zweck diene, die öffentlichen Armen- und Wohlfahrtsbehörden vor „missbräuchlicher“ Inanspruchnahme zu schützen.³⁶ Andererseits zeigt sich ein Wandel des gesetzgeberischen Willens vom zunächst primären Schutz der Wohlfahrtsbehörden hin zum Individualschutz des Unterhaltsberechtigten, denn in Entwürfen und Begründungen der Folgezeit fand der Schutz der sozialen Sicherungssysteme teilweise überhaupt keinen Anklang mehr.³⁷ Nach der bis November 1973

³³ I. d. R. wird von einer „*ungerechtfertigten*“ Inanspruchnahme der Sozialbehörden gesprochen. Indem allerdings für den Fall, dass der eigentliche Unterhaltsschuldner nicht zahlt, ein Anspruch des Unterhaltsberechtigten gegenüber der Sozialbehörde besteht – die Inanspruchnahme demnach nicht „ungerechtfertigt“ ist –, kann diese Formulierung zu Verwirrung führen und wird daher in der vorliegenden Arbeit nicht verwendet. Auch die Wendung der „missbräuchlichen“ Inanspruchnahme macht nicht ausreichend deutlich, dass sich mitnichten derjenige, der die Sozialleistungen in Anspruch nimmt, sondern allein derjenige missbräuchlich verhält, der seiner Unterhaltspflicht nicht nachkommt und dessen Nichtleistung kausal zu einem Tätigwerden/einer Inanspruchnahme der Sozialbehörden führt.

³⁴ Vgl. B. Fn. 27.

³⁵ SK-StGB/Schall, § 170 Rn. 5, 7; Kunz, NJW 1995, 1519.

³⁶ BGH NJW 1959, 382 (383); Eggert, Der strafrechtliche Schutz des gesetzlichen Unterhaltsberechtigten, S. 8; Verfürden, Die Verletzung der Unterhaltspflicht, S. 34; Neudek, Zur Problematik der strafbaren Verletzung der Unterhaltspflicht, S. 16; zur Historie siehe auch MüKo-StGB/Ritscher, § 170 Rn. 1.

³⁷ Vgl. BT-Drs. VI/3521, S. 13 f.; Verfürden, Die Verletzung der Unterhaltspflicht, S. 36.

geltenden Fassung des § 170b I StGB machte sich strafbar, „wer sich einer gesetzlichen Unterhaltspflicht vorsätzlich entzieht, so dass der Lebensbedarf des Unterhaltsberechtigten gefährdet ist oder ohne öffentliche Hilfe oder die Hilfe anderer gefährdet wäre“. Aus dem eindeutigen Rekurs auf die öffentliche Hilfe könnte nun geschlossen werden, dass diese auch – wenngleich zweitrangig – Schutzobjekt der Norm sei. Dies hätte unter anderem zur Folge, dass § 170b I StGB auch als Schutzgesetz im Sinne des § 823 II BGB zu Gunsten des öffentlichen Versorgungsträgers, der durch sein Eingreifen die Gefährdung des Lebensbedarfs des Berechtigten verhindert hat, verstanden werden könnte.³⁸ Auch nach der Änderung des Wortlauts hin zu der allgemeineren Formulierung „Hilfe anderer“ verweist der BGH in Entscheidungen weiterhin auf seine damalige Begründung³⁹ oder führt an, dass die Streichung der ausdrücklichen Nennung der öffentlichen Hilfe keine sachliche Änderung bedeute.⁴⁰ Dieses Wortlautargument führt allerdings nicht weiter und kann jedenfalls kein Argument für eine Einbeziehung der öffentlichen Sozialhilfe in den Schutzbereich der Norm darstellen. Denn zum einen hat die öffentliche Hilfe keine gesonderte Stellung innerhalb des Tatbestandes des § 170 I StGB mehr. Zum anderen würde sich aus dieser Tatsache allein, selbst wenn die öffentliche Sozialhilfe weiterhin neben der „Hilfe anderer“ explizit aufgeführt werden würde, nicht erschließen, weshalb die Norm zwar nicht den Schutz der übrigen (privaten) anstelle des Unterhaltspflichtigen Hilfeleistenden bezweckt, jedoch den Schutz der öffentlichen Sozialhilfe.

Des Weiteren kann aus der Tatsache, dass der Gesetzgeber ausgerechnet Unterhaltspflichtverletzungen strafrechtlich sanktioniert, hingegen nicht andere auf familienrechtlicher Grundlage beruhende Verpflichtungen vergleichbarer Qualität, nicht geschlossen werden, dass dies seine Berechtigung darin hat, dass in den Fällen des § 170 I StGB zugleich ein weiteres Rechtsgut – der Schutz der Sozialbehörden vor unberechtigter Inanspruchnahme – geschützt werde.⁴¹ Dieser Schluss würde sozusagen „das Pferd von hinten aufzäumen“, weil hierin kein taugliches Argument für die Einbeziehung eines Rechtsgutes „Schutz der Sozialbehörden“ gesehen werden kann, sondern die Existenz und Legitimation eines solchen Rechtsgutes bereits vorausgesetzt würde. Anders ausgedrückt: Sollte der Schutz der Sozialbehörden vor Inanspruchnahme tatsächlich ein von § 170 I StGB geschütztes Rechtsgut sein, so würde dies durchaus eine Erklärung dafür bieten, warum speziell Unterhaltspflichtverletzungen strafrechtlicher Sanktionierung unterzogen werden können, andere familienrechtliche Pflichtentatbestände hingegen nicht. Jedoch lässt die Tatsache, dass Unterhaltspflichtverletzungen vom Gesetzgeber einer strafrechtlichen Sanktionierung unterworfen werden, nicht den Schluss zu, dass allein deshalb neben dem Schutz des Unterhaltsberechtigten vor Gefährdung seines materiellen Le-

³⁸ BGH NJW 1959, 382 (383); BGH NJW 1959, 1725 (1728).

³⁹ Vgl. BGH NJW 2010, 2353 (2354).

⁴⁰ BGH NJW 1976, 1273 (1274).

⁴¹ So allerdings *Eggert*, Der strafrechtliche Schutz des gesetzlichen Unterhaltsberechtigten, S. 50 f.

bensbedarfes auch der Schutz der Sozialbehörden ein strafrechtlich schützenswertes Rechtsgut darstellt.

Von *Verfürden* wird darauf hingewiesen, dass die öffentliche Sozialhilfe jedenfalls durch die Auszahlung der Hilfeleistung keinen Vermögensschaden erleide, da sie damit lediglich einen gegen sie gerichteten Anspruch erfülle.⁴² Allerdings entsteht der Anspruch gegen den Träger der Sozialhilfe gerade erst durch das Verhalten – genauer durch das pflichtwidrige sich der Unterhaltspflicht Entziehen – des Unterhaltsverpflichteten, sodass zwar in der eigentlichen Auszahlung kein Vermögensschaden zu sehen ist, wohl aber in der von dem Unterhaltsschuldner durch sein Unterlassen zu verantwortenden Anspruchsentstehung. Nach den allgemeinen Regeln muss der Regressanspruch, den der Träger der Sozialhilfe gegenüber dem Unterhaltsschuldner erlangt, schadensrechtlich außer Betracht bleiben.⁴³ Auch ist die Ersatzpflicht, die gegenüber dem anstelle des primär verpflichteten Unterhaltsschuldners zahlenden Dritten regelmäßig besteht – hier der öffentlichen Hand, auf die der Unterhaltsanspruch als Regressanspruch gesetzlich übergeht (etwa nach § 94 SGB XII, §§ 37 ff. BaföG, § 94 III SGB VIII, § 7 UVG) oder übergeleitet wird (etwa nach § 140 AFG, §§ 95, 96 SGB VIII) – keine Unterhaltspflicht im tatbestandlichen Sinne.⁴⁴

Unbeantwortet bleibt allerdings die Frage, ob die Bewahrung der Sozialbehörden vor Inanspruchnahme prinzipiell als strafrechtlich geschütztes Rechtsgut des § 170 I StGB angesehen werden kann. Dann müsste sich die Schutzrichtung der in Bezug genommenen Unterhaltspflicht als Verhaltensnorm nicht nur auf den Unterhaltsberechtigten, sondern zudem auf die Sozialbehörden beziehen. Es dürfte sich nicht bloß um einen Rechtsreflex der zugunsten des Unterhaltsberechtigten eingreifenden Norm handeln. Dem Unterhaltsschuldner obliegt gegenüber den Sozialbehörden aber gerade keine besondere Rechtspflicht. Die jeweils einschlägigen bürgerlich-rechtlichen Unterhaltspflichten, die der Unterhaltsschuldner nicht erfüllt, dienen allein dem Unterhaltsberechtigten, nicht aber den Sozialbehörden. Allein im Verhältnis zum Unterhaltsberechtigten besteht ein besonderes Rechtsverhältnis, das geeignet ist, die entsprechende Verhaltensnorm zu legitimieren. Ebenso wie die Verhaltensnorm, den Unterhaltsbedarf des Berechtigten unter bestimmten Voraussetzungen zu erfüllen, nicht den privaten Dritten zu schützen bestimmt ist, sind auch die Sozialbehörden nicht unmittelbar als potentiell Rechtsgutsbeeinträchtigte erfasst. Angedacht werden könnte zwar eine Art „Gemeinschaftsbeziehung“ zwischen dem Unterhaltsverpflichteten und dem Staat, in der auch der Einzelne gegenüber der Gemeinschaft zur Solidarität verpflichtet ist. Speziell die Pflicht, für den Lebens-

⁴² *Verfürden*, Die Verletzung der Unterhaltspflicht, S. 38.

⁴³ Vgl. hierzu etwa Lackner/Kühl/Kühl, § 170 Rn. 36a; *Rengier*, BT I, § 13 Rn. 156; zu diesem Ergebnis kommt letztlich auch *Verfürden*, der allerdings weiter ausführt, dass selbst bei Einbeziehung des Regressanspruchs in die Schadensberechnung das Risiko mangelnder Durchsetzbarkeit und damit eine schadensgleiche Vermögensgefährdung bestehen bleiben würde; *Verfürden*, Die Verletzung der Unterhaltspflicht, S. 39.

⁴⁴ MüKo-StGB/*Ritscher*, § 170 Rn. 21; Sch/Sch/*Bosch/Schittenhelm*, § 170 Rn. 15.

bedarf durch Zahlung entsprechenden Unterhaltes zu sorgen, kann allerdings nur gegenüber dem Unterhaltsberechtigten bestehen, nicht auch gegenüber den Sozialbehörden.⁴⁵ Auch der Schutz des Lebensbedarfs des Unterhaltsberechtigten dient ausschließlich diesem und nicht – auch nicht zugleich oder zweitrangig – den Sozialbehörden. Dass regelmäßig die Sozialbehörden in Anspruch genommen werden, wenn es zu einer Gefährdung des notwendigen Lebensbedarfs des Unterhaltsberechtigten kommt, ist zwar eine Folge des Ausbleibens der Unterhaltsleistung. Dies allein führt aber nicht dazu, dass die Sozialbehörden als Schutzberechtigte im Sinne der Unterhaltspflicht als Verhaltensnorm gelten. Deren Schutz ist ein bloßer Rechtsreflex. Der Zahlungsanspruch der Sozialbehörden ist ein auf dem dafür vorgesehenen zivilrechtlichen Weg durchzusetzender Anspruch, der sich nicht derart von anderen Ansprüchen unterscheidet, dass eine unterschiedliche Behandlung legitimierbar wäre. Anders als hinsichtlich des Anspruchs des Unterhaltsberechtigten selbst, greifen die Überlegungen der Gefährdung des Lebensbedarfs und des grundgesetzlichen Schutzes über Art. 6 GG im Verhältnis des Unterhaltsschuldners zum Träger der Sozialbehörde nicht ein.

Zudem erlangt der Unterhaltsschuldner durch das Eingreifen keine verbesserte Stellung, insbesondere wird er nicht von seiner Verpflichtung, den Unterhalt zu zahlen, befreit. Der Anspruch des Unterhaltsberechtigten geht auf den vorleistenden Träger der Unterhaltsvorschusskasse über, dem gegenüber nunmehr die Pflicht besteht, den übergegangenen Unterhaltsanspruch i. S. einer schlichten Zahlungspflicht zu erfüllen.⁴⁶ Damit unterscheidet sich die Situation maßgeblich von solchen Situationen, in denen eine öffentliche Leistung unberechtigt in Anspruch genommen wird und der Leistungsempfänger eine ungerechtfertigte Vermögensmehrung erhält, wie beispielsweise bei einer missbräuchlichen Inanspruchnahme von Sozialleistungen. Zwar können auch diese zurückgefordert werden, allerdings gehen sie zunächst in das Vermögen des Sozialleistungsempfängers über. Auch bei Erbringung von Schwarzarbeit erlangt der Arbeitgeber oder Unternehmer eine verbesserte Vermögensposition, indem er etwa seine sozialversicherungsrechtlichen, steuerrechtlichen, gewerberechtlichen oder handwerksrechtlichen Pflichten nicht erfüllt. Solange der Staat keine Kenntnis von derartigen Handlungen besitzt, kann er seine grundsätzlich bestehenden Ansprüche aber nicht durchsetzen und der Leistungsempfänger erhält eine ungerechtfertigte Vermögensmehrung.

⁴⁵ Vgl. *Verfürden*, Die Verletzung der Unterhaltspflicht, S. 40 f. Dieser führt zur Verdeutlichung folgendes Beispiel an: die Krankenversicherung nimmt dem Einzelnen ein finanzielles (und gesundheitliches) Risiko ab – gleichwohl besteht die Pflicht die körperliche Integrität eines anderen zu achten nur gegenüber dem Einzelnen und nicht zugleich gegenüber der Krankenversicherung. Die Verhaltenspflicht gegenüber dem Einzelnen beinhaltet regelmäßig nicht auch eine Rechtspflicht gegenüber der Gemeinschaft.

⁴⁶ Vgl. etwa § 94 SGB XII. Erhält ein unterhaltsberechtigtes Kind Unterhaltsleistungen von einem nicht unterhaltspflichtigen Verwandten oder einem Ehegatten des anderen Elternteils, greift § 1607 III BGB ein.

Ferner wird teilweise auf rein praktischer Ebene bezweifelt, dass ein Schutz der fiskalischen Interessen des Staates über die Strafvorschrift überhaupt erfolgen kann, da die durch die Strafverfahren nach § 170 I StGB verursachten Belastungen des Fiskus gegenüber den durch die Strafdrohung, die Verfahren und die Verurteilungen erreichten Unterhaltszahlungen unverhältnismäßig sein dürften.⁴⁷ Allerdings ist die normative Relevanz dieses Arguments im Hinblick auf die hier allein in Frage stehende Legitimation der Strafbewehrung einer Verhaltensnorm mehr als zweifelhaft. Tragende Bedeutung kann ihm jedenfalls nicht zukommen.

Aufgrund der angestellten normativen Erwägungen gilt jedenfalls: Der Schutz der Sozialbehörden vor vermögensrechtlicher Inanspruchnahme infolge der unterbliebenen Unterhaltsleistung des Schuldners ist kein – auch nicht sekundär – geschütztes Rechtsgut der der Strafnorm des § 170 I StGB zugrundeliegenden Verhaltensnorm.

Als vorläufiges Zwischenergebnis ist damit festzuhalten, dass der Schutz privater Dritter oder der öffentlichen Sozialbehörden vor Inanspruchnahme kein geschütztes Rechtsgut der von § 170 I StGB strafbewehrten Verhaltensnorm ist.

bb) Schutz des gesetzlich Unterhaltsberechtigten

Der Schutz des Unterhaltsberechtigten wird heute zumeist als jedenfalls primärer Schutzzweck des § 170 I StGB angesehen. Die historische Entwicklung der Abkehr der Norm vom Schutz des Allgemeinrechtsgutes der öffentlichen Wohlfahrtspflege hin zum Schutz von Individualrechtsgütern soll auch darin erblickt werden können, dass der ursprünglich bei den Übertretungsvorschriften angesiedelte Tatbestand in den Abschnitt „Verbrechen und Vergehen gegen Ehe und Familie“ eingefügt wurde und dass in den folgenden Begründungen der Schutz der öffentlichen Sozialsysteme in den Hintergrund rückte.⁴⁸ In seiner ersten Verwirklichungsform, bei der tatbestandlich eine tatsächliche Gefährdung des Lebensbedarfs des Unterhaltsberechtigten vorausgesetzt ist, ist dieser alleinige Schutz des Unterhaltsberechtigten bereits auf den ersten Blick umgesetzt worden.

Problematischer ist hingegen, ob dieser Schutzzweck auch dann greift, wenn, wie in der zweiten Verwirklichungsform, der Lebensbedarf des Unterhaltsberechtigten ohne die Hilfe anderer lediglich hypothetisch beziehungsweise potentiell gefährdet und damit der Eintritt einer tatsächlichen Gefährdung des Unterhaltsberechtigten keine notwendige Bedingung der Tatbestandsverwirklichung ist. Dieser praktisch deutlich relevantere Fall der Tatbestandsverwirklichung hat seinen Strafgrund gerade nicht in einer tatsächlich eintretenden konkreten Bedrohung der wirtschaftlichen Lebensgrundlage des Unterhaltsberechtigten oder in einer wirklich bestehenden Not.⁴⁹

⁴⁷ Seebode, JZ 1972, 389 (393).

⁴⁸ Eggert, Der strafrechtliche Schutz des gesetzlichen Unterhaltsberechtigten, S. 8 f.; *Verfüren*, Die Verletzung der Unterhaltspflicht, S. 36.

⁴⁹ Seebode, JZ 1972, 389 (390).

(1) Schutz des (notwendigen) Lebensbedarfs des gesetzlich Unterhaltsberechtigten als Rechtsgut des § 170 I Fall 1 StGB

§ 170 I StGB erfordert in seiner ersten Verwirklichungsform den Eintritt einer konkreten Gefahr für den Lebensbedarf des Unterhaltsberechtigten.⁵⁰

Ob als Rechtsgut tatsächlich der Schutz der unterhaltsberechtigten Person vor Gefährdung ihres materiellen Lebensbedarfs zur Legitimation der Strafbewehrung der Unterhaltspflicht als Verhaltensnorm herangezogen werden kann, hängt insbesondere davon ab, ob nicht vielleicht doch lediglich die Nichterfüllung einer zivilrechtlichen Pflicht mit der Vorschrift pönalisiert wird. In diesem Zusammenhang ist zunächst relevant, was genau unter „Lebensbedarf“ im Sinne des § 170 I Fall 1 StGB zu verstehen ist. Dies muss letztlich mehr sein, als nur die zivilrechtlich statuierte Unterhaltspflicht. Auch das Bundesverfassungsgericht hat bereits entschieden, dass für den Rechtsgüterschutz die bloße Nichterfüllung des Unterhaltsanspruchs nicht ausreicht; es muss vielmehr ein weiteres Unrechtselement in Form einer Gefährdung des Lebensbedarfs des Berechtigten hinzutreten.⁵¹ *Verfürden* betrachtet gleichermaßen nicht die schlichte Nichterfüllung des Unterhaltsanspruchs, sondern erst den Verstoß gegen das spezifische(re) Gebot, die Gefahr für den Lebensbedarf des Berechtigten abzuwenden, als strafbewehrt.⁵²

Zur Beantwortung dieser Frage, ist in einem ersten Schritt zu untersuchen, ob als Rechtsgut der strafbewehrten Verhaltensnorm der angemessene oder der notwendige Lebensbedarf des Unterhaltsberechtigten geschützt wird. Nachdem geklärt wurde, was unter „Lebensbedarf“ im Sinne des § 170 I StGB zu verstehen ist, muss unter Zugrundelegung des gefundenen Ergebnisses der Frage nachgegangen werden, inwiefern ein Konflikt mit der Einschätzung besteht, dass zivilrechtliche Ansprüche jedenfalls nicht ohne weiteres mit Mitteln des Strafrechts durchgesetzt werden dürfen. Damit ist die Frage der Erforderlichkeit gerade des Einsatzes des Strafrechts angesprochen. Schließlich muss eine Strafbewehrung der – zum Schutz eines bestimmten Rechtsguts an sich legitimierbaren – Verhaltensnorm auch verhältnismäßig i. e. S. (angemessen) sein.

(a) Schutz des notwendigen Lebensbedarfs

Teilweise – genau genommen sogar überaus häufig – wird der Lebensbedarf im Sinne des § 170 I StGB mit dem angemessenen Unterhalt, wie er sich aus den §§ 1360 a, 1610, 1578 BGB, §§ 5, 12, 16 I LPartG ergibt, gleichgesetzt, sodass nicht nur der unbedingt notwendige, sondern der angemessene Lebensbedarf (teilweise findet sich auch die Formulierung des Lebensbedarfs „schlechthin“) erfasst ist, wie er sich nach den gesamten materiellen Bedürfnissen, soweit sie unterhaltsrechtlich

⁵⁰ Sch/Sch/Bosch/Schittenhelm, § 170 Rn. 26; Eggert, Der strafrechtliche Schutz des gesetzlichen Unterhaltsberechtigten, S. 51, 64 f.; vgl. hierzu auch näher B.I.6.

⁵¹ BVerfG NJW 1979, 1445; vgl. auch SK-StGB/Schall, § 170 Rn. 43.

⁵² *Verfürden*, Die Verletzung der Unterhaltspflicht, S. 31; so auch Forster, NJW 1976, 1645.

relevant sind, darstellt.⁵³ Dies führt dazu, dass der Tatbestand des § 170 I StGB bereits erfüllt ist, wenn die sich nach den konkreten Lebensverhältnissen richtende Unterhaltsverpflichtung lediglich teilweise erfüllt wird, also auch dann, wenn diese Teilleistung zwar den der Lebensstellung des Berechtigten entsprechenden Lebensbedarf nicht deckt, wohl aber eine wirtschaftliche Existenznot verhindert, wenn also der notwendige Unterhalt geleistet wird mit der Folge, dass die Voraussetzungen des Eingreifens der öffentlichen Hilfe nach dem BSHG nicht erfüllt sind.⁵⁴ Eine derartige Gleichsetzung des „Lebensbedarfs“ mit dem angemessenen Unterhalt führt allerdings dazu, dass mit dem Begriff des Lebensbedarfs lediglich das umschrieben wird, was bereits das Merkmal der „gesetzlichen Unterhaltspflicht“ konstituiert.⁵⁵ Angesichts der bereits erwähnten, vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Anforderung, dass das geschützte Rechtsgut gerade nicht die ordnungsgemäße Erfüllung gesetzlicher Unterhaltspflichten schlechthin sein darf, kann nicht ohne weiteres von der Verletzung der Unterhaltspflicht auf eine Gefährdung des Lebensbedarfs im Sinne des § 170 I StGB geschlossen werden.

Andernfalls stünde auch ein Verstoß gegen das vom Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung zum Untreuetatbestand entwickelte Verschleifungsverbot im Raum, nach dem jedem gesetzlichen Tatbestandsmerkmal eigenständige Bedeutung zukommen muss.⁵⁶ Diese Rechtsprechung ist Ausdruck allgemeiner verfassungsrechtlicher Grundprinzipien, namentlich des Rechtsstaats-, Demokratie- und Gewaltenteilungsprinzips sowie des Bestimmtheitsgrundsatzes nach Art. 103 II GG, und als solche auch im Rahmen anderer Tatbestände zu beachten.⁵⁷ Es würde, wie *Eggert* deutlich macht, bereits die bloße Pflichtverletzung des Unterhaltsschuldners zur Begründung des vollen Unrechts ausreichen, wenn man die Gefährdungsformel nach der zivilrechtlichen Terminologie interpretierte, d.h. den Begriff des „Lebensbedarfs“ mit dem im konkreten Fall geschuldeten Unterhalt gleichsetzt, sodass dem Tatbestandsmerkmal „sich einer gesetzlichen Unterhaltspflicht entzieht“ nichts Neues hinzugefügt werden würde.⁵⁸ Damit würde vom Vorliegen des einen Tatbestandsmerkmals auf das Vorliegen des anderen Tatbestandsmerkmals geschlossen werden. Als Konsequenz würden die Merkmale Unterhaltspflicht und Lebensbedarfs derart ineinander aufgehen, dass durchaus von einer unzulässigen Verschleifung der Merkmale gesprochen werden kann. Auf die formale Argumentation mit dem Verschleifungsverbot muss im Rahmen des § 170 I StGB allerdings nicht zurückgegriffen werden. Hier zwingt bereits der materielle Aspekt des Verhältnismäßig-

⁵³ LK-StGB/*Dippel*, § 170 Rn. 58; *Fischer*, § 170 Rn. 10; Lackner/Kühl/*Heger*, § 170 Rn. 10; Matt/Renzikowski/*Kuhli*, § 170 Rn. 16; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/*Frommel*, § 170 Rn. 10; MüKo-StGB/*Ritscher*, § 170 Rn. 54.

⁵⁴ OLG Saarbrücken NJW 1975, 506 (507).

⁵⁵ SK-StGB/*Schall*, § 170 Rn. 43.

⁵⁶ BVerfG NJW 2010, 3209 (3215); *Kudlich*, JA 2011, 66 (67).

⁵⁷ BVerfG NJW 2010, 3209 (3210 ff.); *Schlösser*, HRRS 2011, 254 (255).

⁵⁸ *Eggert*, Der strafrechtliche Schutz des gesetzlichen Unterhaltsberechtigten, S. 70, 72.

keitsgrundsatzes zu einer verfassungskonformen restriktiven Handhabung der Strafvorschrift.

Als Beispiel dafür, dass infolge einer derartigen Auslegung jedes Zurückbleiben hinter dem geschuldeten Leistungserfolg strafrechtliches Unrecht wäre, führt *Eggert* den Fall an, dass auch die Zahlung von monatlich 90 € anstelle der unterhaltsrechtlich geschuldeten 100 € unter die Norm subsumierbar wäre.⁵⁹ Da *Eggert* die öffentliche Sozialhilfe als sekundär geschütztes Rechtsgut der Norm begreift, strebt er eine sachgerechte Auslegung der Norm in dem Sinne an, dass das Zurückbleiben hinter dem geschuldeten Leistungserfolg eine gewisse Qualität erreichen muss, die eine Inanspruchnahme der Wohlfahrtsbehörden in den Bereich des Möglichen rückt.⁶⁰ Dies führt insoweit zu einer Einschränkung der Norm, als etwa nach § 11 I BSHG für ein Einschreiten der Sozialhilfe der Unterhaltsberechtigte seinen notwendigen Lebensbedarf nicht oder nicht ausreichend aus eigenen Kräften und Mitteln beschaffen können muss. Würde man der Norm dementsprechend eine kumulative Schutzfunktion zugrunde legen und das Merkmal „Lebensbedarf“ im Sinne von „notwendiger Lebensbedarf“ interpretieren, würden nach *Eggert* auch nur die wirklich sozialschädlichen Verhaltensweisen erfasst.⁶¹

Aber auch ohne Rekurs auf den Schutz der Sozialbehörden vor Inanspruchnahme als weiteres geschütztes Rechtsgut, ist die Norm einer einschränkenden Auslegung in dem Sinne zugänglich, dass es einer Gefährdung des notwendigen Lebensbedarfs zur Tatbestandserfüllung bedarf. So weist beispielsweise *Seebode* mit Recht darauf hin, dass eine – bereits 1922 in § 274 Entwurf Radbruch vorgesehene – Beschränkung der Norm auf die Gefährdung des notwendigen Unterhalts unerlässlich ist.⁶² Hierunter fallen nach § 27a SGB XII insbesondere Ernährung, Kleidung, Körperpflege, Hausrat, Haushaltsenergie ohne die auf Heizung und Erzeugung von Warmwasser entfallenden Anteile, persönliche Bedürfnisse des täglichen Lebens (wie beispielsweise Teilhabe am sozialen und kulturellen Leben in der Gemeinschaft in angemessenem Umfang) sowie Unterkunft und Heizung. Auch die Gesetzesmaterialien sehen den Zweck der Norm darin, dass ein Unterhaltsberechtigter nicht in die „Gefahr der Existenznot“ gerät.⁶³ Die Gefahr einer Existenznot kann aber nicht bereits dann bestehen, wenn der angemessene, sondern erst, wenn der notwendige Unterhalt gefährdet ist. Die Sicherung des Existenzminimums als Grundrecht ist eine der wesentlichen Verteilungs- und Gerechtigkeitsfragen unserer modernen gesellschaftlichen Ordnung.⁶⁴ Nur in der unterlassenen Unterhaltszahlung, die zu einer Gefährdung des notwendigen Lebensbedarfs führt, kann ein ausreichend gewichtiges

⁵⁹ *Eggert*, Der strafrechtliche Schutz des gesetzlichen Unterhaltsberechtigten, S. 70.

⁶⁰ *Eggert*, Der strafrechtliche Schutz des gesetzlichen Unterhaltsberechtigten, S. 74.

⁶¹ *Eggert*, Der strafrechtliche Schutz des gesetzlichen Unterhaltsberechtigten, S. 75.

⁶² *Seebode*, JZ 1972, 389.

⁶³ BT-Drs. VI/3521, S. 13.

⁶⁴ Grube/Wahrendorf/Flint/*Wrackmeyer-Schoene*, § 27a SGB XII Rn. 2, 3.

Unrecht gesehen werden, das möglicherweise einer strafrechtlichen Sanktionierung unterzogen werden darf.⁶⁵

Ein Vergleich mit dem ebenfalls streng zivilrechtsakzessorischen strafrechtlichen Schutz von Urheberrechtsverletzungen der §§ 106 ff. UrhG zeigt ebenfalls die Tendenz hin zu einer restriktiven Interpretation der Tatbestandsmerkmale. Gefordert werden unter anderem Einschränkungen de lege ferenda, die zu einer Eingrenzung der Strafbarkeit führen sollen, um die Ultima-Ratio-Funktion des Strafrechts und das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu wahren und damit der Funktion des Strafrechts gerecht zu werden, allein derartige Verhaltensweisen unter Strafe zu stellen, die in besonders sozialschädlicher Weise die Rechte anderer verletzen.⁶⁶

Durch eine Begrenzung des Tatbestands auf eine Gefährdung des notwendigen Lebensbedarfs kann zudem Bedenken dahingehend entgegengetreten werden, dass der Umfang der gesetzlichen Unterhaltspflichten je nach persönlicher Stellung des Berechtigten stark variieren kann und hiervon die Strafbarkeit des Verhaltens abhängig sei. *Neudek* spricht in diesem Zusammenhang davon, dass bei der strafrechtlichen Wertung in den Kategorien eines zivilrechtlichen Gerechtigkeitsbegriffes gedacht werde, dem ein auf „Heller und Pfennig“ errechneter Ausgleich ohne Rücksicht auf die objektive Schwere der Rechtsgutsverletzung entspreche.⁶⁷ Dieses Problem stellt sich allerdings nur, wenn eine Gefährdung des angemessenen Lebensbedarf als tatbestandsmäßig angesehen wird. In diesem Fall würde sich z. B. beim Verwandtenunterhalt das Maß des zu gewährenden Unterhalts gem. § 1610 I BGB nach der Lebensstellung des Bedürftigen bestimmen. Wird hingegen – zu recht – eine Gefährdung des notwendigen Unterhalts gefordert, verliert dieses Argument an Gewicht.

Wenn damit feststeht, dass nur eine Gefährdung des notwendigen Lebensbedarfs zu einer Strafbarkeit nach § 170 I StGB führen kann, steht gleichermaßen fest, dass im Falle der rechtzeitigen Zahlung der Sozialbehörden, die den notwendigen Unterhalt sicherstellen, auch die konkrete Gefahr für den notwendigen Unterhalt gebannt und der Tatbestand des § 170 I Fall 1 StGB nicht erfüllt ist. Dies schließt eine Gefährdung des notwendigen Lebensbedarfs allerdings nicht in allen Fällen aus. Von *Verfürden* wird beispielhaft angeführt, dass auch der notwendige Lebensbedarf im Einzelfall gefährdet sein könne, namentlich wenn der Berechtigte die öffentlichen Sozialmittel nicht in Anspruch nimmt, sei es aus Scham, Unkenntnis oder weil er die öffentliche Hand vor Inanspruchnahme bewahren will.⁶⁸ Auch kann es zu einer Situation kommen, in der der Unterhaltsberechtigte zur Sicherung seines Lebens-

⁶⁵ Vgl. hierzu bereits ausführlich die Ausführungen zum Schutz begrenzt auf den *notwendigen* Lebensbedarf unter B.I.3.a)bb)(1)(a).

⁶⁶ *Heinrich*, GRUR-Prax 2007, 96 (97 ff.).

⁶⁷ *Neudek*, Zur Problematik der strafbaren Verletzung der Unterhaltspflicht, S. 20.

⁶⁸ *Verfürden*, Die Verletzung der Unterhaltspflicht, S. 30.

bedarfs eine Erwerbstätigkeit aufnimmt, die das Maß des objektiv Zumutbaren übersteigt.⁶⁹

Historisch betrachtet ist auch zu beachten, dass in früheren Fassungen des damaligen § 170b StGB bis zum 9.3.1943 die tatbestandliche Einschränkung einer Gefährdung auf den notwendigen Lebensbedarfs bestand.⁷⁰ Erst mit der enormen Ausweitung der Strafnorm unter dem NS-Regime wurde diese Formulierung gestrichen.⁷¹

Als Konsequenz macht sich der vermögende zahlungsunwillige Unterhaltsschuldner nicht strafbar, solange er nur den notwendigen – und damit nicht den von ihm voll geschuldeten – Unterhalt leistet. Er verhält sich zwar rechtswidrig, kann sich aber dennoch straffrei auf die Erfüllung des geringeren Unterhaltsanspruchs zurückziehen. Demgegenüber muss sich der geringverdienende Unterhaltsschuldner gehörig anstrengen, um seiner vollständigen Leistungsverpflichtung in Form des notwendigen Lebensbedarfs nachzukommen, damit er einer strafrechtlichen Sanktionierung entgeht. Letzteren trifft die Leistung des notwendigen Lebensbedarfs ungleich härter. Dennoch bleibt es strafrechtlich dabei: Aufgabe des Strafrechts ist nicht die Absicherung schlichter zivilrechtlicher Ansprüche.⁷² Nur durch die Interpretation des Merkmals „Lebensbedarf“ im Sinne von „notwendigem Lebensbedarf“ kann sichergestellt werden, dass die Voraussetzungen strafrechtlichen Unrechts erfüllt werden, indem allein wirklich sozialschädliche Verhaltensweisen erfasst werden.⁷³ Nur in der Gefährdung des notwendigen Lebensbedarfs liegt damit eine Verhaltensübertretung von solcher Bedeutung und solchem Gewicht, dass eine Strafbewehrung der entsprechenden Verhaltensnorm zur Unterhaltszahlung überhaupt in Betracht kommt. Die Unterhaltspflicht an sich besteht dagegen legitimerweise auch in Bezug auf den angemessenen Unterhalt; hier geht es aber allein um die notwendige Voraussetzung der Legitimation der *Strafbewehrung* der Verhaltensnorm.

Rechtsgut der strafbewehrten Verhaltensnorm kann damit nur der notwendige Lebensbedarf des Unterhaltsberechtigten sein. Insofern handelt es sich um eine jedenfalls notwendige Bedingung für den Einsatz des Strafrechts.

(b) Pönalisierung bloßer zivilrechtlicher Unterhaltspflichtverletzungen

Die bloße Nichterfüllung zivilrechtlicher Ansprüche per se unter strafrechtlichen Schutz zu stellen ist systemfremd – Aufgabe des Strafrechts ist nicht die Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche.⁷⁴ Die Androhung von Strafe ist nur dann legi-

⁶⁹ BGH NJW 1974, 1868 (1869); MüKo-StGB/Ritscher, § 170 Rn. 56.

⁷⁰ Vgl. hierzu etwa *Verfürden*, Die Verletzung der Unterhaltspflicht, S. 14.

⁷¹ RGBl. I S. 140.

⁷² BVerfG NJW 1979, 1445 (1447); SK-StGB/Schall, § 170 Rn. 45; hierzu näher unter B.I.3.a)bb)(1)(b).

⁷³ Eggert, Der strafrechtliche Schutz des gesetzlichen Unterhaltsberechtigten, S. 75.

⁷⁴ Ostermann, ZRP 1995, 204 (205); Mittelbach, MDR 1957, 65.

timierbar, wenn mit einer entsprechenden Bestrafung auf ein hinreichend gewichtiges Fehlverhalten angemessen reagiert wird.⁷⁵ Andernfalls würde eine Bestrafung gegen den verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verstoßen.⁷⁶ Zu den Erfordernissen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zählt auch, dass es zur Erreichung des angestrebten Zwecks kein gleich geeignetes milderes Mittel geben darf.⁷⁷

Hinsichtlich des § 170 I StGB wird teilweise konstatiert, mit diesem werde nicht primär Strafe, sondern vielmehr Zahlungs-/Erfüllungsdruck und „Zwangsvollstreckung durch Strafverfahren“ bezweckt oder das Strafrecht Verwaltungszwecken dienstbar gemacht, sodass sich das strafrechtliche Verfahren hauptsächlich mit der Frage beschäftige, wie der Unterhaltsberechtigte für Vergangenheit und Zukunft zu seinem Geld komme.⁷⁸ Deutliche Worte findet etwa *Mittelbach*, wenn er äußert, es dränge sich gar der Eindruck auf, dass die Strafjustiz weitgehend in einen ihr wesensfremden Wirkungskreis gedrängt werde.⁷⁹ Bisher wurde zwar bereits dargestellt, dass § 170 I StGB durchaus dem Schutz des Unterhaltsberechtigten zu dienen bestimmt ist. Weiter wurde gesehen, dass allein eine Verletzung des notwendigen Lebensbedarfs *strafwürdiges* Unrecht im Sinne eines hinreichend gewichtigen Verhaltens- und Erfolgsunrechts darstellen kann. Noch nicht hinreichend geklärt ist damit allerdings, ob dies zur Legitimation der Strafnorm ausreichend ist.

Um dem Ultima-Ratio-Charakter des Strafrechts gerecht zu werden, darf das durch das tatbestandliche Verhalten zu verantwortende Unrecht nicht mit milderen Mitteln „ausgleichbar“ sein. Diesbezüglich ist *Seebode* der Meinung, dass die durch Nichterfüllung der Verbindlichkeit erfolgende Störung des sozialen Lebens mit zivilrechtlichen Mitteln ausgeglichen werden könne.⁸⁰ Auch in einem Urteil des OLG Saarbrücken, in dem es um die Anwendbarkeit der Norm bei einer von einem im Inland lebenden Ausländer verletzten Unterhaltspflicht gegenüber einem im Ausland lebenden ausländischen Unterhaltsberechtigten ging, wird die Frage aufgeworfen, ob der Umfang der erfassten Sachverhalte die Aufgabe des Strafrechts, die für das Leben der Gemeinschaft unerlässlichen Lebensgüter zu schützen, insoweit nicht über-

⁷⁵ Durch das Strafrecht soll die Vornahme eines bestimmten Verhaltens verhindert werden, das in besonderer Weise sozialschädlich und für das Zusammenleben der Menschen unerträglich ist; vgl. BVerfGE 88, 203 (258); MüKo-StGB/Radtke, Vor § 38 Rn. 3; ferner *Freund/Rostalski*, AT, § 2 Rn. 45 f., § 4 Rn. 92.

⁷⁶ Zur Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes für das Strafrecht s. etwa *Appel*, Verfassung und Strafe., S. 569 ff.; *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, S. 27 ff., 351 ff., 619 ff.; *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, S. 10 ff.; vgl. ferner *Roxin/Greco*, Strafrecht AT I, § 2 Rn. 97 ff., 132.

⁷⁷ Vgl. zum Merkmal der Erforderlichkeit etwa BVerfGE 100, 313 (375); Maunz/Dürig/Grzeszick, Art. 20 Rn. 113 ff.

⁷⁸ *Seebode*, JZ 1972, 389 (393); *Peters*, ZStW 77 (1965), 470 (489 f.); *Mittelbach*, MDR 1957, 65; vgl. hierzu auch das Urteil des OLG Saarbrücken NJW 1975, 506 (508), in dem von einem vom Strafrecht ausgeübten „Erfüllungsdruck“ die Rede ist.

⁷⁹ *Mittelbach*, MDR 1957, 65 (66).

⁸⁰ *Seebode*, JZ 1972, 389 (390).

schreitet.⁸¹ Auch damit ist die Frage der Erforderlichkeit des Einsatzes von Strafe bzw. gleichgeeigneter milderer Mittel aufgeworfen.

Diesbezüglich führt auch das Bundesverfassungsgericht aus, dass ganz auf der auch sonst verfolgten Linie des Strafrechts die bloße Nichterfüllung zivilrechtlicher Ansprüche nicht zu pönalisieren sei, selbst wenn der Schuldner noch so unverständig und böartig die Erfüllung der Forderung des Gläubigers verweigere und damit eine Haltung zeige, die in der Rechtsgemeinschaft als klares Unrecht zu bewerten sei; hier reichten grundsätzlich die zivilprozessualen „Sanktionen“ aus.⁸² Strafrechtlich relevant werde ein anspruchsverletzendes Verhalten in der Regel erst dann, wenn weitere Unrechtselemente hinzukämen, mögen diese in zusätzlichem Handlungsunrecht oder in einem unwerten Erfolg (beziehungsweise einer Gefährdung) bestehen.⁸³ Fraglich ist damit, ob die Gefährdung des (notwendigen)⁸⁴ Lebensbedarfs im Sinne der Norm ein ausreichend gewichtiges Unrecht darstellt und Ausgleichsmechanismen – etwa über das Zivilrecht – als angemessene Reaktion auf den begangenen Normverstoß nicht ausreichen.

Ein strafrechtlicher Schutz könnte tatsächlich dann nicht erforderlich sein, wenn die zivilrechtlichen Möglichkeiten den Lebensbedarf des Unterhaltsberechtigten bereits ausreichend schützen. Die Koppelung mit einer strafrechtlichen Sanktion ist grundsätzlich nur dann legitim, wenn es keine alternativen Regelungsmechanismen gibt, die das Rechtsgut gleichermaßen effektiv schützen können. Überlegungen dahingehend, die vorhandenen zivilprozessualen Möglichkeiten zur Erlangung des geschuldeten Unterhalts beziehungsweise der Regressansprüche voll auszuschöpfen und diese zusätzlich weiter auszubauen, wird entgegengehalten, dass sich viele Unterhaltsschuldner ihrer Unterhaltspflicht dadurch entzögen, dass sie trotz größerer Leistungsfähigkeit nur ihren eigenen unpfändbaren Lebensunterhalt erarbeiten würden und dass – anders als im Rahmen einer Strafbarkeit nach § 170 I StGB – keine zivilprozessualen Möglichkeiten bestünden, die Unterhaltsschuldner zur Erzielung eines höheren Einkommens anzuhalten.⁸⁵ Aber auch in sonstigen Fällen der (strafbaren) Verletzung der Unterhaltspflicht ist bereits anhand eines Vergleichs der zivilprozessualen auf der einen und strafprozessualen Grundprinzipien auf der anderen Seite das erhöhte Schutzniveau des Strafrechts feststellbar – nicht die „Parteien“ bestimmen im Strafprozess den relevanten Streitgegenstand und die zu treffenden Maßnahmen, sondern die Justiz als unabhängiges Rechtsorgan entscheidet über Art und Umfang der Beweiserhebung und den Fortgang des Verfahrens. In einem zivilrechtlichen Unterhaltsprozess besteht immer die Möglichkeit, dass sich die grundsätzlich unterhaltsberechtigte Partei aufgrund von Unerfahrenheit oder auch Schamgefühl nicht durchsetzen kann.

⁸¹ OLG Saarbrücken NJW 1975, 506 (507 f.).

⁸² BVerfG NJW 1979, 1445.

⁸³ BVerfG NJW 1979, 1445 (1447).

⁸⁴ Zum Schutz allein des *notwendigen* Lebensbedarfs vgl. näher B.I.3.a)bb)(1)(a).

⁸⁵ BT-Drs. VI/3521, S. 13.

Dass die Norm in der täglichen (Rechts-)Praxis mitnichten unbedeutend ist, zeigt die Anzahl an Fällen, die polizeilich erfasst und die Anzahl an Fällen, die sodann abgeurteilt werden. In den letzten Jahren erfasste die Polizeiliche Kriminalstatistik für 2018 insgesamt 4.482, für 2017 insgesamt 5.820 und für 2016 insgesamt 6.735 Fälle.⁸⁶ In 2019 sank die Zahl der erfassten Fälle auf 3.958.⁸⁷ Für 2020 sind 3.334⁸⁸ und für 2021 2.700⁸⁹ Fälle verzeichnet. In der nachfolgenden Tabelle und graphischen Darstellung als Säulendiagramm ist zunächst die Anzahl der nach allgemeinem Strafrecht abgeurteilten Fälle erfasst. Sodann wird insbesondere die Anzahl der nach allgemeinem Strafrecht verurteilten Fälle erfasst und nach Art der Aburteilung unterteilt.⁹⁰

	Abgeurteilte insgesamt	Nach allg. Strafrecht verurteilt	Mit anderen Entscheidungen abgeurteilt	Personen mit Strafvorbehalt § 59 StGB	FS (dar. auch GS)	FS Strafaussetzung	GS (mit dar. gem. § 59b StGB)
2016	2468	1196	1269	218	725	690	471
2017	2120	1084	1034	167	630	613	454
2018	1830	927	902	166	500	488	427
2019	1726	914	811	145	513	507	401
2020	1463	817	644	133	425	413	392
2021	1289	730	554	113	369	364	399

Das Vorliegen an polizeilich erfassten und an gerichtlich abgeurteilten Fällen kann zwar keinesfalls eine hinreichende Begründung zur verfassungsrechtlichen Legitimation der Norm darstellen. Dennoch verifizieren die Zahlen zunächst, dass

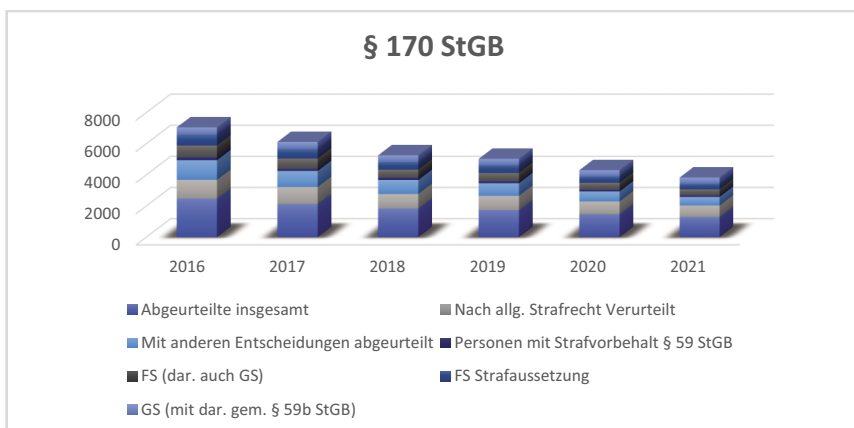
⁸⁶ <https://www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/StatistikenLagebilder/PolizeilicheKriminalstatistik/PKS2018/Standardtabellen/standardtabellenFaelle.html?nn=108686>; <https://www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/StatistikenLagebilder/PolizeilicheKriminalstatistik/PKS2017/Standardtabellen/standardtabellenFaelle.html?nn=96600>; <https://www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/StatistikenLagebilder/PolizeilicheKriminalstatistik/PKS2016/Standardtabellen/standardtabellenFaelle.html?nn=65720>.

⁸⁷ <https://www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/StatistikenLagebilder/PolizeilicheKriminalstatistik/PKS2019/PKSTabellen/BundFalltabellen/bundfalltabellen.html?nn=131006>.

⁸⁸ BKA – PKS Tabellen – Thematische Gliederung – PKS 2020 Bund – Falltabellen.

⁸⁹ BKA – PKS Tabellen – Thematische Gliederung – PKS 2021 Bund – Falltabellen.

⁹⁰ Die Daten sind der Strafverfolgungsstatistik des Statistischen Bundesamts entnommen, https://www.statistischebibliothek.de/mir/receive/DEHeft_mods_00075782; https://www.statistischebibliothek.de/mir/receive/DEHeft_mods_00092141; https://www.statistischebibliothek.de/mir/receive/DEHeft_mods_00128324; <https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Strafverfolgung-Strafvollzug/strafverfolgung-2100300197004.html>.



§ 170 I StGB in der täglichen Rechtsanwendung eine nicht unbedeutende Rolle spielt. Zum anderen kann aus ihnen auch geschlossen werden, dass die Reaktion mit Schuldspruch und Strafe auf eine Verletzung der Unterhaltspflicht, die zu einer Gefährdung des Lebensbedarfs des Unterhaltsberechtigten führt, beziehungsweise bereits deren strafrechtliche Verfolgung, zum Schutz des notwendigen Lebensbedarfs des Unterhaltsberechtigten wohl nicht von vornherein ungeeignet ist. Ebenso zeigt sich, dass ein praktischer Bedarf an der Sanktionsnorm des § 170 I StGB vorhanden sein dürfte. Bereits hieraus kann jedenfalls der Schluss gezogen werden, dass zivilrechtliche Möglichkeiten, den Unterhaltsanspruch einzuklagen, wohl keinen umfassenden Schutz gewährleisten.

Neben der fehlenden Möglichkeit, mit zivilrechtlichen Mitteln ein dem Strafrecht gleichgestelltes Schutzniveau hinsichtlich des Lebensbedarfs des Unterhaltsberechtigten zu erreichen, ist entscheidend für die Unverzichtbarkeit von Schuldspruch und Strafe freilich Folgendes: Die Nichterfüllung des Unterhalts, die zu einer Gefährdung des notwendigen Lebensbedarfs führt, stellt einen durchaus gewichtigen Verhaltensnormverstoß mit spezifischen Fehlverhaltensfolgen dar. Im Grundsatz kann nur durch eine strafrechtliche Sanktionierung in Form von Schuldspruch und Strafe darauf angemessen missbilligend reagiert werden.⁹¹ Zivilrechtlichen Maßnahmen fehlt hingegen der benötigte Missbilligungscharakter. Das schwere Verhaltensunrecht mit seinen spezifischen Fehlverhaltensfolgen erfordert ein Missbilligungsurteil, das nur durch die Verhängung von Schuldspruch und Strafe erreichbar

⁹¹ An dieser Stelle geht es noch nicht um eine Lösung der Einzelfälle, in denen das Verhaltensunrecht für eine Straftat in concreto zu gering ausgeprägt ist. Deren Ausfilterung erfolgt durch einen dem Rechnung tragenden materiellen Straftatbegriff. Hier geht es nur um die generalisierende mögliche Bewertung, dass das regelmäßig relevante Verhaltensunrecht für Schuldspruch und Strafe gewichtig genug ist und es dafür keinen gleichwertigen Ersatz gibt.

ist. Diese angemessen missbilligende Reaktion kann nicht durch andere staatliche Maßnahmen ersetzt werden.

Auch die Erforderlichkeit der Sanktionierung ist damit gegeben und der Ultima-Ratio-Charakter des Strafrechts ist gewahrt.

(c) Verhältnismäßigkeit (insb. Angemessenheit)

Nach den Vorgaben des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes muss die Sanktionierung mit Schuldspruch und Strafe zur Verfolgung des legitimen Zweckes geeignet, erforderlich und angemessen sein. Legitimer Zweck der als strafbewehrt in Betracht zu ziehenden Verhaltensnorm ist nach dem oben Gesagten die Sicherung des notwendigen Lebensbedarfs des Unterhaltsberechtigten. Deren Strafbewehrung ist angemessen, wenn Schuldspruch und Strafe im Falle eines entsprechenden Verhaltensnormverstoßes eine angemessen missbilligende Reaktion auf dafür hinreichend gewichtiges Verhaltens- bzw. Erfolgsunrecht darstellen.

Durch die entsprechende primäre Normenordnung des rechtlich richtigen Verhaltens wird – wie dargelegt – der notwendige Lebensbedarf des Unterhaltsberechtigten geschützt. Dabei geht es um keine Bagatelle, sondern um grundrechtlich verbürgte Freiheiten sowie der Leib und im Extremfall sogar das Leben des Unterhaltsberechtigten. Der Verstoß gegen eine entsprechende, aus familiärer Verbundenheit folgende Unterhaltspflicht, der zu einer Gefährdung des Lebensbedarfs des Unterhaltsberechtigten führt, ist von besonderem Gewicht. Daher ist die Koppelung der Verhaltensnorm mit einer Sanktion für den Fall eines Verstoßes durchaus angemessen und damit verhältnismäßig im engeren Sinne. Die von § 170 I StGB geschützten Rechtsgüter des Unterhaltsberechtigten überwiegen das Interesse des Unterhaltsschuldners, keinen Unterhalt zu leisten und im Einzelfall keine (besser entlohnte) Tätigkeiten aufzunehmen, deutlich.

Die strafrechtliche Sanktionierung stellt eine angemessene Reaktion auf die Verhaltensnormübertretung des Unterhaltsschuldners dar. Dem Interesse, keinen Unterhalt zu zahlen, steht das überwiegende Interesse des Unterhaltsgläubigers gegenüber, dass sein (notwendiger) Lebensbedarf nicht (konkret) gefährdet wird. Die enge, grundgesetzlich verankerte Beziehung zwischen Unterhaltsgläubiger und Unterhaltsschuldner sowie die gravierenden Folgen, die eine tatsächliche Verletzung haben kann, legitimieren die strafrechtliche Pönalisierung der Nichterfüllung der Unterhaltspflicht auch dann, wenn eine weitergehende Verletzung nicht eintritt. Der Unterhaltsberechtigte hat ein berechtigtes und schützenswertes Interesse an einem korrekten Verhalten im Sinne der Erfüllung der Leistungspflicht des Unterhaltsschuldners. Ob zusätzliche Fehlverhaltensfolgen eintreten oder nicht, ist nicht mehr für das „Ob“ der Sanktionierbarkeit von Bedeutung, sondern nur noch hinsichtlich der konkreten Sanktionierung mit Schuldspruch und Strafe zu berücksichtigen.

Auf dieser Basis ergibt sich unter dem Aspekt legitimer – angemessener – Androhungsgeneralprävention Folgendes: Durch die Androhung einer strafrechtlichen Sanktionierung wird auf generalpräventiver Ebene der Unterhaltsschuldner ange-

halten, seinen Unterhalt zu zahlen und damit den notwendigen Lebensbedarf des Unterhaltsberechtigten zu schützen.⁹² Die Verhängung einer Strafe ist damit, auch wenn sich nicht alle Unterhaltsschuldner von ihr abschrecken lassen, nicht von vornherein ungeeignet, den Schutz des notwendigen Lebensbedarfs des Unterhaltsberechtigten sicherzustellen.⁹³ Wie bereits gesehen gibt es auch keine alternativen Regelungsmechanismen, die das Rechtsgut gleichermaßen effektiv schützen können.⁹⁴ Die Norm verfolgt damit einen legitimen Zweck und ist zu dessen Erreichung geeignet und erforderlich. Auch die Angemessenheit ist gewahrt. Schuldpruch und Strafe stellen im Falle eines entsprechenden Verhaltensnormverstoßes eine angemessen missbilligende Reaktion auf ein hinreichend gewichtiges Verhaltens- und Erfolgsunrecht dar.

(d) Zwischenergebnis

Der notwendige Lebensbedarf des Unterhaltsberechtigten ist damit geeignet, als geschütztes Rechtsgut die Angemessenheit der Strafbewehrung einer Verhaltensnorm zu legitimieren. Die von § 170 I StGB erfassten Unterhaltsansprüche haben ihre Grundlage in besonderen zwischenmenschlichen Beziehungen und finden eine grundrechtliche Verbürgung in Art. 6 GG. Für den Unterhaltsbedürftigen ist die Sicherung seines notwendigen Lebensbedarfs essentiell, weil durch die Gefährdung desselben auch die freie Entfaltung der Persönlichkeit des Unterhaltsbedürftigen nach Art. 2 I GG sowie im Einzelfall dessen körperliche Unversehrtheit, mitunter sogar das Leben und dessen persönliche Freiheit aus Art. 2 II GG tangiert sein kann. Der notwendige Lebensbedarf ist mithin ein Rechtsgut, dass dem Einzelnen nützlich und für seine freie Entfaltung sowie die Verwirklichung seiner Grundrechte notwendig ist. Seine Sicherstellung hat besondere Bedeutung für das Leben des Einzelnen in der Gesellschaft und ist daher durch die Rechtsordnung in besonderem Maße – durch eine Strafbewehrung – zu schützen. Die Strafbewehrung ist angemessen, weil Schuldpruch und Strafe im Falle eines entsprechenden Verhaltens-

⁹² Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf/Hilgendorf, BT, § 10 Rn. 40 sieht in § 170 I StGB ein „schlagendes Beispiel für den Strafzweck der Androhungsgeneralprävention“. Erreiche man mit der Strafdrohung den Rechtsgehorsam im Einzelfall nicht, gebe es keinen sinnvollen Weg, die Drohung zu verwirklichen. Auf den ersten Blick scheinen sowohl Geld- als auch Freiheitsstrafe tatsächlich kontraproduktiv zu sein, dies ist allerdings nicht immer der Fall und die Drohung kann mit verschiedenen strafprozessualen Mitteln durchaus wirksam verwirklicht werden, vgl. hierzu ausführlich unter B.V.

⁹³ Ehrbeck, Der Straftatbestand der Unterhaltsentziehung aus rechtsvergleichender Sicht, S. 36 f., kommt in seiner Untersuchung zu dem Ergebnis, dass in knapp der Hälfte aller (von ihm untersuchter) Fälle das Strafverfahren den Unterhaltsschuldner dazu gebracht hat, seine Unterhaltspflicht nach Kräften wieder zu erfüllen und Rückstände zumindest teilweise zu begleichen. Die Erfolgsquote dürfte sogar noch darüber liegen, da bei knapp einem Viertel der Fälle noch keine endgültige Aussage über die Auswirkungen des Strafverfahrens getroffen werden konnte, da die Bewährungszeit noch nicht abgelaufen war.

⁹⁴ Vgl. hierzu bereits B.I.3.a)bb)(1)(b); sowie auch Ehrbeck, Der Straftatbestand der Unterhaltsentziehung aus rechtsvergleichender Sicht, S. 67.

normverstoßes eine angemessen missbilligende Reaktion auf dafür hinreichend gewichtiges Verhaltens- bzw. Erfolgsunrecht darstellen.

Es hat sich bis hierher gezeigt, dass die § 170 I Fall 1 StGB zugrundeliegende Verhaltensnorm als Rechtsgut den notwendigen Lebensbedarf des Unterhaltsberechtigten schützt und dass die Ausgestaltung dieses Schutzes in Gestalt einer Strafnorm legitimierbar ist.

(2) Schutz des notwendigen Lebensbedarfs des gesetzlich Unterhaltsberechtigten als Rechtsgut des § 170 I Fall 2 StGB

Fraglich ist, ob auch in der zweiten Verwirklichungsform des § 170 I StGB, die lediglich eine hypothetische⁹⁵ beziehungsweise potentielle⁹⁶ Gefährdung voraussetzt, der Schutz des Unterhaltsberechtigten vor Gefährdung seines (notwendigen) Lebensbedarfs als Rechtsgut geschützt wird. Die Verhaltensnorm, den Unterhalt zu zahlen, wenn es ohne Leistung nur deshalb nicht zu einer Gefährdung des Lebensbedarfs kommt, weil vorher Dritte ausgeholfen haben, kann allein dann legitimiert werden, wenn auch in diesem Fall der notwendige Lebensbedarf des Unterhaltsberechtigten geschützt wird.

Anerkannt ist, dass § 170 I StGB nur solche Unterhaltsansprüche schützt, die auf einer familienrechtlichen Grundlage beruhen und damit gerade nicht solche – auch wenn ursprünglich familienrechtlicher Natur –, die kraft Gesetzes auf den Ersatzberechtigten übergegangen sind.⁹⁷ Durch eine Überleitung des Anspruchs, etwa nach den §§ 90, 91 BSHG, ändert sich der Zweck des Anspruchs von der Sicherung des materiellen Lebensbedarfs des Unterhaltsberechtigten hin zum Ersatz der von der Sozialhilfe geleisteten Aufwendungen.⁹⁸ Der Regressanspruch der Behörden gegen den Unterhaltsschuldner für vergangene Zahlungen an den Unterhaltsberechtigten und deren Schutz vor Inanspruchnahme in der Zukunft könnte allerdings quasi „durch die Hintertür“ doch im Fokus des Strafschutzes stehen und nicht die familienrechtlichen Unterhaltsansprüche und der Schutz des Lebensbedarfs des Unterhaltsberechtigten. Liegt die zweite Verwirklichungsform im Sinne einer potentiellen Gefährdung vor, tritt eine tatsächliche Gefährdung des Lebensbedarfs in der Regel gerade deshalb nicht ein, weil die zuständigen Sozialbehörden anstelle des Schuldners einspringen. Zeigen nach ihrer Leistung die Sozialbehörden und Ju-

⁹⁵ *Verfürden*, Die Verletzung der Unterhaltspflicht, S. 45; *Seebode*, JZ 1972, 389 (390).

⁹⁶ *Zieschang*, Gefährdungsdelikte, S. 319; *Matt/Renzikowski/Kuhli*, § 170 Rn. 17; auf eine genaue Einordnung der Deliktsstruktur wird unter B.I.6. näher eingegangen werden.

⁹⁷ *Neudek*, Zur Problematik der strafbaren Verletzung der Unterhaltspflicht, S. 33; *LK-StGB/Dippel*, § 170 Rn. 22; vgl. auch *Eggert*, Der strafrechtliche Schutz des gesetzlichen Unterhaltsberechtigten, S. 36, 53 f.

⁹⁸ *Eggert*, Der strafrechtliche Schutz des gesetzlichen Unterhaltsberechtigten, S. 53 f., der weiter ausführt, dass es sich bei den §§ 90, 91 BSHG aufgrund des fehlenden, für Unterhaltsforderungen konstitutiven Elements der Zukunftsorientierung um einen Ersatzanspruch handelt.

gendämter die Unterhaltspflichtverletzungen an, um – wie von *Neudek*⁹⁹ beschrieben – ein Druckmittel gegen den zahlungsunwilligen Schuldner zu erlangen, dann dient dies zuvörderst dem Zweck, die Durchsetzbarkeit der Ersatzansprüche sicherzustellen. Nach *Mittelbach* erstatten gerade Jugendämter und Fürsorgeverbände Anzeige, nachdem sie vergeblich versucht haben, im Zivilrechtsweg die Unterhaltszahlung zu erlangen.¹⁰⁰

Auf den ersten Blick scheint mithin ein Gebot zur Abwendung dieser lediglich potentiellen Gefahr für den Lebensbedarf des Berechtigten nicht *dessen* Schutz, sondern vielmehr dem Schutz des anstelle des Unterhaltsschuldners zahlenden Dritten – damit in der Regel der Sozialhilfe – zu dienen. Der Schutz Dritter vor einer solchen Inanspruchnahme stellt allerdings kein taugliches Rechtsgut einer strafbewehrten Verhaltensnorm dar.¹⁰¹

Verfürden führt in diesem Zusammenhang an, dass für das Verhältnis mehrerer Handlungspflichtiger untereinander nach allgemeiner Unterlassungsdogmatik anerkannt sei, dass ein Handlungspflichtiger auch dann zur Rettung des Rechtsgutes verpflichtet bleibe, wenn andere Hilfspflichtige bereitstünden, sodass seine einmal eingetretene Pflichtverletzung durch das rettende Eingreifen des (subsidiär verpflichteten) Dritten nicht beseitigt werde.¹⁰² Etwas anderes soll ihm zufolge allerdings gelten, wenn gesichert ist, dass Dritte die Gefahr für das Rechtsgut in jedem Fall abwenden werden – mangels Erforderlichkeit hätte schon keine Handlungspflicht bestanden, die durch Unterlassen der Zahlung hätte verletzt werden können.¹⁰³

Wenn die Abwendung der Gefahr für ein Rechtsgut durch andere bereits gewährleistet ist, lässt sich zwar grundsätzlich eine Rettungspflicht nicht mehr legitimieren. Im Fall der Nichtleistung eines Unterhaltsschuldners gilt dies aber nicht. Die Leistung des Unterhalts an den Unterhaltsberechtigten ist eine höchstpersönliche Pflicht des Unterhaltsschuldners. Diese Pflicht entfällt nicht etwa deshalb, weil bei Bedarf andere „notfalls“ einspringen.¹⁰⁴ Der Forderungsübergang macht deutlich, wer rechtlich in der Verantwortung steht und die entsprechenden finanziellen Belastungen von Rechts wegen zu tragen hat. Die Schwierigkeit besteht allein in der Begründung eines für eine Bestrafung der Pflichtverletzung ausreichenden Verhaltensunwerts bzw. eines etwaigen zusätzlichen Erfolgsunwerts in Gestalt einer potentiellen Gefährdung. Der Verhaltensunwert – das Gewicht des Verhaltensnormverstoßes – wird jedenfalls nicht wesentlich geringer dadurch, dass andere notfalls einspringen werden. Er würde nur noch größer, wenn das nicht zu erwarten wäre. Es geht damit allein um die sachliche Problematik, ob die tatsächlich eintretende po-

⁹⁹ *Neudek*, Zur Problematik der strafbaren Verletzung der Unterhaltspflicht, S. 9.

¹⁰⁰ *Mittelbach*, MDR 1957, 65.

¹⁰¹ Hierzu ausführlich die Ausführungen unter B.I.3.a)aa).

¹⁰² *Verfürden*, Die Verletzung der Unterhaltspflicht, S. 48.

¹⁰³ *Verfürden*, Die Verletzung der Unterhaltspflicht, S. 49.

¹⁰⁴ Leistungen der Sozialhilfe sind subsidiär und sollen den Pflichtigen nicht von seiner Last befreien; vgl. MüKo-BGB/*Langeheine*, § 1602 Rn. 53.

tentielle Gefahr gewichtig genug ist, um eine strafrechtliche Sanktionierung zu legitimieren.

Möglicherweise könnten die Grundsätze über den normativen Schaden sinngemäß herangezogen werden. Dann könnte eine lediglich potentielle Gefährdung zur Tatbestandsverwirklichung ausreichen, weil von den kompensatorischen Maßnahmen abstrahiert würde. Unter einem normativen Schaden versteht man im Zivilrecht die Situation, dass die Anwendung der Differenzhypothese zwar zu dem Ergebnis führt, dass kein Schaden feststellbar ist, der Zweck des Schadensersatzes beziehungsweise der haftungsbegründenden Norm mit diesem Ergebnis aber nicht in Einklang steht – es daher einer normativen Korrektur bedarf.¹⁰⁵ Wenn etwa von dritter Seite Leistungen an den Berechtigten erbracht werden, die dessen Schaden beheben, aber auf einer Wertungsebene deutlich wird, dass diese Ersatzleistungen allein dem Geschädigten zu Gute kommen, jedoch nicht den Schädiger entlasten sollen, bleibt dessen Ersatzpflicht bestehen.¹⁰⁶ Im Zivilrecht dient dieses Institut, durch normative Wertungen einen Schaden annehmen zu können, insbesondere dazu, eine gerechte Lastenverteilung zu ermöglichen.¹⁰⁷ Auch im Strafrecht wird ein Verhalten nach normativen Gesichtspunkten bewertet. Hier ist zum einen relevant, dass die Übergangsvorschriften deutlich machen, dass die Pflicht des Unterhaltsschuldners in Form einer Zahlungspflicht beim Eingreifen der Sozialbehörden nicht entfällt.¹⁰⁸ Auch wenn private Dritte anstelle des Unterhaltsberechtigten zahlen, erlischt der Anspruch des Unterhaltsberechtigten nicht.¹⁰⁹ Zudem soll durch die primäre Ver-

¹⁰⁵ Vgl. zum normativen Schaden etwa BGH NJW 2000, 1274 f.; BGH NJW-RR 2009, 1030 f.; OLG Celle NJW 1969, 1765 f.; BeckOGK-BGB/Brand, § 249 Rn. 17 ff.; *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, Rn. 854 ff., 861; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, Rn. 688.

¹⁰⁶ Vgl. hierzu etwa das Beispiel, des verletzten Arbeitnehmers, dessen Schaden durch die Entgeltfortzahlung nach § 3 EFZG ausgeglichen wird, sodass der Regress beim Schädiger nur über die Rechtsfigur des normativen Schadens erreicht werden kann, hierzu ausführlich BeckOGK-BGB/Brand, § 249 Rn. 19.

¹⁰⁷ Der Gedanke eines Vergleichs mit dem Institut des normativen Schadens ist bereits von *Verfürden*, Die Verletzung der Unterhaltspflicht, S. 51 f. aufgegriffen worden. Dieser schlussfolgert allerdings aus dem Umstand, dass das Institut des normativen Schadens im Zivilrecht eine gerechte Lastenverteilung ermöglicht, dass auch bei Bejahung einer Gefahr für den Lebensbedarf des Berechtigten die Schutzrichtung des § 170 I StGB sich nicht auf den Unterhaltsberechtigten, sondern auf den anstelle des Unterhaltsschuldners zahlenden Dritten bezöge.

¹⁰⁸ Vgl. etwa §§ 93 f. SGB XII. Es gilt der Nachrang der Sozialhilfe, § 2 I SGB XII. Die leistungsberechtigte Person hat zunächst alle Möglichkeiten auszuschöpfen, um ihre Hilfsbedürftigkeit zu beseitigen; sind Ansprüche gegen Dritte allerdings nicht sofort realisierbar, beseitigt die Sozialhilfe die aktuelle Notlage, vgl. BeckOK-Sozialrecht/*Weber*, § 93 SGB XII Rn. 4. Nach § 2 II 1 SGB XII bleiben Verpflichtungen anderer unberührt, d.h., diese Ansprüche entfallen nicht dadurch, dass der Sozialhilfeträger durch Gewährung von Leistungen den sozialhilferechtlichen Bedarf deckt; vgl. BeckOK-Sozialrecht/*Groth*, § 2 SGB XII Rn. 11.

¹⁰⁹ BeckOGK-BGB/*Selg*, § 1602 Rn. 38; *Jauernig-BGB/Budzikiewicz*, § 1601 ff. Rn. 10 f.; *MüKo-BGB/Langeheine*, § 1602 Rn. 65 f. Freiwillige Leistungen Dritter können nur dann den Unterhaltspflichtigen entlasten, wenn der Zuwendende dies auch beabsichtigt. Gleiches gilt

pflichtung des in einer besonderen Beziehung zum Unterhaltsberechtigten stehenden Unterhaltsschuldners gerade verhindert werden, dass der Lebensbedarf des Unterhaltsberechtigten gefährdet wird. Kommt der Unterhaltsschuldner seiner Pflicht ordnungsgemäß nach, besteht keine Notwendigkeit, dass Dritte helfend eingreifen. Der Unterhaltsberechtigte soll nicht auf Hilfe Dritter zur Sicherstellung seines notwendigen Lebensbedarfs angewiesen sein. Diese Situation kann aber nur dadurch verhindert werden, dass der Lebensbedarf des Unterhaltsberechtigten bereits im Vorfeld einer Verletzung der strafbewehrten Verhaltensnorm geschützt und bereits eine abstrahierend bestimmte Gefährdung des (notwendigen) Lebensbedarfs des Unterhaltsberechtigten als strafbares Verhalten angesehen wird.

Die Sanktionierung auch und gerade mit Schuldspruch und Strafe ist auch angemessen. Es gelten grundsätzlich die bei der ersten Verwirklichungsform des § 170 I StGB angestellten Überlegungen, in der eine konkrete Gefahr tatbestandliche Voraussetzung ist. Auch wenn der Lebensbedarf des Unterhaltsberechtigten potentiell gefährdet ist, liegt in einem entsprechenden Verhaltensnormverstoß des Unterhaltsschuldners ein hinreichend gewichtiges Verhaltens- und Erfolgsunrecht, das eine angemessen missbilligende Reaktion in Form von Schuldspruch und Strafe erfordert.

Es handelt sich mitnichten um ein „Kavaliersdelikt“, den Unterhaltsberechtigten trotz eigener Leistungsfähigkeit auf die öffentliche Sozialhilfe zu verweisen.¹¹⁰

Auch § 170 I Fall 2 StGB, der lediglich voraussetzt, dass der präsumtive Täter sich seiner Unterhaltspflicht entzieht und dadurch den Lebensbedarf des Unterhaltsberechtigten, griffen Dritte nicht helfend ein, gefährden würde, schützt folglich ebenfalls vor einer Gefährdung des materiellen (notwendigen) Lebensbedarfs des Unterhaltsberechtigten und ist im Hinblick auf das erhebliche Gewicht des Verhaltensnormverstoßes (nebst Folgen) als *Strafnorm* legitimierbar.

cc) Zwischenergebnis

Damit ist festzuhalten, dass die strafbewehrte Verhaltensnorm „Erfülle deine Unterhaltspflicht, wenn andernfalls der notwendige Lebensbedarf des Unterhaltsberechtigten gefährdet ist oder ohne die Hilfe anderer gefährdet wäre“ als Rechtsgut den Lebensbedarf des Unterhaltsberechtigten schützt. Bei Beschränkung auf den notwendigen Lebensbedarf ist der Schutz vor einer solchen abstrahierend bestimmten Gefährdung auch geeignet, Rechtsgut einer *strafbewehrten* Verhaltensnorm zu sein. Die Überlegungen haben gezeigt: Auf die Verletzung der Pflicht zur Leistung des notwendigen Unterhalts darf mit Schuldspruch und Strafe sogar dann reagiert werden, wenn aufgrund des Verhaltensnormverstoßes der notwendige Un-

i. d. R. auch hinsichtlich Leistungen nachrangig haftender Unterhaltspflichtiger. Der Zahlungsanspruch geht nach § 1607 III BGB auf den Leistenden über.

¹¹⁰ *Ehrbeck*, Der Straftatbestand der Unterhaltsentziehung aus rechtsvergleichender Sicht, S. 68.

terhalt potentiell gefährdet ist. Der Einsatz des strafrechtlichen Instrumentariums ist zur Erreichung des legitimen Strafzwecks im Hinblick auf das Gewicht des Fehlverhaltens nebst Folgen nicht nur geeignet und erforderlich, sondern auch angemessen. Die Androhung entsprechend angemessener Bestrafung – also die Strafbewehrung dieser Unterhaltspflicht – ist legitimierbar.

*b) Vergleich der von § 170 I StGB erfassten
und nicht erfassten Verpflichtungen*

Bleibt die Frage bestehen, weshalb die Nichterfüllung sonstiger zivilrechtlicher Verpflichtungen, die im Einzelfall auch zu einer Gefährdung des Lebensbedarfs des jeweils Anspruchsberechtigten führen kann, zu keiner strafrechtlichen Sanktionierung führt, die Nichterfüllung gewisser Unterhaltspflichten hingegen mit Mitteln des Strafrechts pönalisiert wird. Geschützt werden namentlich die gesetzlichen Unterhaltspflichten von Ehegatten nach §§ 1360 ff. BGB, von geschiedenen Ehegatten nach §§ 1569 ff. BGB, nichtehelicher Mütter und Väter nach §§ 1615a ff. BGB, der Adoptionseltern nach §§ 1751 IV, 1754 BGB, werdender Mütter eines Erben nach § 1963 BGB sowie die Unterhaltspflichten eingetragener Lebenspartnerschaften nach §§ 5, 12, 16 BGB.¹¹¹ Ebenfalls kommen Bestimmungen des Unterhaltsrechts anderer Staaten in Betracht, sofern der Unterhaltsberechtigte ein im Inland wohnender Ausländer oder ein im Ausland lebender Deutscher ist.¹¹² Vertragliche Unterhaltsansprüche, auch solche aus einem gerichtlichen Vergleich, werden in der Regel nicht geschützt, einzig, wenn vereinbarter und gesetzlicher Unterhalt deckungsgleich sind, wird auch die Erfassung dieser vertraglichen Unterhaltspflicht befürwortet.¹¹³ In diesem Fall wird allerdings mit der Verletzung der vertraglichen Unterhaltspflicht zugleich eine gesetzliche Unterhaltspflicht verletzt, sodass die zusätzliche Verletzung einer vertraglichen Unterhaltspflicht keine Auswirkungen auf die Strafbarkeit hat und insoweit irrelevant ist.

Zur Begründung wird vom Gesetzgeber angeführt, dass die Verletzung von Leistungspflichten, die aus familienrechtlichen Bindungen erwachsen, strafrechtliches Unrecht darstelle.¹¹⁴ Allein die familienrechtlichen Unterhaltspflichten könnten kraft ihrer sittlichen Grundlage und ihrer Verfassungsbezogenheit (Art. 6 GG) im Falle ihrer Verletzung Gegenstand einer Strafsanktion sein.¹¹⁵ Eine strafrechtliche

¹¹¹ SK-StGB/Schall, § 170 Rn. 12; Lackner/Kühl/Heger, § 170 Rn. 2.

¹¹² MüKo-StGB/Ritscher, § 170 Rn. 9.

¹¹³ MüKo-StGB/Ritscher, § 170 Rn. 9.

¹¹⁴ BT-Drs. VI/1552, S. 12; BT-Drs. VI/3521, S. 13; von *Verfünden* wird in diesem Kontext zu Verdeutlichung darauf hingewiesen, dass mit der Bezugnahme auf „familienrechtliche Bindungen“ nicht der Pflichtengrund selbst gemeint sei, sondern die materielle Grundlage, die der Gesetzgeber zum Anknüpfungspunkt der gesetzlichen Regelung gemacht habe. Diese sei stärker als bei den übrigen zivilrechtlichen Verpflichtungen; *Verfünden*, Die Verletzung der Unterhaltspflicht, S. 64.

¹¹⁵ Eggert, Der strafrechtliche Schutz des gesetzlichen Unterhaltsberechtigten, S. 36.

Sanktionierung soll folglich nur dann gerechtfertigt sein, wenn der Unterhaltspflicht eine familienrechtliche Obligation zugrunde liegt. Hiergegen wird eingewendet, dass nicht zu erkennen sei, wieso die Selbstbindung im Vertrag oder die zurechenbare Schädigung als materieller Grund zivilrechtlicher Pflichten schwächer sein sollten, als das Verwandtschaftsverhältnis. Vielmehr begründe eine familiäre Bindung im Strafrecht keine stärkere Garantenpflicht, deren Verletzung ein gegenüber der freiwilligen Übernahme oder anderen garantenpflichtbegründenden Umständen erhöhtes Unrecht wäre.¹¹⁶ Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass im Rahmen des § 170 I StGB der sonderzuständige Unterhaltspflichtschuldner in einer qualitativ andersartigen Beziehung zum Rechtsgut steht als der *quavis ex populo*, namentlich in einer institutionellen Fürsorgepflichtbeziehung.¹¹⁷ Die besondere zwischenmenschliche Verbundenheit zwischen Unterhaltsschuldner und Unterhaltsberechtigtem, sei es aufgrund familiärer Beziehung oder einem ehelichen Versprechen, beinhaltet eine von Geburt beziehungsweise Eingehung der Ehe an bestehende Sonderstellung in Beziehung auf die Sicherung des Lebensbedarfs dem anderen gegenüber. Vertragliche Bindungen werden hingegen mit diametral anderen Intentionen eingegangen und beruhen nicht auf (grund-)gesetzlicher Wertentscheidung, sondern rechtsgeschäftlicher Einigung zweier Personen, die in keinerlei Beziehung zueinanderstehen müssen. Es handelt sich um Beziehungen, die aufgrund privatautonomer Entscheidungen getroffen werden, deren zentraler Zweck regelmäßig auf Erlangung wirtschaftlicher Vorteile gerichtet ist.

Teilweise wird diesbezüglich darauf hingewiesen, dass auch sonstige gesetzliche Ansprüche, auf deren Erfüllung der Berechtigte angewiesen ist, etwa Ersatzansprüche Dritter bei Tötung nach § 844 II BGB, keinen Strafrechtsschutz genießen und die Nichterfüllung gleich auf welcher Grundlage beruhender Verpflichtungen den Berechtigten letztlich gleich hart trafen.¹¹⁸ Die Beziehung zwischen Unterhaltsberechtigtem und dem für den Tod des Unterhaltsschuldners verantwortlichem Dritten ist allerdings eine bereits in ihrem Ursprung vollkommen verschieden, beruht sie doch auf einem Verhalten des Ersatzverpflichteten, das in keiner Beziehung zu dem Unterhaltsberechtigten steht.

Für eine grundsätzliche Befürwortung der strafrechtlichen Sanktionierung allein von auf familiärer Grundlage beruhender Unterhaltspflichtverletzungen spricht weiter, dass die unterhaltsberechtigten Personen besonders schutzbedürftig sind, da sie sich ihren Schuldner in der Regel nicht selbst aussuchen können.¹¹⁹ Dies ist etwa bezüglich der Unterhaltsansprüche von Kindern augenscheinlich, bedarf hinsichtlich anderer Unterhaltsansprüche wie derjenigen der Ehegatten und Lebenspartner einer Konkretisierung dahingehend, dass diese sich zwar bewusst für die Eingehung einer Beziehung zu dem konkreten Ehegatten und Lebenspartner entschieden haben, dies

¹¹⁶ *Verfürden*, Die Verletzung der Unterhaltspflicht, S. 64.

¹¹⁷ *Kreuzberg*, Täterschaft und Teilnahme als Handlungsunrechtstypen, S. 184.

¹¹⁸ *Neudek*, Zur Problematik der strafbaren Verletzung der Unterhaltspflicht, S. 21.

¹¹⁹ *Neudek*, Zur Problematik der strafbaren Verletzung der Unterhaltspflicht, S. 23.

aber aufgrund zwischenmenschlicher Gefühle und Bindungen getan haben und nicht aufgrund der Absicherung etwaiger (nach-)ehelicher/-partnerschaftlicher Unterhaltsansprüche. Diese Entscheidung ist von der Entscheidung zu unterscheiden, sich in ein übliches zivilrechtliches Gläubiger-Schuldner-Verhältnis zu begeben, zumal die Ehe ihrem Grundgedanken nach „auf Lebenszeit“¹²⁰ geschlossen wird.

Die fehlende Möglichkeit, sich seinen Unterhaltsschuldner selbst aussuchen zu können, kann allerdings nur als unterstützendes Argument zur Legitimation aufgrund besonderer familiärer Verbindungen herangezogen werden. Hierdurch erschließt sich sodann auch, warum § 844 II BGB (sowie auch andere deliktische Ansprüche), für den ebenfalls gilt, dass sich der Unterhaltsberechtigte seinen (neuen) Schuldner nicht hat aussuchen können, nicht unter den Schutz des § 170 I StGB fällt.

Grundsätzlich können daher nur Unterhaltsansprüche, deren Pflichtengrund in einer familienrechtlichen Beziehung wurzelt, Gegenstand einer strafrechtlichen Sanktionierung sein. Im Folgenden soll auf Einzelheiten des Umfangs der von § 170 I erfassten familienrechtlichen Unterhaltspflichten eingegangen werden.

aa) Einbeziehung der Unterhaltspflicht nach dem Lebenspartnerschaftsgesetz

Von § 170 I StGB sollen auch Ansprüche eingetragener Lebenspartner nach dem Lebenspartnerschaftsgesetz aus § 5 LPartG erfasst werden.¹²¹ Einer Einbeziehung dieser Unterhaltsansprüche könnte entgegenstehen, dass die Legitimation strafrechtlicher Sanktionierungen von Unterhaltspflichtverletzungen auf der Wertentscheidung des Art. 6 GG beruht. Der Gesetzgeber hat zwar bereits umfassende Angleichungen verschiedengeschlechtlicher und gleichgeschlechtlicher Paare vorgenommen, etwa durch die Änderung des § 1353 I 1 BGB, der die Eheschließung auch zwischen gleichgeschlechtlichen Partnern ermöglicht.¹²² Teilweise wird jedoch angenommen, dass die im Privatrecht geltende Neufassung des Begriffs der Ehe als rechtlich geordnete Verbindung von zwei Personen verschiedenen oder gleichen Geschlechts nichts an dem verfassungsrechtlichen Begriff der Ehe als einer Verbindung zwischen Mann und Frau ändere.¹²³ Andererseits wird vertreten, dass die

¹²⁰ Vgl. § 1353 I 1 BGB; BVerfGE 10, 59 (66); BVerfGE 121, 175 (193); BeckOK-GG/Uhle, Art. 6 Rn. 2, 8; Dreier-GG/Brosius-Gersdorf, Art. 6 GG Rn. 49.

¹²¹ Vgl. etwa Matt/Renzikowski/Kuhli, § 170 Rn. 3.

¹²² Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts vom 20.07.2017, BGBl. I, S. 2017. Vgl. zur Gleichstellung von Ehe und Lebenspartnerschaft vor der Gesetzesänderung ausführlich Bömelburg, NJW 2012, 2753 ff.

¹²³ Maunz/Dürig/Badura, Art. 6 GG Rn. 58h; die Ehe wird danach definiert als Vereinigung eines Mannes und einer Frau zur grundsätzlich unauflöslichen Lebensgemeinschaft, vgl. BVerfGE NJW 1959, 1483; BVerfGE 62, 323 (330); BVerfGE 10, 59 (66); BVerfGE 105, 313 (342); BVerfGE 121, 175 (193); BeckOK-GG/Uhle, Art. 6 Rn. 2 f. Die „Ehe für alle“ soll nicht den besonderen Schutz der Ehe beanspruchen können, vielmehr sei sie durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG garantiert; für die Einbeziehung

Institutsgarantie des Art. 6 I GG eine Verschiedengeschlechtlichkeit jedenfalls nicht gebietet.¹²⁴ Ob angesichts des gesellschaftlichen Wandels inzwischen auch gleichgeschlechtliche Verbindungen als Ehen i.S.d. Art. 6 I GG eingeordnet werden sollten, was meiner Einschätzung nach der Fall ist, ändert am hier zugrundeliegenden Problem hingegen nichts. Denn die Einbeziehung gleichgeschlechtlicher Ehen in Art. 6 GG heißt nicht zugleich, dass die eingetragene Lebenspartnerschaft nunmehr ebenfalls in den Schutzbereich des Art. 6 GG fällt. Lebenspartnerschaften werden vielmehr gerade nicht als in den Schutzbereich der Ehe im Sinne des Art. 6 GG fallend angesehen.¹²⁵

Nichteheliche Lebensgemeinschaften und gleichgeschlechtliche eingetragene Partnerverbindungen sind folglich weiterhin bereits nach dem Wortsinn keine Ehen im Sinne des Art. 6 GG, auch wenn sie inzwischen in eine „Ehe“ umgewandelt werden können und sich dieses Problem in (näherer) Zukunft nicht mehr wird stellen können, da seit dem 1.10.2017 durch die Einführung der Möglichkeit für gleichgeschlechtliche Paare, eine Ehe einzugehen, keine neuen Lebenspartnerschaften mehr begründet werden können.¹²⁶ Auch unter den Begriff der „Familie“, verstanden als umfassende Gemeinschaft von Eltern und Kindern¹²⁷, fällt die eingetragene Lebenspartnerschaft ersichtlich nicht.

Dennoch sind Ansprüche aus dem Lebenspartnerschaftsgesetz zu den Unterhaltsansprüchen im Sinne des § 170 I StGB zu zählen. An der Einbeziehung des § 5 LPartG ist nicht deshalb zu zweifeln, weil die eingetragene Lebenspartnerschaft nicht in den Schutzbereich des Art. 6 GG fällt. Denn die eingetragene Lebenspartnerschaft wird zum einen als „eigengeartetes familienrechtliches Institut“ der Ehe gleichgestellt.¹²⁸ Zum anderen käme es zu einer mit Art. 3 GG nicht zu rechtfertigenden Ungleichbehandlung zwischen Ehegatten und eingetragenen Lebenspartnern, da eine abstrakte Rechtfertigung mit dem allein für die Ehe bestehenden besonderen Schutz der staatlichen Ordnung gem. Art. 6 GG nicht möglich ist.¹²⁹ Gleiches gilt selbstverständlich hinsichtlich der Unterhaltungspflicht gleichgeschlechtlicher Ehegatten nach den §§ 1360 ff. BGB für den Fall, dass man die Ehe unter Ehepartnern gleichen Geschlechts nicht als Ehe im verfassungsrechtlichen Sinn ansieht. Auch hier bedürfte es eines – bei der Frage nach der Strafbarkeit von Unterhaltungspflichtverletzungen nicht vorliegenden – bedeutenden sachlichen Grun-

in den Schutzbereich des Art. 6 I GG sei eine verfassungsändernde Gesetzgebung erforderlich, vgl. Maunz/Dürig/Badura, Art. 6 GG Rn. 58h.

¹²⁴ Dreier-GG/Brosius-Gersdorf, Art. 6 GG Rn 50; a.A. Haydn-Quindeau, NJOZ 2018, 201 (205).

¹²⁵ Vgl. hierzu bereits BVerfG NJW 2002, 2543 (2548); Bömelburg, NJW 2012, 2753 (2754).

¹²⁶ Vgl. hierzu etwa Weber, NJW 2019, 3040 (3042).

¹²⁷ BVerfG NJW 1959, 1483; BVerfGE 10, 59 (66); Maunz/Dürig/Badura, Art. 6 GG Rn. 60.

¹²⁸ Maunz/Dürig/Badura, Art. 6 GG Rn. 58g.

¹²⁹ Vgl. hierzu Sachs, JuS 2010, 561 (564).

des, der eine Differenzierung rechtfertigen könnte. Jedenfalls ist der Unwertgehalt der Gefährdung des notwendigen Lebensbedarfs nicht geringer, sondern vielmehr ein und derselbe.

Dies führt zu dem Ergebnis, dass Unterhaltspflichten zwischen Ehepartnern – jedenfalls verschiedengeschlechtlicher, nach hier vertretener Auffassung auch gleichgeschlechtlicher – nach §§ 1360 ff. BGB, Unterhaltspflichten Verwandter in gerader Linie nach 1601 ff. BGB und Unterhaltspflichten gegenüber adoptierten Kindern unter besonderen strafrechtlichen Schutz gestellt werden, weil sie ihre spezifische Legitimation aus Art. 6 GG herleiten können. Die Strafbarkeit von Unterhaltspflichtverletzungen nach dem Lebenspartnerschaftsgesetz kann einerseits über den Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 GG legitimiert werden. Andererseits stellen lebenspartnerschaftliche Unterhaltspflichten ebenfalls individuelle familienrechtliche Obligationen dar, die ihren Schutz zwar nicht unmittelbar über Art. 6 GG herleiten können, die sich aber gleichwohl durch die ihnen zugrundeliegenden besonderen zwischenmenschlichen Beziehungen von anderen privatrechtlichen Pflichten unterscheiden.

bb) Andere auf familiärer Grundlage beruhende Verpflichtungen,
insbesondere die Pflichten nach den §§ 1360 S. 2
und 1606 III 2 BGB

Umstritten ist, ob eine tatbestandliche Unterhaltspflichtverletzung auch vorliegen kann, wenn der Täter seiner Pflicht zur Haushaltsführung nach § 1360 S. 2 BGB oder zur Pflege und Erziehung seines Kindes nach § 1606 III 2 BGB nicht ausreichend nachkommt.¹³⁰ Die Frage hängt maßgeblich davon ab, ob nur eine bestimmte Art der Unterhaltsgewährung, in concreto die Zahlung einer Geldleistung, von § 170 I StGB erfasst wird oder ob auch Pflichten wie die zur Haushaltsführung nach § 1360 S. 2 BGB (bei Lebenspartnern nach § 5 S. 2 LPartG) oder die Pflicht zur Pflege und Erziehung des Kindes nach § 1606 III 2 BGB tatbestandlich als „Unterhaltspflichtverletzung“ im Sinne des § 170 I StGB erfasst werden können. Hiergegen wird zum Teil schlicht angeführt, dass der Ultima-Ratio-Charakter des Strafrechts es gebiete, diese Arten der Unterhaltsleistungen aus dem Anwendungsbereich des § 170 I StGB herauszunehmen.¹³¹ Auch stehe der Bestimmtheitsgrundsatz einer derart weiten Auslegung der Norm entgegen, da mit der strafbewehrten Verletzung der Unterhaltspflicht allgemein nur solche Pflichten assoziiert würden, die den materiellen Lebensbedarf gewährleisten. Zudem sei es schlechterdings unmöglich, dem Rechtsanwender sowie dem Rechtsunterworfenen verlässliche Kriterien dafür zu benennen, ab wann die Mängel in der Haushaltsführung oder die Vernachlässi-

¹³⁰ Zum Natural- und Betreuungsunterhalt siehe etwa Prütting/Wegen/Weinreich/*Soyka*, Vor § 1601 ff. Rn. 4 f.

¹³¹ Matt/Renzikowski/*Kuhli*, § 170 Rn. 3.

gung der Kinder ein strafbares Ausmaß erreichen.¹³² Zwingend ist eine derartige Auslegung nicht. Vielmehr scheint die tatbestandliche Erfassung auch der familienrechtlichen Pflicht zur Haushaltsführung nach § 1360 BGB und die Pflicht zur Pflege und Erziehung des Kindes nach § 1606 III BGB geboten.¹³³ Bereits der Wortlaut des § 1606 III 2 BGB fasst die Pflege und Erziehung des Kindes als Unterhaltsleistung auf. Überwiegende sachlich berechnete Gründe, die Nichtzahlung von Unterhaltsansprüchen unter Strafe zu stellen, die Vernachlässigung der für das betroffene Kind mindestens genauso notwendigen, wenn nicht gar wichtigeren Pflichten zur Haushaltsführung und Pflege und Erziehung hingegen von einer Sanktionierung auszunehmen, bestehen nicht.¹³⁴ Zudem stellt § 1360 BGB die Verpflichtung, den Familienunterhalt durch Arbeit und Vermögen (Satz 1) zu leisten, mit der Unterhaltsleistung durch die Führung des Haushalts (Satz 2) gleich. Beide Fälle beinhalten die zivilrechtliche Verpflichtung, zum Familienunterhalt beizutragen, und sind als gleichwertig anzusehen. Hierfür spricht namentlich, dass der früher allein den sachlichen Alimentationsaufwand erfassende Unterhaltsbegriff durch das Gleichberechtigungsgesetz von 1957 geändert wurde und seitdem – mit der Abkehr vom Leitbild der Hausfrauenehe – auch die persönliche Betreuung und Versorgung der Kinder im Haushalt eine echte Unterhaltsleistung ist, sodass dieser erweiterte Unterhaltsbegriff seither unmittelbarer Inhalt der „gesetzlichen Unterhaltspflicht“ im Sinne des § 170 I StGB ist.¹³⁵ Haushaltsführung und Kinderbetreuung haben für das gemeinsame Leben der Ehepartner keinen geringeren Wert als Einkünfte, die dem Haushalt zur Verfügung stehen; die Gleichwertigkeit von Betreuungsunterhalt und Barunterhalt schließt eine finanzielle Bewertung (Monetarisierung) der beiderseitigen Fürsorgeleistungen grundsätzlich aus.¹³⁶ Sinn und Zweck der Norm ist die Sicherung des materiellen Lebensbedarfs des Unterhaltsberechtigten, der aber nicht nur gefährdet sein kann, wenn auf die Zahlung von Geld gerichtete Ansprüche nicht erfüllt werden. Das Argument, die Erfassung der Unterhaltsleistung in anderer Form als Geldleistung sei in der Anwendung nicht praktikabel genug und zu unbestimmt, kann nicht überzeugen. Schwierigkeiten bei der Einordnung von Verhaltensweisen unterschiedlichen Gewichts als strafbar oder straflos sind bei nahezu allen gesetzlichen Regelungen zu finden. Deren abstrakte Formulierung macht dies geradezu unausweichlich. Des Weiteren ist der Grad der materiellen Nicht-Versorgung objektiv ohne unüberwindliche Hindernisse feststellbar. Die jeweils wie auch

¹³² SK-StGB/Schall, § 170 Rn. 13; MüKo-StGB/Ritscher, § 170 Rn. 12.

¹³³ Für eine Einbeziehung der §§ 1360, 1606 III BGB etwa BVerfG NJW 1979, 1445; Lackner/Kühl/Heger, § 170 Rn. 5.

¹³⁴ Auch das OLG Hamm NJW 1964, 2316 (2317) sieht es als einen Verstoß gegen den Gleichberechtigungsgrundsatz an, wenn die Mutter (dies gilt selbstverständlich auch für einen Naturalunterhalt leistenden Vater), die sich der Unterhaltsleistung, d. h. der Betreuungspflicht gegenüber den Kindern, vorsätzlich entzieht, im Gegensatz zum Vater (dem Elternteil, der seinen Unterhalt als Geldleistung schuldet) nach § 170 I StGB straflos bleibe.

¹³⁵ OLG Hamm NJW 1964, 2316 (2317); BGBl. I, S. 609 f.; LK-StGB/Dippel, § 170 Rn. 31.

¹³⁶ LK-StGB/Dippel, § 170 Rn. 31.

bei anderen Unterhaltspflichtverletzungen erforderliche Feststellung der Gefährdung des Lebensbedarfs ist, ebenso wie bei der Nichtzahlung von Geldleistungen, im Einzelfall problematisch, stellt aber in der Regel keine unüberwindliche Schwierigkeit dar, wenn die relevante Tatsachengrundlage erst einmal ermittelt wurde. Auch die angeführten Bedenken hinsichtlich der Bestimmtheit, dass sich die Intensität oder der Umfang der für eine Strafbarkeit vorausgesetzten Mängel in der Haushaltsführung oder der Kindesbetreuung nicht mit objektiv nachvollziehbaren Kriterien begrenzen lasse¹³⁷, ist nicht derart gewichtig, dass eine tatbestandliche Einschränkung auf Geldleistungen zu erfolgen hat. Zunächst ist die Norm als konkretes und potentiell Gefährdungsdelikt eng auszulegen.¹³⁸ Diesem Umstand kann effektiv dadurch Rechnung getragen werden, dass die erforderliche Gefährdung des Lebensbedarfs des Berechtigten auf den notwendigen Lebensbedarf beschränkt wird. Ohne eine Einschränkung auf den notwendigen Lebensbedarf zeigt sich gerade im Rahmen der Unterhaltsleistungen im Sinne der §§ 1360 und 1606 III BGB eine Ausuferung der Norm. Zudem würden andernfalls kaum zu bewältigende Anforderungen an die Beantwortung der Frage, ob eine ausreichend gewichtige Unterhaltspflichtverletzung im Einzelfall vorliegt, gestellt werden. Des Weiteren ist die erforderliche einschränkende Auslegung der Tatbestandsmerkmale in einer Vielzahl der Fälle schon deshalb nicht besonders problematisch, weil häufig keine sich an der Grenze zur strafbaren Unterhaltspflichtverletzung befindliche Handlung oder Unterlassung der Täter vorliegt, sondern die Pflicht zur Haushaltsführung oder Pflege und Erziehung des Kindes vollständig oder nahezu vollständig vernachlässigt wird.¹³⁹ Weiterhin sieht auch die Gegenansicht die Prüfung der Unterhaltsleistung in Form von Haushaltsführung und Pflege und Erziehung der Kinder als nicht unmöglich – vielmehr als vom Strafrichter zu fordern – an, wenn sie davon ausgeht, dass der zahlungsfähige, aber keinen Unterhalt leistende Unterhaltsschuldner sich darauf berufen kann, seine Unterhaltspflicht durch Führung des Haushalts beziehungsweise durch Pflege und Erziehung der Kinder erfüllt zu haben.¹⁴⁰ Gerade die eindeutigen Fälle – wenn sich der Unterhaltsschuldner seiner Pflicht zur Haus-

¹³⁷ So *Schall*, in: FS Maiwald, 753 (755 f.).

¹³⁸ Zur Einordnung als konkretes und potentiell Gefährdungsdelikt B.I.6.

¹³⁹ So etwa in BGH NJW 1976, 1273 f., in dem zugrundeliegenden Fall lies die Angeklagte ihre Kinder zurück und ging ins Ausland. Im einem dem Urteil des BVerfG NJW 1979, 1445 ff. zugrundeliegenden Fall befand sich die Wohnung der Angeklagten in verwahrlostem Zustand, die Ernährung des Kindes war nicht sichergestellt und das Kind befand sich nach den Feststellungen bereits seit zwei Tagen tagsüber unbeaufsichtigt und unversorgt in der Wohnung der Angeklagten.

¹⁴⁰ *Schall*, in: FS Maiwald, 753 (763 f.), wobei er klarstellt, dass den Strafrichter in diesem Fall nur eine beschränkte Prüfungspflicht hinsichtlich offensichtlicher Fälle treffe, nämlich dahingehend, ob der Unterhaltsschuldner die Aufgabe zur Haushaltsführung oder Kinderbetreuung wenigstens in ihrem Kern wahrgenommen hat. Eine Erfüllung der Unterhaltspflicht in Form des Surrogats sei nur dann zu verneinen, wenn von der Übernahme solcher Aufgaben schon von vornherein keine Rede sein könne – sich der entsprechende Einwand also als bloße Schutzbehauptung erweist – oder aber ein der Nichtleistung gleichkommender Fall eklatanter Schlechterfüllung vorliege.

haltensführung oder zur Pflege und Erziehung der Kinder vollständig entzieht – sind recht unproblematisch feststellbar. In weniger offensichtlichen Fällen, wenn nicht feststellbar und beweisbar ist, dass nicht nur eine leichtere Vernachlässigung der Pflichten stattgefunden hat, ist in dubio pro reo davon auszugehen, dass der Unterhaltsschuldner nicht nach § 170 I StGB strafbar ist. In diesem Fall ist auch die Konsequenz für den Unterhaltsberechtigten nicht derart gravierend, dass eine Straflosigkeit des Unterhaltsschuldners in keinem Fall hinzunehmen ist. So ist auch bei Nichterweislichkeit der (Geld-)Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners dieser nicht nach § 170 I StGB strafbar.

Teilweise wird als Gegenargument der Rechtsgedanke des § 120 III FamFG¹⁴¹ angeführt, nach dem die Verpflichtung zur Herstellung des ehelichen Lebens nicht der Vollstreckung unterliegt. Der Unterhaltsschuldner würde nach § 1606 III BGB etwa zur Pflege und Erziehung des Kindes, einer höchstpersönlichen Handlung, die gerade nicht mittels Rechtszwang durchsetzbar sein soll, gezwungen.¹⁴² Gegen diesen Rechtsgrundsatz werde verstoßen, wenn der Elternteil durch die Strafdrohung des § 170 I StGB dazu gezwungen würde, seine aus der elterlichen Sorge erwachsenden Pflichten zur Pflege und Erziehung des Kindes wahrzunehmen oder andere höchst persönlich zu erbringende Leistungen im Haushalt vorzunehmen.¹⁴³ Es wird die Frage aufgeworfen, wie die Pflege und Erziehung eines Elternteils aussehen solle, das keineswegs gewillt ist, sie dem Kind angeidehen zu lassen. Verlässt ein nach § 1606 III BGB verpflichteter Elternteil die Familie, wandle sich der Unterhaltsanspruch in einen Zahlungsanspruch um.¹⁴⁴

Allerdings ist nicht verständlich, weshalb in diesem speziellen Fall eine die Unterhaltspflicht verletzende Person für ihr Verhalten keine Bestrafung erfahren können soll.¹⁴⁵ Eine entsprechende Strafe kann und darf zwar nicht mit dem Ausspruch erfolgen, die Unterhaltspflicht in Form der Haushaltsführung beziehungsweise Pflege und Erziehung des Kindes in der Zukunft auszuführen. Möglich ist aber durchaus die Verurteilung zu einer Geld- oder zu einer Freiheitsstrafe. Es wäre ein

¹⁴¹ Der frühere § 888 II ZPO wurde durch eine Gesetzesänderung vom 17. 12. 1997 (BGBl. I, S. 3039 (3042)) zunächst in § 888 III ZPO verschoben und wurde mit dem Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. 12. 2008 in § 120 III FamFG übernommen (BGBl. I, S. 2586 (2613)).

¹⁴² Vgl. hierzu OLG Karlsruhe NJW 1973, 108 (109); *Merkert*, NJW 1965, 409.

¹⁴³ *Schall*, FS Maiwald, 753 (759).

¹⁴⁴ *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT II, § 63 Rn. 30.

¹⁴⁵ *Schall*, FS Maiwald, 753 (759) meint, dass in dem Fall, in dem ein Elternteil die ihm obliegende Haushalts- oder Betreuungspflicht verletzt, dieser nur wegen der Verletzung eines Zahlungsanspruchs zur Verantwortung gezogen werden könne. Dem ist nicht zu folgen. Vielmehr ist im jeweiligen Fall genau zu ermitteln, welche Pflicht das Elternteil zum verhaltensrelevanten Zeitpunkt zu erfüllen hatte und inwieweit es diese Pflicht vernachlässigt hat. Ist ein Elternteil die Pflege und Erziehung des Kindes übertragen und kommt es dieser Pflicht nicht nach, kann demselben Elternteil nicht der Vorwurf gemacht werden, es habe seine *Zahlungspflicht* verletzt – diese Verhaltensanforderung war für den entsprechenden Elternteil schon nicht erkennbar.

nicht zu rechtfertigender Widerspruch, wenn die Art der Unterhaltspflichtverletzung über die Frage der Strafbarkeit nach § 170 I StGB entscheiden würde. Der Verweis auf eine mögliche Strafbarkeit des Unterhaltsschuldners nach § 171 StGB¹⁴⁶ kann bereits aufgrund der unterschiedlichen, im Rahmen des § 171 StGB deutlich engeren, Voraussetzungen sowohl hinsichtlich des potentiellen Opferkreises als auch des Täterverhaltens als Gegenargument nicht überzeugen. Auch die Schutzrichtungen der Normen, bei § 171 StGB die körperliche und psychische Entwicklung von Kindern und Jugendlichen bis zu deren 16. Lebensjahr¹⁴⁷ und bei § 170 I StGB der notwendige Lebensbedarf des Unterhaltsberechtigten, divergieren in nicht unbedeutendem Maße voneinander.

Die Ungleichbehandlung einer bestimmten Gruppe von Unterhaltsverpflichteten beziehungsweise einer bestimmten Art der Unterhaltsleistung – hier Unterhaltsleistungen in Form von Kindererziehung und -pflege sowie Haushaltsführung – ist damit im Ergebnis nicht durch einen sachlichen Grund zu rechtfertigen. Daher ist festzuhalten, dass bei gebotener restriktiver Anwendung der Norm auch die Pflichten zur Unterhaltsleistung nach den §§ 1360, 1606 III BGB tatbestandlich Unterhaltspflichten im Sinne des § 170 I StGB darstellen.

4. Ergebnis

Fassen wir die gefundenen Ergebnisse zusammen: § 170 I StGB dient

1. nicht dem Schutz *privater Dritter* oder der *öffentlichen Sozialhilfe* vor Inanspruchnahme,
2. sondern vielmehr sowohl in seiner ersten als auch seiner zweiten Verwirklichungsform allein dem Schutz des *gesetzlichen Unterhaltsberechtigten*.
3. Geschützt wird allerdings nur der *notwendige*, nicht der angemessene *Lebensbedarf* des Unterhaltsberechtigten.
4. Sowohl die vorausgesetzte *Verhaltens-* als auch die *Sanktionsnorm* genügen bei *gebotener restriktiver Auslegung verfassungsrechtlichen Anforderungen*.

5. Verhältnis der Verwirklichungsformen zueinander

§ 170 I Fall 1 StGB erfasst die Situation, dass der Lebensbedarf des Unterhaltsberechtigten tatsächlich (konkret) gefährdet ist. Fall 2 erfasst demgegenüber Situationen, in denen es gerade zu keiner tatsächlichen Gefährdung kommt, der

¹⁴⁶ Etwa nach Matt/Renzikowski/Kuhli, § 170 Rn. 3, spricht die Tatsache, dass besonders gröbliche Verletzungen der Fürsorge- und Erziehungspflichten bereits von § 171 StGB erfasst werden, gegen eine Anwendung des § 170 I StGB auf eine Verletzung der Pflichten nach §§ 1360 S. 2, 1606 III 2 BGB.

¹⁴⁷ MüKo-StGB/Ritscher, § 171 Rn. 2.

Lebensbedarf aber ohne die Hilfe anderer gefährdet wäre. Die zweite Verwirklichungsform ist nur einschlägig, wenn der Lebensbedarf des Unterhaltsberechtigten nicht tatsächlich gefährdet ist. In der ersten Verwirklichungsform wird damit gegenüber der zweiten Verwirklichungsform ein Mehr in Form einer konkreten Gefahr gefordert. Durch dieses zusätzliche Erfordernis des Eintritts einer konkreten Gefahr, stellt die erste Verwirklichungsform einen Spezialfall der zweiten Verwirklichungsform dar. Letztere ist damit der Grundfall.

Von *Verfürden* wird hingegen die Überlegung angestellt, dass die zweite Verwirklichungsform ein Sonderfall der ersten Verwirklichungsform ist, das heißt, dass es zunächst zum Eintritt einer tatsächlichen Gefahr als Zwischenstadium gekommen sein muss, die Gefahr dann aber durch die Hilfe anderer anschließend beseitigt wird.¹⁴⁸ Bei der Einfügung des § 170b StGB am 9. März 1943 sah man davon ab, die Inanspruchnahme fremder Hilfe – wie noch in den vorhergehenden Reformentwürfen vorgesehen – als Beispielsfall der Gefährdung aufzuführen.¹⁴⁹ Aus der so dann in § 170b StGB verwendeten Formulierung, dass „der Lebensbedarf gefährdet ist oder ohne öffentliche Hilfe oder die Hilfe anderer gefährdet wäre“ könnte man mit der nunmehr verwendeten Konjunktion „oder“ annehmen, dass zwei sich ausschließende Sachverhalte beschrieben werden. Einer, bei dem eine Gefährdung des Lebensbedarfs tatsächlich eingetreten ist und einer, bei dem niemals eine solche Gefährdungslage vorgelegen hat, weil frühzeitig Hilfe von dritter Seite geleistet wurde. Allerdings wird in einer halbamtlichen Stellungnahme von *Rietzsch*¹⁵⁰ nicht erwähnt, dass nunmehr auf den Eintritt der Gefährdung verzichtet werden und eine hypothetische beziehungsweise potentielle Gefahr ausreichen soll.¹⁵¹

Gegen die Annahme, die Norm setze in ihrer zweiten Verwirklichungsform die Abwendung einer zunächst tatsächlich bestehenden Gefahr voraus, könnte bereits sprechen, dass es aufgrund des heutigen dichten Netzes sozialer Sicherungssysteme zu einem derartigen Zwischenstadium tatsächlicher Gefährdung – jedenfalls des

¹⁴⁸ *Verfürden*, Die Verletzung der Unterhaltspflicht, S. 68 ff.

¹⁴⁹ Der letzte vor Einführung des § 170b StGB veröffentlichte Gesetzesentwurf lautete: „Wer sich böswillig oder aus grobem Eigennutz einer gesetzlichen Unterhaltspflicht entzieht, so dass der notwendige Lebensbedarf des Unterhaltsberechtigten erheblich gefährdet ist, insbesondere öffentliche Hilfe oder die Hilfe anderer in Anspruch genommen werden muss [...]“.

¹⁵⁰ Otto Rietzsch war Ministerialrat im Reichsjustizministerium.

¹⁵¹ *Rietzsch*, DJ 1943, 228 ff.; zum anderen wird teilweise angenommen, die geänderte Formulierung „oder“ anstelle von „insbesondere“ sollte verdeutlichen, dass die Norm nicht nur den notwendigen Lebensbedarf, sondern auch den angemessenen Lebensbedarf erfasse, denn indem die öffentliche Hilfe lediglich für eine Deckung des notwendigen Lebensbedarfs sorgt, könnte andernfalls leicht der Schluss gezogen werden, es würde stets eine Gefährdung nur des notwendigen und nicht des angemessenen Lebensbedarfs erfasst werden; vgl. *Verfürden*, Die Verletzung der Unterhaltspflicht, S. 72. Dieser Argumentation ist aber selbstverständlich der Boden entzogen, wenn man – wie hier vertreten – davon ausgeht, dass ausschließlich eine Gefährdung des notwendigen Lebensbedarfs zu einer Strafbarkeit nach § 170 I StGB führen kann.

notwendigen – Lebensbedarfs kaum mehr kommen kann.¹⁵² Indes kann zwischen dem Eintritt der für die Gewährung von Sozialhilfeleistungen nach § 11 BSHG erforderlichen Notlage, die voraussetzt, dass es an den bereiten Mitteln zur Bestreitung des notwendigen Lebensbedarfs fehlt, und den tatsächlichen Leistungen der Sozialhilfe mitunter eine gewisse Zeitspanne liegen, die in nicht wenigen Fällen jedenfalls zu einer zeitweisen Gefährdung des Lebensbedarfs führen kann.¹⁵³ Auch wird die Sozialhilfe grundsätzlich zwar von Amts wegen gewährt, die erforderliche Kenntnis wird aber zumeist durch einen entsprechenden Antrag des Hilfesuchenden erlangt, sodass die rechtzeitige, vor Gefährdungseintritt gewährte Leistung auch davon abhängt, ob der Berechtigte etwa aus Rechtsunkundigkeit oder Scham den erforderlichen Antrag nicht früh genug stellt.¹⁵⁴ Folglich fehlt es nur dann an einer Gefährdung des Lebensbedarfs, wenn hinreichend sicher ist, dass dem Träger der Sozialhilfe die drohende Notlage rechtzeitig bekannt wird und die erforderlichen Hilfeleistungen sodann ohne zeitlich relevante Zäsur gewährt werden können, noch bevor es zu einer Beeinträchtigung des Lebensbedarfs kommt.¹⁵⁵

Einer Auslegung, dass die zweite Verwirklichungsform zunächst das Vorliegen einer tatsächlichen Gefahr voraussetzt ist nicht zu folgen. Zunächst ist zwar für eine Gewährung der Sozialhilfe nach § 5 BSHG erforderlich, dass die Voraussetzung für eine Gewährung vorliegen. Der Berechtigte muss seinen Lebensunterhalt nicht oder nicht ausreichend aus eigenen Kräften und Mitteln beschaffen können. Dies heißt jedoch nicht, dass sobald eine Gewährung der Sozialhilfe erfolgt, zugleich auch eine Gefährdung des materiellen Lebensbedarfs des Unterhaltsberechtigten im Sinne des § 170 I StGB vorliegt beziehungsweise vorgelegen hat. So gibt es beispielsweise die Möglichkeit vorbeugender Gewährung von Sozialhilfe, die der Abwendung einer drohenden Notlage dient (vgl. § 15 I SGB XII). Zudem können von anderer Seite als der Sozialhilfe bis zum Einsetzen der Leistungen der Sozialhilfe Unterstützungsleistungen erbracht werden. Diese Leistungen, die jemand in einem Eilfall einem anderen gewährt hat und die der Träger der Sozialhilfe bei rechtzeitiger Kenntnis nach dem BSHG gewährt hätte, können dem hilfeleistenden Dritten zudem über § 121 BSHG erstattet werden. Es ist im Einzelfall präzise zu untersuchen, ob vor dem Einschreiten des Sozialhilfeträgers oder eines Dritten tatsächlich eine Gefahr für den Lebensbedarf des Unterhaltsberechtigten vorgelegen hat, was wie soeben dargelegt durchaus der Fall sein kann. Liegt – oder lag jedenfalls zeitweise – eine derartige Gefahr vor, ist § 170 I Fall 1 StGB einschlägig. Allein in dem Fall, in dem es zu keinem Zeitpunkt zu einer tatsächlichen Gefährdung des Lebensbedarfs gekommen ist, greift § 170 I Fall 2 StGB.

¹⁵² Vgl. etwa *Eggert*, Der strafrechtliche Schutz des gesetzlichen Unterhaltsberechtigten, S. 159 f.

¹⁵³ *Verfürden*, Die Verletzung der Unterhaltspflicht, S. 74 f.

¹⁵⁴ *Verfürden*, Die Verletzung der Unterhaltspflicht, S. 75.

¹⁵⁵ *Verfürden*, Die Verletzung der Unterhaltspflicht, S. 76.

Ferner spricht für eine Auslegung in diesem Sinne, dass § 170 I StGB – würde man zur Tatbestandserfüllung eine inzwischen beseitigte Gefahr für den Lebensbedarf des Berechtigten fordern – in seiner zweiten Verwirklichungsform lediglich noch einen Unterfall der ersten Verwirklichungsform darstellen würde. Die zweite Verwirklichungsform hätte als Konsequenz letztlich keinen eigenständigen Schutzbereich mehr, da alle Fälle, die an sich unter sie fallen würden, zugleich auch von der ersten Verwirklichungsform tatbestandlich erfasst werden würden. Ihr käme lediglich klarstellender Charakter dahingehend zu, dass auch dann ein strafbarer Fall der Unterhaltspflichtverletzung vorliegen soll, wenn die zunächst (gegebenenfalls auch nur sehr kurzzeitig bestehende) Gefährdung des Lebensbedarfs des Unterhaltsberechtigten durch das Eingreifen eines Dritten beseitigt wurde.

Festzuhalten ist damit Folgendes: Die zweite Verwirklichungsform, die eine lediglich potentielle Gefährdung des Lebensbedarfs des Unterhaltsberechtigten verlangt, ist der Grundfall der strafbaren Verletzung der Unterhaltspflicht nach § 170 I StGB. Demgegenüber ist die erste Verwirklichungsform spezieller. Sie ist immer dann einschlägig, wenn der Lebensbedarf des Unterhaltsberechtigten nicht nur potentiell, sondern sogar konkret gefährdet wurde.

6. Einordnung des Deliktstypus

Regelmäßig liest man zu § 170 I StGB die schlichte Feststellung, bei diesem handele es sich um ein konkretes Gefährdungsdelikt, d.h. dass eine tatsächliche Gefährdung für den Lebensbedarf des Unterhaltsberechtigten zur Tatbestandserfüllung in jedem Einzelfall konkret vorliegen muss.¹⁵⁶ Dies ist allerdings gerade im Hinblick auf die zweite Verwirklichungsform des § 170 I StGB problematisch. Jedenfalls handelt es sich bei dieser – anders als etwa *Ostendorf*¹⁵⁷ meint – nicht um ein Verletzungsdelikt, weil der erforderliche Verletzungserfolg die Einbuße beim hilfeleistenden Dritten sei. Wie bereits aufgezeigt, sind die materiellen Interessen sowohl privater Dritter als auch der öffentlichen Sozialhilfe kein Schutzgut des § 170 I StGB.¹⁵⁸ Auch scheidet eine Einordnung als abstraktes Gefährdungsdelikt aus. Die bloße Tathandlung der Nichtzahlung des Unterhaltes, ohne eine im konkreten Einzelfall bestehende oder hypothetische/potentielle ohne die Hilfe anderer bestehende Gefährdung des Lebensbedarfs des Unterhaltsberechtigten, reicht – wie dargelegt – zur Erfüllung des Tatbestandes nicht aus.

¹⁵⁶ Vgl. etwa BVerfG NJW 1979, 1445; BGH NJW 1959, 301 (302); SK-StGB/Schall, § 170 Rn. 42; *Neudek*, Zur Problematik der strafbaren Verletzung der Unterhaltspflicht, S. 61; *Eggert*, Der strafrechtliche Schutz des gesetzlichen Unterhaltsberechtigten, S. 64 ff., 82; *Hillenbrand*, NZFam 2020, 545 (548).

¹⁵⁷ *Ostendorf*, JuS 1982, 426 (427).

¹⁵⁸ Siehe hierzu B.I.3.a)aa).

a) Konkretes Gefährdungsdelikt

Für die Annahme eines konkreten Gefährdungsdeliktes ist ein konkret gefährliches Verhalten sowie ein daraus resultierender konkreter Gefahrenerfolg erforderlich.¹⁵⁹ Eine konkret gefährliche Handlung liegt vor, wenn einem Tätigkeitsakt eine konkrete Wahrscheinlichkeit innewohnt, ein Objekt zu schädigen, während das Vorliegen einer Gefahr erfordert, dass ein Objekt in den Wirkungskreis eines bestimmten, es wahrscheinlich schädigenden Ereignisses geraten ist.¹⁶⁰ Die Beurteilung der konkreten Gefährlichkeit des Verhaltens erfolgt nach verbreitetem Verständnis anhand einer objektiven nachträglichen Prognose vom Standort des Täters aus (ex-ante Sicht), da die betroffene Person zur Entscheidung, wie sie sich korrekterweise zu verhalten hat, wissen können muss, ob das in Betracht gezogene Verhalten verboten ist oder nicht.¹⁶¹ Ein konkret gefährliches Verhalten liegt damit vor, wenn Rechtsgutobjekte aus der objektiven ex-ante-Sicht des Täters zu Beginn der Tathandlung vorhanden sein und in den Wirkungskreis des Verhaltens geraten können, sodass bei einer vorausschauenden Betrachtungsweise eine konkrete Gefährdung oder Schädigung des Rechtsgutobjekts nicht auszuschließen ist.¹⁶² Die Anforderungen an den zudem erforderlichen Gefahrenerfolg sind im Einzelnen umstritten. Nach der teilweise zu lesenden Aussage, „der Eintritt des Schadens muss wahrscheinlicher sein als dessen Ausbleiben“¹⁶³, könnte etwa auch dann eine konkrete Gefahr angenommen werden, wenn das Rechtsgutobjekt sich noch nicht im Wirkungsbereich des Verhaltens befindet.¹⁶⁴ Zutreffend ist vielmehr, dass für die Annahme einer konkreten Gefahr eine nach der allgemeinen Lebenserfahrung im Einzelfall zu beurteilende naheliegende Gefahr erforderlich ist, die auf einen unmittelbar bevorstehenden Unfall¹⁶⁵ hindeutet, wenn keine plötzliche Wendung eintritt – es muss nur noch vom Zufall abhängen, ob das Rechtsgut verletzt wird oder nicht.¹⁶⁶ Die Rechtsgutsverletzung muss damit ausgeblieben sein, weil eine außer-

¹⁵⁹ MüKo-StGB/Radtke, Vor § 306 Rn. 8; Zieschang, Gefährdungsdelikte, S. 28 ff.; Ostendorf, JuS 1982, 426 (428).

¹⁶⁰ Hirsch, in: FS Kaufmann, 545 (548).

¹⁶¹ Zieschang, Gefährdungsdelikte, S. 30, 54 ff.; Hirsch, in: FS Kaufmann, 545 (548 f.); MüKo-StGB/Radtke, Vor § 306 Rn. 8; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Kargl, Vor §§ 306 ff. Rn. 20.

¹⁶² Zieschang, Gefährdungsdelikte, S. 32 f.

¹⁶³ BGH NJW 1959, 1187 (1188); BGH NJW 1958, 556 (557); vgl. hierzu auch Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Kargl, Vor §§ 306 ff. Rn. 21.

¹⁶⁴ Vgl. hierzu Zieschang, Gefährdungsdelikte, S. 37 ff.

¹⁶⁵ Im Zusammenhang mit § 170 I StGB ist der Begriff „Unfall“ selbstverständlich nicht passend; vielmehr geht es um den Lebensbedarf des Berechtigten, der durch das Unterlassen der Unterhaltszahlung in Gefahr sein muss.

¹⁶⁶ BGHSt 18, 271 (272 f.); BGHSt 19, 371 (373); BGHSt 22, 341 (345); MüKo-StGB/Radtke, Vor § 306 Rn. 8; Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf/Hilgendorf, BT, § 35 Rn. 61 ff. Andere Formulierungen, die etwa darauf abstellen, dass der Schadenseintritt aufgrund von Umständen ausgeblieben ist, auf deren Eingreifen nicht vertraut werden kann (Schünemann, JA 1975, 787 [796]) oder darauf, dass ein Zustand erforderlich sei, bei dem ein in hinrei-

gewöhnliche Wendung eintrat, auf die der Täter keinen Einfluss hatte.¹⁶⁷ Erforderlich ist damit zum einen die naheliegende Möglichkeit eines Schadenseintritts und zum anderen der Eintritt des Rechtsgutobjekts in den Gefahrenbereich des Täters, wodurch das zunächst aufgestellte Wahrscheinlichkeitsurteil eine zusätzliche Konkretisierung erfährt.¹⁶⁸

§ 170 I Fall 1 StGB setzt voraus, dass der Lebensbedarf des Unterhaltsberechtigten gefährdet ist. Eine Gefährdung in diesem Sinne liegt beispielsweise vor, wenn der Berechtigte notgedrungen selbst den Unterhalt durch eine Erwerbstätigkeit bestreitet, die ihm nur durch unzumutbare Anstrengungen möglich ist.¹⁶⁹ Erforderlich ist mithin – im Sinne der Anforderungen an ein konkretes Gefährdungsdelikt –, dass im Einzelfall die naheliegende Gefahr besteht, dass der Lebensbedarf des Unterhaltsberechtigten nicht mehr gewährleistet sein wird und es nur noch vom Zufall abhängt, ob der materielle Lebensbedarf des Unterhaltsberechtigten verletzt wird oder nicht. Bei § 170 I Fall 1 StGB handelt es sich damit um ein konkretes Gefährdungsdelikt.

§ 170 I Fall 2 StGB fordert hingegen nur, dass der Lebensbedarf des Unterhaltsberechtigten ohne die Hilfe anderer gefährdet wäre. Anders als in der ersten Verwirklichungsform geht es gerade darum, dass aufgrund einer Hilfeleistung von dritter Seite eine Gefährdung ausbleibt, also eine konkrete Gefahr aufgrund berechenbar eingreifender Abwehr- und Rettungsmaßnahmen nicht eintritt.¹⁷⁰ Damit ist das tatsächliche Vorliegen einer konkreten Gefahr gerade keine tatbestandliche Voraussetzung, sodass die Einordnung dieser Verwirklichungsform als konkretes Gefährdungsdelikt verfehlt wäre.

b) Abstrakt-konkretes Gefährdungsdelikt/Eignungsdelikt

Insbesondere im Rahmen der Delikte mit Eignungsklausel (beispielsweise §§ 130 I und III, 149 I Nr. 1, 325 StGB) wird auch von sogenannten „abstrakt-konkreten Gefährdungsdelikten“ gesprochen.¹⁷¹ Nach *Schröder* soll ein derartig

chendem Maße verletzungsursachentauglicher Sachverhalt einem tatsächlich dadurch ansprechbaren Rechtsgutsojekt so direkt gegenübersteht, dass eine Verletzung nicht mehr durch hinreichend zuverlässig verletzungshindernd wirkende Negationsfaktoren unterbunden werden kann (*Hoyer*, Die Eignungsdelikte, S. 73 ff., 78 ff., 82 ff., 93 f., 107 f.), laufen letztlich alle darauf hinaus, den Aspekt des Zufalls einer näheren Umschreibung zuzuführen, sodass jeweils der Zufallsaspekt auch bei diesen Ansichten im Zentrum der Aussagen steht; siehe hierzu ausführlich *Zieschang*, Gefährdungsdelikte, S. 43 ff.

¹⁶⁷ Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf/Hilgendorf, BT, § 35 Rn. 73.

¹⁶⁸ *Zieschang*, Gefährdungsdelikte, S. 44.

¹⁶⁹ BGH NJW 1974, 1868; Sch/Sch/Bosch/Schittenhelm, § 170 Rn. 29; MüKo-StGB/Ritscher, § 170 Rn. 56.

¹⁷⁰ *Zieschang*, Gefährdungsdelikte, S. 319.

¹⁷¹ Vgl. etwa BGH MMR 2001, 228 (229); *Schröder*, JZ 1967, 522 ff. Zwar enthält der Wortlaut des § 170 I StGB nicht ausdrücklich das Merkmal der Geeignetheit. Dies ist aber

kombiniertes Delikt vorliegen, wenn der Gesetzgeber, wegen der Unmöglichkeit die Voraussetzungen der Gefahr selbst abschließend zu bestimmen, die Entscheidung zwar dem Richter überlässt, durch die Fassung des Tatbestandes aber zu erkennen gibt, dass bei der Entscheidung nicht die konkrete Situation maßgeblich ist, sondern generelle Maßstäbe anzulegen sind.¹⁷² Allein die situationsabhängige Prüfung durch den Richter ist allerdings kein Element konkreter Gefährlichkeit. Es spielt keine Rolle, ob der Gesetzgeber selbst bereits entscheidet, was als typischerweise gefährliches Verhalten aufzufassen ist oder ob er es dem Richter überlässt zu prüfen, ob ein typischerweise gefährliches Verhalten vorliegt. Jeweils handelt es sich um ein rein abstraktes Gefährdungsdelikt.¹⁷³

Auch nach *Hoyer* sollen Delikte mit Eignungsmerkmal weder rein konkrete noch abstrakte Gefährdungsdelikte darstellen. Der Geeignetheitsbegriff setze dabei einen verletzungsursachentauglichen Sachverhalt sowie die Abwesenheit verursachungshindernder Negationsfaktoren voraus.¹⁷⁴ In dem regelmäßig rettenden Eingreifen der Sozialbehörden, das gerade auf die Sicherstellung des notwendigen Lebensbedarfs des Unterhaltsberechtigten im Falle der Nichtleistung des Unterhaltsverpflichteten abzielt, könnte allerdings bereits ein Negationsfaktor in diesem Sinne zu sehen sein. Die Ansicht *Hoyers*, Eignungsdelikte forderten keine konkrete Wirkung am Objekt, sondern lediglich die Eignung eines Sachverhaltes zur Herbeiführung von Wirkungen¹⁷⁵, führt zudem im Ergebnis zu einer Einordnung der Eignungsdelikte als abstrakte Gefährdungsdelikte, da nach *Hoyer* eine generelle Prüfung erforderlich ist, ob es zu einem Schaden kommen kann, ohne dass die Anwesenheit eines zu verändernden, für Veränderungen aufnahmebereiten Objekts im Bereich der Gefahrenquelle zwingend erforderlich ist.¹⁷⁶ Bei § 170 I StGB, handelt es sich allerdings weder bei der ersten noch der zweiten Verwirklichungsform um ein abstraktes Gefährdungsdelikt. Wie bereits gesehen, verlangt die erste Verwirklichungsform das Vorliegen einer konkreten Gefahr und auch in der zweiten Verwirklichungsform wird verlangt, dass der Lebensbedarf ohne die Hilfe anderer gefährdet wäre. Eine rein abstrakte Gefahr genügt auch in diesem Fall nicht.

Zieschang kommt letztlich zu der zutreffenden Einschätzung, dass die Delikte, die als Tatbestandsvoraussetzung den Begriff der Geeignetheit aufweisen, nicht einer einzigen Deliktskategorie zuzuordnen sind, sodass im jeweiligen Einzelfall die

zunächst unschädlich, da die „Geeignetheit“ bei manchen Tatbeständen auch als ungeschriebene Tatbestandsvoraussetzung aufgestellt wird, etwa bei der Begünstigung nach § 257 StGB, bei der unter dem Merkmal „Hilfeleisten“ eine Handlung zu verstehen ist, die objektiv *geeignet* ist, den Vortäter im Hinblick auf die Vorteilssicherung unmittelbar besser zu stellen [...], vgl. BGH NJW 1953, 1194 f.; BeckOK-StGB/*Ruhmannseder*, § 257 Rn. 15. Vgl. hierzu auch *Zieschang*, Gefährdungsdelikte, S. 161, Fn. 398; S. 333 ff.

¹⁷² *Schröder*, JZ 1967, 522 (525).

¹⁷³ Vgl. *Zieschang*, Gefährdungsdelikte, S. 171.

¹⁷⁴ *Hoyer*, Die Eignungsdelikte, S. 95 ff.; 108.

¹⁷⁵ *Hoyer*, Die Eignungsdelikte, 102 f.

¹⁷⁶ *Zieschang*, Gefährdungsdelikte, S. 178 f.

Deliktsnatur der konkreten Norm festgestellt werden muss.¹⁷⁷ Allein die Verwendung des Merkmals der Geeignetheit führt nicht bereits zu einer Einordnung des jeweiligen Delikts in eine bestimmte Deliktskategorie. Liest man in § 170 I Var. 2 StGB daher das Merkmal der Geeignetheit zur Gefährdung des Lebensbedarfs hinein, ist damit noch nicht die Frage beantwortet, um was für einen konkreten Deliktstyp es sich bei der Norm handelt. Die Ansichten hinsichtlich der Einordnung der Delikte mit Eignungsklausel führen im Rahmen der Untersuchung der Deliktsstruktur des § 170 I StGB daher nicht weiter.

c) Potentielles Gefährdungsdelikt

Vielmehr handelt es sich bei der zweiten Verwirklichungsform des § 170 I StGB, in der der Lebensbedarf des Unterhaltsberechtigten zwar nicht tatsächlich gefährdet wird, aber ohne die Hilfe anderer gefährdet wäre, um ein potentielles Gefährdungsdelikt.

Ausgangspunkt ist, dass anstelle eines konkreten Gefahrerfolgs ein diesem vorgelagerter gefährlicher Zustand ausreichend ist. Dieser erfordert die unter bestimmten Bedingungen naheliegende Möglichkeit eines Schadenseintritts und gerade nicht, dass der Schadenseintritt bloß noch vom Zufall abhängt. Der hinreichend gefährliche Zustand kann auch dann vorliegen, wenn eine Situation gegeben ist, bei der noch ein gezieltes, berechenbares Eingreifen in den Geschehensablauf möglich ist.¹⁷⁸ Indem geprüft wird, ob ein Rechtsgutsobjekt potentiell einer konkreten Gefahr ausgesetzt ist, handelt es sich um ein Vorstadium zum konkreten Gefährdungsdelikt. Der hinreichend gefährliche Zustand stellt einen der konkreten Gefahr und dem Schaden vorgelagerten spezifischen Erfolg dar.¹⁷⁹ Voraussetzung ist damit, dass ein gefährliches Verhalten zu einem hinreichend gefährlichen Zustand führt, d. h. dass eine Situation vorliegt, in der die Unterhaltspflichtverletzung des Unterhaltsschuldners geeignet ist, in ungestörtem Fortgang zu einem Schaden des materiellen Lebensbedarfs des Unterhaltsberechtigten zu führen. Bei der zweiten Verwirklichungsform handelt es sich demnach um einen dem potentiellen Gefährdungsdelikt eigentümlichen hinreichend gefährlichen Zustand, da zu prüfen ist, ob es im weiteren Geschehensablauf – unter Außerachtlassung der Hilfe anderer – zu einer konkreten Gefahr gekommen wäre.¹⁸⁰

¹⁷⁷ Zieschang, Gefährdungsdelikte, S. 205.

¹⁷⁸ Zieschang, Gefährdungsdelikte, S. 77 ff. Zieschang spricht von einem „konkret gefährlichen Zustand“, der einer konkreten Gefahr vorgelagert ist. Das ist terminologisch nicht optimal, weil bei dem „konkret gefährlichen Zustand“ von bestimmten Umständen abstrahiert wird.

¹⁷⁹ Zieschang, Gefährdungsdelikte, S. 101; 320.

¹⁸⁰ Zieschang, Gefährdungsdelikte, S. 320.

Damit ist festzuhalten, dass es sich bei § 170 I StGB

1. in seiner ersten Verwirklichungsform ([...] so dass der Lebensbedarf des Unterhaltsberechtigten gefährdet ist [...]) um ein *konkretes Gefährdungsdelikt* und
2. in seiner zweiten Verwirklichungsform ([...] oder ohne die Hilfe anderer gefährdet wäre [...]) um ein *potentielles Gefährdungsdelikt* handelt.

7. Auswirkungen der Deliktsstruktur

Nachdem nun das von der Norm zu schützende Rechtsgut herausgearbeitet wurde und eine Einordnung des § 170 I StGB als konkretes (Fall 1) bzw. potentielles (Fall 2) Gefährdungsdelikt erfolgt ist, sollen jetzt die konkret aus der Einordnung folgenden Auswirkungen auf die Auslegung der Tatbestandsmerkmale dargestellt werden.

Das abstrakte und das konkrete Gefährdungsdelikt unterscheiden sich maßgeblich darin, dass bei abstrakten Gefährdungsdelikten tatbestandlich ein typischerweise gefährliches Verhalten unter Strafe gestellt, ohne dass es auf den Eintritt einer Gefahr im jeweiligen Einzelfall ankommt. Hingegen ist es für konkrete Gefährdungsdelikte gerade Voraussetzung, dass es zu einer tatsächlichen Gefährdung eines Rechtsguts kommt, d. h. dass das Rechtsgut nach den Umständen des Einzelfalls derart in den Wirkungsbereich einer Gefahrenquelle gelangt ist, dass die naheliegende Möglichkeit eines Schadenseintritts besteht¹⁸¹. Da bei abstrakten Gefährdungsdelikten mithin lediglich ein typischerweise gefährliches Verhalten mit Strafe bedroht wird, sind an die Auslegung der jeweiligen Tatbestandsmerkmale eines abstrakten Gefährdungsdelikt strengere Anforderungen zu stellen. Bei dem konkreten Gefährdungsdelikt ist das zu schützende Rechtsgut stärker beeinträchtigt, denn ein nur typischerweise gefährliches Verhalten genügt zur Tatbestandserfüllung gerade nicht. Relevant ist bei den abstrakten Gefährdungsdelikten allein die Gefährlichkeit der Handlung selbst, während es bei konkreten Gefährdungsdelikten eines konkret gefährlichen Verhaltens sowie zusätzlich eines konkreten Gefährerfolgs bedarf.

Da es sich bei den potentiellen Gefährdungsdelikten um ein Vorstadium im Verhältnis zum konkreten Gefährdungsdelikt handelt, bei dem neben dem gefährlichen Verhalten ein hinreichend gefährlicher Zustand vorliegen muss, liegen die Anforderungen, die an die Auslegung dieses Deliktstypus zu stellen sind, zwischen denen des abstrakten und des konkreten Gefährdungsdelikt. Das Rechtsgut ist durch die Erfordernisse eines gefährlichen Verhaltens sowie eines daraus resultierenden hinreichend gefährlichen Zustandes einer größeren Beeinträchtigung ausgesetzt, als bei einem nur typischerweise gefährlichen Verhalten, das nicht zu einem Gefährerfolg im Einzelfall führen muss, und ist weniger intensiv beeinträchtigt als bei einem konkret vorliegenden Gefährerfolg.

¹⁸¹ Gössel/Dölling, Strafrecht BT I, § 40 Rn. 2; Zieschang, Gefährdungsdelikte, S. 15.

Damit die Verhängung von Schuldspruch und Strafe im Einzelfall verhältnismäßig ist, kann nicht immer der gesamte Strafraumen ausgeschöpft werden. Vielmehr kann nur eine an den genannten Voraussetzungen orientierte – angemessene – Sanktion an die begangene Tat geknüpft werden. In den beiden Verwirklichungsformen des § 170 I StGB unterscheidet sich zunächst das jeweilige Verhaltensunrecht nicht voneinander. In beiden Verwirklichungsformen entzieht sich der Täter seiner Unterhaltspflicht, obwohl er zur Leistung verpflichtet wäre. Das Erfolgsunrecht hingegen ist bei der ersten Verwirklichungsform signifikant höher als bei der zweiten. Denn während im ersten Fall der Lebensbedarf des Unterhaltsberechtigten tatsächlich gefährdet sein muss, kommt es im zweiten Fall zu gar keiner tatsächlichen Gefährdung des Lebensbedarfs, weil Dritte rechtzeitig helfend eingreifen. Unter sonst gleichen Umständen muss daher die angemessene Sanktion bei Erfüllung der ersten Verwirklichungsform härter ausfallen, als bei Erfüllung der zweiten. Im Einzelfall kann hingegen das Verhaltensunrecht allein bereits so gewichtig sein, dass es einer strengeren Sanktionierung bedarf, als in einem Fall, in dem zwar auch eine konkrete Gefahr eingetreten, das Verhaltensunrecht aber bereits ungleich geringer ist. Eine angemessene Sanktion kann damit unter Umständen bei einem gewichtigen Verhaltensunrecht und einer lediglich potentiellen Gefahr härter ausfallen, als bei einem geringeren Verhaltensunrecht, das zu einer (ebenfalls geringen) konkreten Gefahr führt.

8. Exkurs: § 170 II StGB

Als Reaktion auf das zweite Schwangerschaftsabbruchurteil des Bundesverfassungsgerichts hat der Gesetzgeber am 21.08.1995 das Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz beschlossen und in Art. 8 Nr. 1 die Einfügung des § 170 II StGB (damals noch § 170b II StGB) vorgesehen.¹⁸² In dem Urteil¹⁸³ konstatiert das Bundesverfassungsgericht, dass die staatliche Schutzpflicht für das ungeborene Leben auch den Schutz vor Gefahren umfasse, die von Dritten ausgehen, nicht zuletzt von Personen aus dem weiteren sozialen Umfeld der Schwangeren. Dies gelte insbesondere, wenn das Schutzkonzept primär auf die Beratung der Frau setze, um sie für das Kind zu gewinnen. Die Rechtsordnung müsse der Frau – um der Wirkungschancen der Beratung willen – einen Raum eigener, nicht durch Druck von außen determinierter Verantwortlichkeit sichern. Das Bundesverfassungsgericht

¹⁸² BGBl. 1995, Teil I, S. 1050 ff. Inhaltlich geht Abs. 2 auf § 170c StGB a.F. zurück, der wegen Bedeutungslosigkeit vom 4. StrRG von 1973 gestrichen wurde; vgl. SK-StGB/Schall, § 170 Rn. 2. Wegen des im Vergleich zu Abs. 1 anderen Schutzzwecks, der sachlich im Zusammenhang mit den §§ 218 ff. StGB steht, wird Abs. 2 auch als Fremdkörper in § 170 StGB bezeichnet – daher wird Abs. 2 vielfach als eigenständiges Delikt eingeordnet; vgl. Sch/Sch/Bosch/Schittenhelm, § 170 Rn. 1a; SK-StGB/Schall, § 170 Rn. 54; Matt/Renzikowski/Kuhli, § 170 Rn. 1. Von Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf/Hilgendorf, BT, § 10 Rn. 37 wird Abs. 2 demgegenüber als „Qualifikation“ bezeichnet. Zur Entstehung und rechtlichen Einordnung der Vorschrift als Qualifikation vgl. auch LK-StGB/Dippel, § 170 Rn. 4 f., 66.

¹⁸³ BVerfGE 88, 203 ff.

fordert in seinem Urteil durch strafbewehrte Verhaltensgebote und Verhaltensverbote dafür Sorge zu tragen, dass Frauen der zumutbare Beistand aus ihrem familiären Umfeld, dessen sie wegen der Schwangerschaft bedürfen, nicht in verwerflicher Weise vorenthalten wird.¹⁸⁴

Entsprechend den verfassungsrechtlichen Vorgaben ist der Grundgedanke der Regelung der Schutz des ungeborenen Lebens, indem sichergestellt werden soll, dass sich die schwangere Frau frei von den mit dem Vorenthalten des Unterhalts verbundenen materiellen Zwängen für ihr Kind entscheiden kann.¹⁸⁵ Geschütztes Rechtsgut ist nach überwiegender Ansicht der Schutz des werdenden Lebens und die Entscheidungsfreiheit der Schwangeren, folglich die das Recht auf Mutterschaft umfassende Autonomie der Frau.¹⁸⁶

Allerdings wird stark bezweifelt, ob § 170 II StGB den Forderungen des Bundesverfassungsgerichts, die Schwangere vor Gefahren aus ihrem familiären und sozialen Umfeld strafrechtlich zu schützen, angesichts der Tatbestandsfassung des Abs. 2 in hinreichendem Maß genügt.¹⁸⁷ Er wird als „leere Geste des Gesetzgebers“¹⁸⁸ oder „schlechteste aller denkbaren Lösungsalternativen“¹⁸⁹ bezeichnet.

Die Vorschrift greift sowohl zu kurz als auch zu weit. Einerseits ist die Vorschrift hinsichtlich der praktisch bedeutsamsten Fälle der Unterhaltspflichtverletzung durch den mit der Mutter nicht verheirateten Vater weitgehend unanwendbar.¹⁹⁰ Die Unterhaltspflicht besteht frühestens vier Monate, regelmäßig sechs Wochen vor der Niederkunft (§ 1615I BGB). Für den normalerweise innerhalb der 12-Wochenfrist des § 218a I StGB erfolgenden Schwangerschaftsabbruch kann § 170 II StGB daher

¹⁸⁴ BVerfGE 88, 203 (296 ff.).

¹⁸⁵ Sch/Sch/Bosch/Schittenhelm, § 170 Rn. 1a.

¹⁸⁶ Sch/Sch/Bosch/Schittenhelm, § 170 Rn. 1a; Matt/Renzikowski/Kuhli, § 170 Rn. 3; LK-StGB/Dippel, § 170 Rn. 8; Schittenhelm, NStZ 1997, 169. A.A. etwa SK-StGB/Schall, § 170 Rn. 6, Fn. 28, der als Rechtsgut das werdende Leben sowie den gesetzlichen Unterhaltsanspruch der Schwangeren geschützt sieht, nicht hingegen die Entscheidungsfreiheit der Schwangeren. Dies sei zwar Bestandteil des Beratungskonzepts des BVerfG, komme aber in der missglückten Fassung des Abs. 2 durch den Strafgesetzgeber nicht als selbstständiges Rechtsgut zum Ausdruck.

¹⁸⁷ Matt/Renzikowski/Kuhli, § 170 Rn. 1; Lackner/Kühl/Heger, § 170 Rn. 1; MüKo-StGB/Ritscher, § 170 Rn. 5. Besonders deutlich formuliert etwa SK-StGB/Schall, § 170 Rn. 2, wenn er schreibt, es liege auf der Hand, dass die Norm schon vom Ansatz her den deutlich weitergehenden Vorgaben des BVerfG nicht entspricht.

¹⁸⁸ Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf/Hilgendorf, BT, § 10 Rn. 37. Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Frommel, § 170 Rn. 6 spricht auch von einer bewusst derartig engen Fassung des Abs. 2, dass er im Wesentlichen eine symbolische Funktion habe.

¹⁸⁹ Schittenhelm, NStZ 1997, 169.

¹⁹⁰ Matt/Renzikowski/Kuhli, § 170 Rn. 1; Sch/Sch/Bosch/Schittenhelm, § 170 Rn. 1a; Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf/Hilgendorf, BT, § 5 Rn. 43. LK-StGB/Dippel, § 170 Rn. 6 meint, die Ausblendung dieses vom Bundesverfassungsgericht in seiner besonderen Verantwortlichkeit hervorgehobenen Personenkreises lasse bereits daran zweifeln, ob die Regelung noch mit dem Willkürverbot zu vereinbaren ist.

keine Wirkung entfalten.¹⁹¹ Ebenfalls fallen auch die Eltern des nichtehelichen Vaters, anders als die der Mutter, nicht unter den Täterkreis, obwohl sie zu dem ungeborenen Kind im selben Verhältnis stehen.¹⁹² Andererseits fällt allein nach dem Wortlaut der Norm auch derjenige unter die Vorschrift, der zwar der Schwangeren zum Unterhalt verpflichtet ist, den aber der Nasciturus selbst nichts angeht.¹⁹³

Gegen die Eignung zum Schutz des werdenden Lebens wird zudem angeführt, dass die Kausalität zwischen Unterhaltsverweigerung und Abbruch der Schwangerschaft schwerlich nachweisbar sein dürfte.¹⁹⁴ Auch das Verwerflichkeitserfordernis hat entweder nahezu gar keine eigenständige Bedeutung¹⁹⁵ oder würde andernfalls eine weitere Hürde gegen die Anwendbarkeit der Norm errichten.¹⁹⁶

Im Gegensatz zu § 170 I StGB ist § 170 II StGB folglich von lediglich geringer Relevanz. Dass die eher symbolische Norm den vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Anforderungen zum Schutz des werdenden Lebens und der Entscheidungsfreiheit der Schwangeren auch nur annähernd gerecht wird, ist stark zu bezweifeln.

II. Bindungswirkung von Zivilurteilen

Besondere Probleme bereitet in der Praxis die konkrete Berechnung der Höhe der Unterhaltsverpflichtung. Ein selbstständiges strafrechtliches Unterhaltsrecht kennt unser Rechtssystem nicht, vielmehr ist § 170 I StGB zivilrechtsakzessorischer

¹⁹¹ Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf/Hilgendorf, BT, § 5 Rn. 43.

¹⁹² LK-StGB/Dippel, § 170 Rn. 6.

¹⁹³ Sch/Sch/Bosch/Schittenhelm, § 170 Rn. 1a; Lackner/Kühl/Heger, § 170 Rn. 1. Einschränkend wird daher zum Teil gefordert, dass Täter nur sein könne, wer eine (Beschützer-) Garantenstellung gegenüber dem Nasciturus hat, Sch/Sch/Bosch/Schittenhelm, § 170 Rn. 34a; SK-StGB/Schall, § 170 Rn. 56. Dies ergebe sich bereits aus den allgemeinen Regeln der Erfolgszurechnung; vgl. LK-StGB/Dippel, § 170 Rn. 66. Andererseits wird dies als nicht zwingend erforderlich angesehen, da in dem Fall, dass ein entsprechendes Näheverhältnis nicht besteht, die Anforderungen an die Kausalität zwischen Unterhaltspflichtverletzung und Schwangerschaftsabbruch ohnehin streng sein dürften; vgl. Matt/Renzikowski/Kuhli, § 170 Rn. 20.

¹⁹⁴ Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf/Hilgendorf, BT, § 5 Rn. 43; SK-StGB/Schall, § 170 Rn. 59. Letzterer sieht die Vorschrift auch aus diesem Grund als missglückt an, da die Ursache für einen Abbruch der Schwangerschaft tatsächlich ganz überwiegend in gestörten Partnerschaftsbeziehungen, nicht aber in wirtschaftlich-sozialen Notlagen zu finden ist, vgl. auch BVerfGE 88, 203 (297); Tröndle, NJW 1995, 3009 (3018).

¹⁹⁵ SK-StGB/Schall, § 170 Rn. 58; Sch/Sch/Bosch/Schittenhelm, § 170 Rn. 34c. Im Ausnahmefall könne es an der Verwerflichkeit fehlen, etwa wenn der Täter zum vermeintlich Besten der Schwangeren handelt, beispielsweise um sie durch die Nichtzahlung am Ankauf von Drogen zu hindern oder wenn die Eltern in Sorge um die Zukunft der Schwangeren im Abbruch der Schwangerschaft das kleinere Übel sehen, vgl. Matt/Renzikowski/Kuhli, § 170 Rn. 21; LK-StGB/Dippel, § 170 Rn. 70.

¹⁹⁶ Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf/Hilgendorf, BT, § 5 Rn. 43.

Natur.¹⁹⁷ Indem das Strafrecht selbst keine originär strafrechtlichen Kriterien und Wertungsgesichtspunkte – hier hinsichtlich der unterhaltsrechtlichen Tatbestandsmerkmale – bereithält, ist bei Straftatbeständen wie § 170 I StGB eine durch die außerstrafrechtliche Referenzrechtsordnung vorgezeichnete, akzessorische Strafrechtsauslegung geboten.¹⁹⁸ Dies führt dazu, dass die Strafrichter mit einem Bereich zivilrechtlich ausgefüllter Tatbestandsvoraussetzungen konfrontiert werden, mit dem sie in der täglichen strafrechtlichen Rechtsanwendung regelmäßig kaum Berührungspunkte haben.

Vergleichbare Schwierigkeiten treten allerdings nicht nur im Zusammenhang mit § 170 I StGB auf. Bei allen akzessorischen Tatbeständen sehen sich die Gerichte im Ausgangspunkt mit den gleichen Problemen konfrontiert. Beispielsweise im Bereich des Steuerstrafrechts (vgl. insbesondere § 370 AO), bei dem aufgrund der Steuerrechtsakzessorietät auf das materielle und formelle Steuerrecht zurückzugreifen ist¹⁹⁹ oder im zivilrechtsakzessorisch ausgestalteten Urheberstrafrecht.²⁰⁰ Aber auch im Kernstrafrecht sind zivilrechtsakzessorische Normen vorzufinden, insbesondere im Rahmen der Vermögensdelikte. Hierzu zählen beispielsweise die §§ 242, 246, 249, 303, 306 StGB, bei denen für das normative Tatbestandsmerkmal der „fremden Sache“ die zivilrechtliche Eigentumslage maßgeblich ist.²⁰¹ Die Schwierigkeiten, die dabei auftreten, dass Strafrichter zivilrechtliche Bestimmungen beachten und anwenden müssen, könnten abgemildert sein, wenn sie an vorangegangene Zivilurteile, die sich mit den entsprechenden Tatbestandsmerkmalen bereits auseinandergesetzt haben, gebunden wären.

Im folgenden Abschnitt soll zunächst eine kurze Begriffsbestimmung hinsichtlich der „Bindungswirkung“, auch im Unterschied zur „Tatbestandswirkung“, vorgenommen werden. In einem nächsten Schritt wird sodann untersucht, ob die Frage nach der Bindung an zivilrechtliche Vorentscheidungen nicht bereits durch § 262 StPO vorgegeben ist. Ist dies nicht ausnahmslos der Fall, soll eine grundsätzliche Auseinandersetzung mit der Frage stattfinden, ob eine Bindungswirkung vorangegangener Zivilurteile angenommen werden kann oder nicht, wobei im Rahmen des § 170 I StGB zwischen familienrechtlichen Statusentscheidungen und Unterhaltsentscheidungen zu differenzieren ist.

¹⁹⁷ BVerfG NJW 1979, 1445; BGH NJW 1975, 1232 (1233); OLG Celle, Beschluss vom 19.04.2011 – 32 Ss 37/11 Rn. 10; LK-StGB/Dippel, § 170 Rn. 15; SK-StGB/Schall, § 170 Rn. 14 ff.; Lüke, in: FS Kaufmann, 565; Krumm, NZFam 2015, 54; Pfeil, FamFR 2011, 418.

¹⁹⁸ Vgl. Radtke, in: FS Bundesfinanzhof, 569 (570).

¹⁹⁹ BeckOK-AO/Ibold, § 370 Rn. 130; Flore/Tsambikakis/Flore, § 370 Rn. 9; zur Legitimation steuerlicher Verhaltensanforderungen als vorstrafrechtliche Verhaltensnormen Rosalski, Alternativ legitimierte Verhaltensnormen, S. 51 ff.

²⁰⁰ Vgl. hierzu eingehend Heinrich, GRUX-Prax 2017, 96 ff.

²⁰¹ Zur Zivilrechtsakzessorietät von Vermögensdelikten siehe ausführlich Denga, JA 2018, 833 ff.

1. Begriffsbestimmungen

a) Bindungswirkung

Bindungswirkung bedeutet, dass der Inhalt einer bereits ergangenen Entscheidung in der Weise bindet, dass nicht erneut über ihn befunden werden kann. Wird von einem Gericht eine Entscheidung getroffen, können andere Gerichte nicht abweichend von dieser urteilen.

Beispielsweise entfalten Urteile des Bundesverfassungsgerichts nach § 31 I BVerfGG grundsätzlich Bindungswirkung, die sich im Unterschied zur Rechtskraft nicht allein auf den Tenor des Urteils erstreckt, sondern auch auf den Entscheidungsausspruch und die ihn tragenden Gründe.²⁰² Im Zivilrecht müssen die Parteien in ihren Rechtsbeziehungen den Inhalt der Entscheidung bindend hinnehmen und können denselben Streitgegenstand nicht erneut zur richterlichen Entscheidung stellen (*ne bis in idem*).²⁰³

b) Tatbestandswirkung

Ist ein Zivilurteil tatbestandliche Voraussetzung einer Norm, beziehungsweise werden Rechtswirkungen an seine Existenz geknüpft, spricht man von Tatbestandswirkung.²⁰⁴ Beispielsweise setzt ein Anspruch auf Befreiung des Bürgen nach § 775 I Nr. 4 BGB voraus, dass der Gläubiger gegen den Bürgen ein vollstreckbares Urteil auf Erfüllung erwirkt hat.

Tatstands- und Bindungswirkung unterscheiden sich folglich darin, dass bei der Tatbestandswirkung das Vorliegen eines gerichtlichen Urteils notwendige Voraussetzung zur Erfüllung des Tatbestandes ist, während bei der Bindungswirkung nur dann, wenn bereits eine Entscheidung vorliegt, von dieser nicht abweichend entschieden werden darf. Liegt hingegen noch kein entsprechendes Urteil vor, kann der Richter eigenständig über die Materie entscheiden.

Einigkeit besteht darüber, dass Tatbestandsvoraussetzung des § 170 I StGB nicht das Vorliegen eines Zivilurteils, sondern allein das Bestehen einer gesetzlichen Unterhaltspflicht an sich ist.²⁰⁵ Im hier relevanten Zusammenhang geht es folglich nicht um die Frage nach einer Tatbestands- sondern nach einer möglicherweise bestehenden Bindungswirkung an ein vorangegangenes zivilgerichtliches Urteil.

²⁰² BVerfGE 1, 14 (37); BVerfG NJW 2011, 441 (442) Rn. 12; BeckOK-BVerfGG/von Ungern-Sternberg, § 31 Rn. 25.

²⁰³ Schack, NJW 1988, 865.

²⁰⁴ MüKo-ZPO/Gottwald, § 322 Rn. 20; Rosenberg/Schwab/Gottwald/Gottwald, § 150 Rn. 6; Eggert, MDR 1974, 445 (448); Schack, NJW 1988, 865 (868).

²⁰⁵ Vgl. etwa Sch/Sch/Bosch/Schittenhelm, § 170 Rn. 2; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Frommel, § 170 Rn. 8; MüKo-StGB/Ritscher, § 170 Rn. 9.

2. § 262 I StPO „Entscheidung zivilrechtlicher Vorfragen“

Möglicherweise könnte durch die Existenz des § 262 I StPO die Frage nach der Vorfragenkompetenz des Strafrichters bereits dahingehend entschieden sein, dass gerade keine Bindungswirkung besteht, sondern eine selbstständige Prüfung der die Unterhaltspflicht begründenden Tatbestandsmerkmale durch den Strafrichter zu erfolgen hat. Unter Vorfragenkompetenz ist die Befugnis eines Gerichts zu verstehen, über einen ihm unterbreiteten Verfahrensgegenstand unter Anwendung des für dieses Gericht geltenden Prozessrechts auch insoweit zu entscheiden, als die eigene Entscheidung von der Beantwortung einer Rechtsfrage abhängt, die sich in einer an sich nicht seiner Zuständigkeit unterfallenden Teilrechtsordnung stellt.²⁰⁶ Nach § 262 I StPO entscheidet das Strafgericht auch über bürgerliche Rechtsverhältnisse nach den für das Verfahren und den Beweis in Strafsachen geltenden Vorschriften, wenn die Strafbarkeit einer Handlung von der Beurteilung dieses Rechtsverhältnisses abhängt.

Aus dieser Norm wird vielfach geschlossen, dass der Strafrichter grundsätzlich nicht an ein vorangegangenes Zivilurteil gebunden ist.²⁰⁷ In diesem Fall läge die Vorfragenkompetenz folglich beim Strafrichter selbst. Daher habe auch im Rahmen des § 170 I StGB der Strafrichter selbstständig das Bestehen und die Höhe eines gesetzlichen Unterhaltsanspruchs festzustellen.²⁰⁸

Andererseits wird der Wortlaut der Norm auch dahingehend ausgelegt, dass aus dem Umstand, dass der Strafrichter nach § 262 I StPO zivilrechtliche Vorfragen, von denen die Strafbarkeit einer Handlung abhängt, nach den für das Verfahren und den Beweis in Strafsachen geltenden Vorschriften zu entscheiden habe, nicht zugleich auf das Nichtbestehen einer Bindungswirkung geschlossen werden könne, wenn bereits ein rechtskräftiges Zivilurteil vorliegt. Hier stelle sich vielmehr bereits die Frage, ob der Strafrichter überhaupt noch über die vom Zivilgericht bereits rechtskräftig entschiedene Frage eigenständig und von der zivilgerichtlichen Entscheidung unabhängig urteilen dürfe.²⁰⁹

Der Wortlaut der Norm weist damit nicht ausdrücklich einem der Gerichte die Vorfragenkompetenz zu. Hingegen sprechen insbesondere teleologische Argumente gegen eine generelle Bindung des Strafrichters an Entscheidungen anderer Gerichtszweige.

Zwar ist das Strafgericht nach § 262 II StPO befugt, die Untersuchungen auszusetzen und einem der Beteiligten zur Erhebung der Zivilklage eine Frist zu bestimmen oder das Urteil des Zivilgerichts abzuwarten. Auch sollen durch § 262 II

²⁰⁶ Radtke, in: FS Bundesfinanzhof, 569 (572).

²⁰⁷ MüKo-StPO/Miebach, § 262 Rn. 8; Meyer-Goßner/Schmitt/Meyer-Goßner, § 262 Rn. 2.

²⁰⁸ BGH NJW 1954, 81 (82); SK-StGB/Schall, § 170 Rn. 21.

²⁰⁹ Neudek, Zur Problematik der strafbaren Verletzung der Unterhaltspflicht, S. 36; vgl. auch Schwab, NJW 1960, 2169 (2172).

StPO neben einer doppelten Beweiserhebung über denselben Streitgegenstand einander widersprechende Entscheidungen von Gerichten verschiedener Gerichtszweige vermieden werden. Dass es an sich zu divergierenden Entscheidungen der Gerichte kommen kann, hat der Gesetzgeber allerdings bewusst in Kauf genommen.²¹⁰ Nur wenn der Strafrichter grundsätzlich eigenständig zu entscheiden hat, kann dem verfassungsrechtlich verankerten Recht auf den gesetzlichen Richter und der damit zusammenhängenden sachlichen Autonomie des Strafrichters, mit seiner rechtlichen Kodifikation insbesondere im Gewaltenteilungsprinzip nach Art. 20 III GG und Art. 97 I GG i. V.m. § 1 GVG und § 25 DRiG, Genüge getan werden.²¹¹ Die Unabhängigkeit des Strafrichters folgt teilweise bereits aus dem strafprozessualen Wahrheitsbegriff als einer „materiellen Wahrheit“ sowie der Inquisitionsmaxime.²¹² Zudem gilt die Aussetzungsbefugnis nicht zur Klärung von (Vor-)Fragen tatsächlicher Art.²¹³ Gerade die Ermittlung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Unterhaltsschuldners würde von der Befugnis, das Verfahren auszusetzen und einer zivilgerichtlichen Entscheidung zuzuführen, nicht erfasst werden. Der Strafrichter ist überdies auch bei einer Aussetzung des Verfahrens nach § 262 II StPO grundsätzlich nicht an das Urteil des angerufenen fachnäheren Gerichts gebunden.²¹⁴

Zum Vergleich: Auch im Bereich des steuerrechtsakzessorischen Steuerstrafrechts wird mehrheitlich davon ausgegangen, dass das Besteuerungsverfahren und das Steuerstrafverfahren unabhängig und gleichrangig nebeneinanderstehen, ohne eine Bindung der Strafgerichte an bestandskräftige Steuerbescheide.²¹⁵ Die Steuerrechtsakzessorietät hat dort maßgebliche Auswirkungen auf die Auslegung der zentralen Norm des § 370 AO. Trotz der bei den Strafrichtern liegenden Vorfragenkompetenz kommt es allerdings nur außerordentlich selten zu einer Situation, in der im Steuerstrafverfahren und im Besteuerungsverfahren divergierende Entscheidungen getroffen werden. Es gilt die sogenannte „Klugheitsregel“, die besagt, dass es neben kollegialem Respekt vor der fachnäheren (Finanz-)Gerichtsbarkheit regelmäßig juristischer Klugheit entspricht, bei der Auslegung des für die Strafrechtsanwendung relevanten außerstrafrechtlichen Rechts, die fachliche Autorität und das dort geprägte Verständnis des (Steuer-)Rechts zur Grundlage der eigenen

²¹⁰ BGHSt 5, 106 (110 f.); MüKo-StPO/Miebach, § 262 Rn. 2.

²¹¹ MüKo-StPO/Miebach, § 262 Rn. 3.; Radtke/Hohmann/Pegel/Britz, § 262 Rn. 1.

²¹² Radtke/Hohmann/Pegel/Britz, § 262 Rn. 1.

²¹³ MüKo-StPO/Miebach, § 262 Rn. 18.

²¹⁴ MüKo-StPO/Miebach, § 262 Rn. 28; Meyer-Goßner/Schmitt/Meyer-Goßner, § 262 Rn. 14.

²¹⁵ BVerfG NJW 1992, 35 (36 f.), das Gericht führt unter anderem aus, dass die Vorfragenkompetenz nunmehr durch § 396 AO (im Gegensatz zu früheren Regelungen der Reichsabgabenordnung) dem Strafrichter eingeräumt wurde und dass die im Strafverfahren geltenden Beweisregeln, insbesondere der Grundsatz „im Zweifel für den Angeklagten“, mit der nach § 162 AO möglichen Schätzung von Besteuerungsgrundlagen nicht vereinbar sind; Radtke, FS Bundesfinanzhof, 569 (572); zur a. A. ausführlich Kirchhof, NJW 1985, 2977.

(steuer-)strafrechtlichen Entscheidungsfindung zu machen.²¹⁶ Die Klugeitsregel gilt nicht nur im Bereich des Steuerstrafrechts, sondern vielmehr bei jeglichem Umgang mit Blankettstraftatbeständen sowie bei der Auslegung normativer Straftatbestandsmerkmale.²¹⁷ Die Anwendung der Klugeitsregel bei der Auslegung normativer tatbestandsmerkmale trägt dazu bei, dass es auf rechtlicher Ebene²¹⁸ nur selten zu divergierenden Entscheidungen verschiedener Gerichtszweige kommt. Sie kann für sich genommen zwar nicht begründen, weshalb der Strafrichter nicht an Urteile anderer Gerichte gebunden ist, ihr kommt aber als unterstützender Aspekt Bedeutung zu.

Sieht man die Vorschrift im Zusammenhang mit § 261 StPO spricht dies ebenfalls für eine grundsätzlich unabhängige, selbstständige Entscheidungsbefugnis des Strafrichters. Gemäß § 261 StPO entscheidet das Gericht nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung über das Ergebnis der Beweisaufnahme. Erforderlich ist im Rahmen der Beweiswürdigung nach traditionellem Verständnis die subjektive Gewissheit des Tatgerichts vom Vorliegen entscheidungserheblicher objektiver oder subjektiver Tatsachen, auch Aussagen von Sachverständigen unterliegen der richterlichen Überprüfung.²¹⁹ Subjektive Gewissheit erfordert die persönliche Gewissheit des Tatgerichts von der Schuldfrage.²²⁰ Bestünde generell eine Bindung des Strafrichters an vorherige Entscheidungen anderer Gerichtszweige, würden diese Anforderungen unterlaufen und die freie richterliche Beweiswürdigung nach § 261 StPO in einem großen Anwendungsbereich beschränkt werden.

Entscheidend ist letztlich freilich Folgendes: Für Schuldspruch und Strafe muss der Verhaltensnormverstoß des Täters *materiell* begründet werden. Im Strafverfahren muss deshalb grundsätzlich selbstständig geklärt werden, ob die materiellen Legitimationsgründe der Verhaltensnorm, deren Übertretung gerügt wird, tatsächlich vorgelegen haben.

Aus § 262 I StPO kann damit nicht auf eine Bindungswirkung geschlossen werden, unabhängig davon, ob bereits ein entsprechendes Zivilurteil vorliegt oder ein solches nach einer Aussetzung des Verfahrens nach § 262 II StPO ergangen ist. Vielmehr ist § 262 I StPO die – verfassungsrechtlich gebotene – Entscheidung des Gesetzgebers zu entnehmen, dass der Strafrichter grundsätzlich nicht an Urteile eines anderen Gerichtszweigs gebunden ist. In der Regel hat er eigenständig über zivilrechtliche Vorfragen zu entscheiden und zu urteilen. Im Einzelfall kann es jedoch Konstellationen geben, in denen eine Bindung des Strafrichters an vorangegangene

²¹⁶ Radtke, in: FS Bundesfinanzhof, 569 (570).

²¹⁷ Radtke, in: FS Bundesfinanzhof, 569 (570).

²¹⁸ Auf tatsächlicher Ebene, die im Bereich des § 170 I StGB häufig große Probleme bereitet (insbesondere hinsichtlich der Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Unterhaltsschuldners), kann die Klugeitsregel allerdings keine Abhilfe schaffen.

²¹⁹ Radtke/Hohmann/Pegel, § 262 Rn. 4.

²²⁰ BGHSt 10, 208; Radtke/Hohmann/Pegel, § 262 Rn. 8.

Entscheidungen in Zivilurteilen möglich, beziehungsweise zur Erhaltung der Einheit der Rechtsordnung geboten ist. Ob eine Bindung besteht und dem Strafrichter damit entgegen dem Regelfall des § 262 I StPO die Vorrangkompetenz entzogen ist, muss für den jeweiligen Einzelfall gesondert geklärt werden.

3. Bindungswirkung von Statusurteilen und Unterhaltsentscheidungen

Im Folgenden soll untersucht werden, ob eine Bindungswirkung an ein bereits vorhandenes zivilgerichtliches Urteil im Rahmen von § 170 I StGB besteht oder ob der Strafrichter auch bei Vorliegen eines rechtskräftigen Zivilurteils eine eigene Entscheidung treffen kann oder sogar muss. Dabei ist nach dem bisher Gesagten grundsätzlich von der Unabhängigkeit des Strafrichters auszugehen. Sollte dies ausnahmsweise nicht der Fall sein, wäre dem Strafrichter die Aufgabe abgenommen, über ein für ihn in der täglichen Rechtsanwendung sachfremdes Gebiet entscheiden zu müssen. Bei der Frage, ob eine Bindungswirkung besteht, ist zwischen der Statusentscheidung auf der einen und der Unterhaltsentscheidung auf der anderen Seite strikt zu unterscheiden.

a) Bindungswirkung von Statusurteilen

Familienrechtliche Statusurteile und Statusentscheidungen, die im Rahmen eines zivilrechtlichen Unterhaltsprozesses inzident getroffen werden, beispielsweise die Feststellung sowie Anfechtung der Vaterschaft nach den §§ 1599 I, 1600d, 1600e BGB und vergleichbare rechtsgestaltende Entscheidungen wie die Aufhebung des Annahmeverhältnisses bei der Adoption nach den §§ 1763 f., 1771 BGB, die das Entstehen und die Aufhebung von Statusverhältnissen regeln, wirken erga omnes (vgl. §§ 182 I, 184 II FamFG) und entfalten Bindungswirkung auch im Strafverfahren.²²¹ Der Staatsanwalt ist ebenso wie der Angeklagte zu den „omnes“ zu zählen.²²²

Für die Bindungswirkung von Statusurteilen ist die geläufige Differenzierung zwischen Gestaltungs- und Feststellungsurteilen ohne Bedeutung. Wenn etwa hinsichtlich der Anerkennung der Vaterschaft im Unterschied beispielsweise zur Ehescheidung oder Eheaufhebung kein Gestaltungs- sondern ein Feststellungsurteil

²²¹ BGH NJW 1975, 1232 (1233); BGH NJW 1959, 303; OLG Braunschweig NJW 1964, 214; Sch/Sch/Bosch/Schittenhelm, § 170 Rn. 11; Matt/Renzikowski/Kuhli, § 170 Rn. 6; Lackner/Kühl/Heger, § 170 Rn. 3; BeckOK/Heuchemer, § 170 Rn. 13; MüKo-StGB/Ritscher, § 170 Rn. 24; LK-StGB/Dippel, § 170 Rn. 28; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT II, § 63 Rn. 33; Heimann-Trosien, JR 1976, 235; Schack, NJW 1988, 865 (866); eine a. A. ist etwa noch vom OLG Stuttgart NJW 1960, 2204 (2205) vertreten worden, das sich in dem Urteil auf den Standpunkt stellt, dass trotz der Wirkung für und gegen alle, das Feststellungsurteil in seiner Bedeutung nicht mit einem Gestaltungsurteil gleichzusetzen sei.

²²² Schwab, NJW 1960, 2169 (2173).

ausgesprochen wird, ändert dies nichts an der statusbegründenden Wirkung.²²³ Zwar entsteht das Unterhaltsschuldverhältnis als solches (rückwirkend) bereits mit der Geburt des Kindes, jedoch fehlt es bis zur förmlichen Anerkennung oder Feststellung der Vaterschaft an einem durchsetzbaren Leistungsgebot. Dieses ist an die den entsprechenden Status „bestätigende“ Entscheidung gebunden.²²⁴

Liegt ein Statusurteil bereits vor, stellt der Inhalt des vorhandenen Urteils das für das Merkmal der gesetzlichen Unterhaltspflicht erforderliche Statusverhältnis verbindlich fest- beziehungsweise her. Liegt kein entsprechendes Zivilurteil vor, ist dessen Vorliegen allerdings keine Tatbestandsvoraussetzung. In diesem Fall muss das Bestehen eines die Unterhaltspflicht auslösenden Statusverhältnisses zunächst positiv vom Strafrichter selbst festgestellt oder die Frage dem Familiengericht zur Entscheidung vorgelegt werden.

Die Bindungswirkung von Statusurteilen führt zwangsläufig zu einer Beschränkung der grundsätzlich geltenden freien richterlichen Beweiswürdigung. Indes ist diese Einschränkung zum Erhalt der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung zwingend notwendig. Bei Grundentscheidungen über das Bestehen oder Nichtbestehen eines familienrechtlichen Verhältnisses wäre es für alle Beteiligten unerträglich, wenn die Gerichte hinsichtlich des familiären Status im Rahmen ihrer Beweiswürdigung zu differierenden Entscheidungen gelangen würden.²²⁵ Zugespielt gesagt könnte ohne eine entsprechende Bindungswirkung theoretisch im Zivilverfahren die Vaterschaft von Mann A und im Strafverfahren die des Mannes B bezogen auf dasselbe Kind festgestellt werden. Derart hinsichtlich familiärer Verhältnisse differierende Entscheidungen verschiedener Gerichtszweige können und dürfen

²²³ Vgl. hierzu näher *Eggert*, MDR 1974, 445 (446 f.); vgl. auch den Wortlaut des § 182 FamFG; die bei Gestaltungsurteilen eintretende Rechtsänderung (vgl. etwa MüKo-ZPO/*Gottwald*, § 322 Rn. 19) liegt gerade nicht vor; vgl. auch Meyer-Goßner/*Schmitt/Meyer-Goßner*, § 262 Rn. 3.

²²⁴ Teilweise wird davon ausgegangen, dass die Vaterschaft ab Geburt latent vorhanden sei, Rechtswirkungen aber erst nach Anerkennung geltend gemacht werden können; vgl. etwa *Staudinger/Rauscher*, § 1592, Rn. 33. *Gietl*, Abstammung, S. 77 ff., 247 f. geht überzeugend davon aus, dass eine „latente“ Vaterschaft ab Geburt nicht besteht. Die Anerkennung begründet die Vaterschaft unabhängig davon, ob eine latente biologisch begründete Verbindung besteht, vgl. BeckOGK-BGB/*Balzer*, § 1592 Rn. 98. Rückwirkend entsteht die Vaterschaft von Geburt an.

²²⁵ SK-StGB/*Schall*, § 170 Rn. 22; eine andere Ansicht vertritt *Neudek*, Zur Problematik der strafbaren Verletzung der Unterhaltspflicht, S. 41 f., nach dem der Gedanke der Einheit der Rechtsordnung angesichts der unterschiedlichen Zielrichtung von Straf- und Zivilprozess und der höheren Eingriffsintensität des Strafrechts zurückzutreten habe. Dem kann jedoch angesichts der hier aufgeführten Argumente sowie dem Umstand, dass auch gegen unrichtige Statusentscheidungen Rechtsbehelfe eingelegt werden können, nicht gefolgt werden, sodass es in der überwiegenden Zahl der Fälle mitnichten so ist, dass dem Angeklagten „dem ohnehin durch das unrichtige Zivilurteil bereits Unrecht widerfahren ist, das er jedoch im Interesse des Rechtsfriedens und der Rechtssicherheit hinnehmen muss [...] dadurch nur noch ein weiteres, größeres Unrecht zugefügt werden würde“ (so *Neudek*, Zur Problematik der strafbaren Verletzung der Unterhaltspflicht, S. 42).

gerade zum Wohl der betroffenen Personen – im vorherigen Beispiel namentlich des Kindes – nicht getroffen werden. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass der Amtsermittlungsgrundsatz sowie die Wahrheitspflicht nach den §§ 26, 27 II, 29, 127 FamFG auch im familienrechtlichen Statusprozess ein Höchstmaß an materieller Wahrheit gewährleisten und die Möglichkeit einer Restitutionsklage nach Maßgabe des § 185 FamFG besteht.²²⁶ Das entspricht durchaus der Verpflichtung der Strafverfolgungsorgane, den zugrundeliegenden Sachverhalt möglichst genau und wahrheitsgetreu aufzuklären und wäre mit divergierenden Entscheidungen nicht zu vereinbaren. Bei Gestaltungsurteilen und statusrelevanten Feststellungsurteilen muss die Autorität der Gerichte durch eine einheitliche und endgültige Rechtsausübung gesichert werden.²²⁷

Familienrechtliche Statusurteile müssen folglich einer Überprüfung durch den Strafrichter entzogen sein. Anderslautende Beweisanträge sind nach § 244 III StPO wegen Unzulässigkeit der Erhebung des Beweises familienrechtlicher Statusverhältnisse bei bereits (zivil-)gerichtlich festgestelltem Bestehen oder Nichtbestehen eines Statusverhältnisses abzulehnen.²²⁸ Voraussetzung für eine Bindungswirkung des familiengerichtlichen Urteils ist, dass dieses bereits vor der Tat in Rechtskraft erwachsen ist.²²⁹

Hinsichtlich der Feststellung der statusrechtlichen Beziehungen sind für den Strafrichter auch die zivilrechtlichen Beweisvermutungen (§§ 1591, 1592 Nr. 1, 1593, 1600c I, 1600d II BGB) verbindlich, da sie Bestandteil der materiell-rechtlichen Regelung der gesetzlichen Unterhaltspflicht sind.²³⁰ Diesem Bereich der familiären Beziehungen liegt die bewusste Entscheidung zugrunde, im Interesse des Kindes die Voraussetzungen der Unterhaltspflicht an geringere Beweisanforderungen zu knüpfen.²³¹ Würde man im Strafverfahren trotz zivilrechtlich festgestelltem Bestehen eines Statusverhältnisses nach der biologischen Abstammung forschen oder den Grundsatz in dubio pro reo anwenden, würde dies die intendierte Schutzfunktion der Beweisvermutungen konterkarieren.²³² Überdies kann – wie bereits gezeigt²³³ – die blutsmäßige Abstammung unzweifelhaft nicht als das von § 170 I StGB geschützte Rechtsgut angesehen werden, sondern allein – unter gewissen Voraussetzungen – der gesetzliche Unterhaltsanspruch. Daher wäre es wi-

²²⁶ MüKo-StGB/Ritscher, § 170 StGB Rn. 27; vgl. zur Wahrheitsermittlung im Strafprozess auch BVerfG NJW 2013, 1058 (1060); MüKo-StPO/Kudlich, Einleitung Rn. 139; MüKo-StPO/Trüg/Habetha, § 244 Rn. 47 f.; Heimann-Trosien, JR 1976, 235 (236).

²²⁷ Schack, NJW 1988, 865 (868).

²²⁸ SK-StGB/Schall, § 170 Rn. 23.

²²⁹ Neudek, Zur Problematik der strafbaren Verletzung der Unterhaltspflicht, S. 37.

²³⁰ BGH NJW 1959, 303; SK-StGB/Schall, § 170 Rn. 19; MüKo-StGB/Ritscher, § 170 Rn. 34; Lackner/Kühl/Heger, § 170 Rn. 3; LK-StGB/Dippel, § 170 Rn. 27; Koffka, JR 1968, 227 (229).

²³¹ Schröder, JZ 1959, 346 (347).

²³² Vgl. MüKo-StGB/Bosch/Schittenhelm, § 170 Rn. 9.

²³³ Vgl. hierzu B. Fn. 26.

dersprüchlich, abweichend von den statusrechtlichen Beweisvermutungen, die integraler Bestandteil der zivilrechtlichen Unterhaltspflicht sind, zu entscheiden.²³⁴

Die Zivilrechtsakzessorietät muss allerdings im Falle einer Anfechtung der Vaterschaft im Hinblick auf die berechtigten Interessen des Unterhaltsberechtigten differenzierter beurteilt werden. Beruht die Vaterschaft auf der Ehe des Mannes mit der Mutter zum Zeitpunkt der Geburt (§ 1592 Nr. 1 BGB)²³⁵ oder auf einer Anerkennung der Vaterschaft (§ 1592 Nr. 3 BGB), kann die Vaterschaft zwar nach § 1599 BGB angefochten werden. Ist die Anfechtung wirksam, so wirkt die Feststellung der Nichtvaterschaft zivilrechtlich grundsätzlich auf den Zeitpunkt der Geburt des Kindes zurück.²³⁶ Wie sich noch zeigen wird, wäre die Annahme einer alle Rechtsbereiche erfassenden Rückwirkung jedoch verfehlt.

Nach überwiegender Ansicht soll sich aus der zivilrechtlichen Rückwirkung ergeben, dass der „Scheinvater“, der vor Rechtskraft des der Anfechtung stattgebenden Urteils an das Kind keinen Unterhalt gezahlt hat, nach der Feststellung dieser Eigenschaft nicht mehr nach § 170 I StGB bestraft werden könne.²³⁷ Wurde er bereits verurteilt und ficht später seine Vaterschaft erfolgreich an, stelle dies eine neue Tatsache i. S. d. § 359 Nr. 5 StPO dar, die zur Wiederaufnahme des Strafverfahrens berechtige.²³⁸ Bestehe zivilrechtlich schon kein einklagbarer Anspruch, könne dessen Nichteerfüllung auch nicht vom Strafrichter sanktioniert werden. Andernfalls würde das Tatbestandsmerkmal der „gesetzlichen Unterhaltspflicht“ von seiner Zivilrechtsakzessorietät entkoppelt. Der Strafschutz dürfe aber nicht über das hinausgehen, was auf zivilrechtlichem Wege erlangbar sei.²³⁹

Wäre die zivilrechtliche Rückwirkung tatsächlich in dem geschilderten Sinne zu verstehen, könnte der „Scheinvater“ für den Zeitraum, in dem er noch (tatsächlich) zum Unterhalt verpflichtet war, nach Eintritt der Fiktionswirkung jedenfalls nicht mehr wegen einer Vollendungstat der Unterhaltspflichtverletzung strafrechtlich belangt werden. Wegen der nach geltendem Recht bestehenden Straflosigkeit des (untauglichen) Versuchs der strafbewehrten Unterhaltspflichtverletzung gäbe es in der Konsequenz für diesen Zeitraum keinen Strafschutz.²⁴⁰ Das würde auch und gerade der in diesem Zeitraum anzunehmenden zivilrechtlichen Rechtslage nicht gerecht.

²³⁴ *Dünnebier*, JZ 1961, 672 (673).

²³⁵ Ggf. i. V. m. § 1593 BGB, wenn die Ehe durch Tod aufgelöst wurde und innerhalb von 300 Tagen nach der Auflösung ein Kind geboren wird.

²³⁶ *MüKo-BGB/Wellenhofer*, § 1599 Rn. 52. Zur – nach hier vertretener Ansicht – fehlerhaften Einordnung als Rückwirkungs*fiktion* vgl. B. Fn. 224, 244.

²³⁷ OLG Hamm NJW 2004, 2461; Sch/Sch/Bosch/*Schittenhelm*, § 170 Rn. 12; Matt/Renzikowski/*Kuhli*, § 170 Rn. 6; SK-StGB/*Schall*, § 170 Rn. 19; *Meyer*, NJW 1969, 1360 f.; *Ehrbeck*, Der Straftatbestand der Unterhaltsentziehung aus rechtsvergleichender Sicht, S. 187.

²³⁸ OLG Hamm NJW 2004, 2461; Matt/Renzikowski/*Kuhli*, § 170 Rn. 29.

²³⁹ *Neudek*, Zur Problematik der strafbaren Verletzung der Unterhaltspflicht, S. 43.

²⁴⁰ Die zunächst von § 170b StGB erfasste Versuchsstrafbarkeit wurde mit dem 4. StrRG vom 23. 11. 1973 abgeschafft; vgl. BGBl. I S. 1726.

Zum relevanten Zeitpunkt hat der Unterhaltsberechtigte allein einen (realistischerweise durchsetzbaren) Unterhaltsanspruch gegen den „Schein“-Unterhaltsschuldner. Wegen der Rechtsausübungssperre des § 1600d V BGB wird die Berufung auf die Wirkungen einer noch nicht festgestellten Vaterschaft grundsätzlich ausgeschlossen.²⁴¹ Gegen den „wirklichen“ Unterhaltsverpflichteten kann in diesem Zeitraum noch gar kein Unterhaltsanspruch geltend gemacht werden.²⁴² Die Nichtleistung des Unterhalts durch den „Scheinvater“, die zu einer (potentiellen) Gefährdung des Lebensbedarfs des Unterhaltsberechtigten führt, erfüllt im maßgeblichen Zeitpunkt der Nichtleistung den gleichen Verhaltensnormverstoß wie bei nicht angefochtener Vaterschaftsstellung. Der Verhaltensnormverstoß (nebst spezifischen Folgen für den notwendigen Unterhalt des Kindes) entfällt nicht rückwirkend – und zwar ebenso wenig, wie rückwirkend ein Verhaltensnormverstoß des wahren Vaters entstehen kann. Inwiefern er hingegen zivilrechtlich Ausgleichsmechanismen für sich in Anspruch nehmen kann, um sich bei dem „wirklichen“ Unterhaltsschuldner schadlos zu halten, ist eine hiervon zu trennende Frage.²⁴³ Der Anfechtende, der im verhaltensrelevanten Zeitpunkt eine tatsächliche Statusbeziehung zu dem unterhaltsberechtigten Kind hatte, ist für dieses Verhalten strafbar. Hierbei geht es auch nicht darum, etwas zu erzwingen, was auf zivilrechtlichem Weg nicht erlangbar ist. Vielmehr geht es um eine angemessene Reaktion auf den begangenen Verhaltensnormverstoß und seine spezifischen Folgen. Dem „Scheinvater“ wird in diesem Fall zwar nicht die Auflage erteilt werden können, seinen Unterhaltspflichten in Zukunft nachzukommen. Ihm ist aber vorzuwerfen, einer in der Vergangenheit tatsächlich bestehenden Verpflichtung nicht nachgekommen zu sein, wodurch der Lebensbedarf des Kindes (potentiell) gefährdet wurde. In diesem Zeitpunkt bestand für das schutzwürdige Interesse des Kindes nur *ein* Unterhaltsschuldner, an den es sich wenden konnte: der damals die Vaterschaftsstellung innehabende „Scheinvater“. Eine Rückwirkungs-„fiktion“ von Statusentscheidungen im Strafrecht beziehungsweise der für das akzessorische Strafrecht maßgeblichen – allerdings zutreffend bestimmten – zivilrechtlichen Verhaltensordnung darf es in diesem Fall nicht geben.²⁴⁴

²⁴¹ MüKo-BGB/Wellenhofer, § 1600d Rn. 104; zu einer ausnahmsweise bestehenden inzidenten Vaterschaftsstellung siehe MüKo-BGB/Wellenhofer, § 1600d Rn. 110.

²⁴² Schön ist auch die von *Gietl*, Abstammung, S. 183 verwendete Formulierung „Rückwirkung heißt aber in diesem Zusammenhang nicht, dass die Wirkungen von Geburt an bestehen. Vielmehr wird ihr Bestand auf diesen Zeitpunkt zurück fingiert. Das heißt aber nicht, dass sie von Anfang an bestanden haben, wie die Vertreter einer latenten Vaterschaft dies behaupten. Vielmehr wird [eine] Rechtslage ex tunc hergestellt, die so nie bestand.“

²⁴³ Herausgabeansprüche gegen das Kind aus § 812 BGB scheitern regelmäßig an § 818 III BGB; vgl. *Gietl*, Abstammung, S. 184.

²⁴⁴ Vgl. auch OLG Hamm NJW 1969, 805; nach a. A. gehe diese Begründung „ins Leere“, wenn man die Ehelichkeit eines von dem Ehemann der Kindesmutter nicht erzeugten Kindes ebenfalls als Fiktion ansehe. Die rückwirkende Beseitigung einer Fiktion könne ihrerseits keine Fiktion sein, sie bringe lediglich den wahren Sachverhalt von Anfang an auch juristisch zur Geltung; vgl. *Meyer*, NJW 1969, 1360 f. Zur Einordnung, vgl. BeckOGK-BGB/Balzer, § 1592 Rn. 54 ff. Unabhängig davon, ob man § 1592 Nr. 1 BGB als Fiktion der Vaterschaft

Im hier interessierenden Zusammenhang geht es also nicht etwa darum, sich von den zivilrechtlich relevanten Regelungen des angemessenen Zusammenlebens zu lösen und eigenständige „strafrechtliche Verhaltensnormen“ zu postulieren, die dem Zivilrecht widersprechen. Vielmehr gilt es, die schon vorstrafrechtlich geltende zivilrechtliche Verhaltensordnung richtig zu konkretisieren und dabei die Rückwirkungsfiktion auf das angemessene Maß zu beschränken. Zur Verdeutlichung diene folgendes Beispiel: Angenommen vor einer wirksamen Anfechtung der Vaterschaft kommt der „Scheinvater“ zufällig an einem Teich vorbei und sieht „sein“ Kind ertrinken. Würde nunmehr von einer Rückwirkung der Feststellung der Vaterschaft ausgegangen, hätte der „Scheinvater“ auch rückwirkend keine aus der Vaterschaft entspringende Garantenverantwortlichkeit inne. Er wäre dann lediglich wegen unterlassener Hilfeleistung strafbar.²⁴⁵ Dieses Ergebnis überzeugt insbesondere im Hinblick auf die schutzwürdigen Rechtsgüter des Kindes nicht. Vielmehr besteht im verhaltensrelevanten Zeitpunkt nicht nur eine strafrechtliche Verantwortlichkeit wegen Totschlags (durch Unterlassen). Auch deliktische Ansprüche (§ 823 I, II BGB) bleiben erhalten.²⁴⁶

Als weiteres Beispiel kann der Fall eines von den Eltern nicht genehmigten und deshalb endgültig unwirksamen Vertrages eines minderjährigen Babysitters herangezogen werden. In solchen Fällen wird regelmäßig davon ausgegangen, dass es auf die zivilrechtliche Wirksamkeit des Vertrages für die Garantenverantwortlichkeit nicht ankomme. Die Pflicht werde nicht durch den Abschluss eines Vertrages begründet, sondern entscheidend durch die tatsächliche Übernahme des Schutzes für ein Rechtsgut.²⁴⁷ Indessen bedarf es bei korrekter Bestimmung (vorstraf-)rechtlicher Pflichten gar keines Rückgriffs auf derartige „faktische“ Garantenverhältnisse. Vielmehr liegt der Grund für eine entsprechende Inpflichtnahme des Babysitters als

(vgl. etwa BeckOGK-BGB/Balzer, § 1592 Rn. 10) oder gesetzliche Vermutung (vgl. BeckOK-BGB/Hahn, § 1592 Rn. 3) ansieht, hat dies zunächst keine Auswirkungen auf die Tatsache, dass gegen eine strafbewehrte Verhaltensnorm durch Nichtleistung des Unterhalts in dem Zeitpunkt verstoßen wurde, in dem sich das unterhaltsberechtigende Kind nur an den „Scheinvater“ wenden konnte und von dessen Leistung abhängig war. Richtigerweise ist zudem die Terminologie „Fiktion“ nicht passend. Gietl, Abstammung, S. 86 ff. ist der Ansicht, dass § 1592 Nr. 1 BGB weder eine Fiktion noch eine Vermutung beinhaltet. Ausgangspunkt seiner Überlegungen ist, dass die die Vaterschaft konstituierenden Normen Definitionen sind und ein Rückgriff auf ein biologisches Verständnis damit ausgeschlossen ist. Die Vaterschaft entsteht damit durch die Definitionsnorm des § 1592 BGB und ist eine echte rechtliche Vaterschaft. Begründung und Beendigung haben Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Geburt; vgl. Gietl, Abstammung, S. 143, 193.

²⁴⁵ Je nach Fallgestaltung kommt zwar auch eine Garantenstellung kraft tatsächlicher Übernahme in Betracht. Aber auch dann kommt es zu Konstellationen, in denen eine Garantenstellung nur durch die Vaterschaft und nicht anders begründet werden kann – der Schutz wäre lückenhaft.

²⁴⁶ § 823 II BGB i. V. m. § 323c I StGB würde auch nach anderem Verständnis anwendbar sein. Nach hier vertretener Ansicht bestehen daneben deliktische Ansprüche sowohl nach § 823 II BGB i. V. m. §§ 212 I, 13 StGB als auch nach § 823 I BGB.

²⁴⁷ Sch/Sch/Bosch, § 13 Rn. 28; Lackner/Kühl/Heger, § 13 Rn. 9.

Sonderverantwortlichen in der privatautonomen Gestaltung der Verantwortlichkeitsbeziehung zu dem gefährdeten Kind. Diese wurde trotz des unwirksamen Vertrages von dem Minderjährigen auch und gerade in zivilrechtsrelevanter Weise wirksam begründet.²⁴⁸

Im Falle der hier relevanten Unterhaltspflichtverletzung gibt es zwar keine privatautonome Verantwortlichkeitsverteilung, wenn die vor der Anfechtung bestehende Vaterschaft kraft Gesetzes begründet worden ist. Damit ist der Fall vergleichbar mit einem Erben, der – nachdem er seine Erbschaft wirksam ausgeschlagen hat – zwar rückwirkend nach § 1953 I BGB so behandelt wird, als ob er zu keinem Zeitpunkt Erbe war.²⁴⁹ Bis zur Ausschlagung bleibt eine Gefahrenquelle – etwa ein auffälliges Haus – aber in seinem Organisationskreis. Will er die ihm durch die Rechtsordnung auferlegte Pflicht vermeiden, bedarf es eines positiven Gestaltungsaktes in Form der Ausschlagung.²⁵⁰ Auch die Pflicht des „Scheinvaters“ zur Leistung von Unterhalt, wenn es ansonsten zu einer (potentiellen) Gefährdung des Lebensbedarfs des Kindes kommt, oder die Pflicht zur Rettung desselben aus einer (lebens-)bedrohlichen Situation liegt bis zur erfolgreichen Vaterschaftsanfechtung in seinem Verantwortlichkeitsbereich und entfällt nicht rückwirkend.

Im umgekehrten Fall, bei Nichtzahlung vor der Anerkennung der Vaterschaft, besteht keine strafrechtliche Verantwortlichkeit nach § 170 I StGB.²⁵¹ Zwar führt eine Anerkennung oder Feststellung der Vaterschaft rückwirkend zu einer von Geburt an bestehenden Unterhaltspflicht.²⁵² Wegen der Sperrwirkungen der §§ 1600d IV, 1594 I BGB konnten aber vor Feststellung oder Anerkennung keine Zahlungen verlangt werden. Auch zivilrechtlich geht es bei der Rückwirkungsfiktion nicht etwa darum, nachträglich Verhaltensnormen zu statuieren, die der Betreffende im Verhaltenszeitpunkt gar nicht zu erfüllen hatte. Die zivilrechtlichen Normen dienen allein dazu, nachträglich einen angemessenen Ausgleich in Bezug auf bestimmte Vermögenswerte zu schaffen. Dementsprechend gibt es in diesen Fällen strafrechtlich im verhaltensrelevanten Zeitpunkt auch keine Pflicht, auf deren Verletzung hätte reagiert werden müssen. Schuldspruch und Strafe können in diesem Kontext von vornherein keine legitime Funktion erfüllen.

Festzuhalten ist damit zunächst, dass Statusentscheidungen in dem soeben geschilderten Umfang Bindungswirkung entfalten. Anders ist dies hingegen zu beurteilen, wenn die Statusentscheidung lediglich in einem Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes getroffen wurde. Einstweilige Anordnungen auf Zahlung vorläufigen Unterhalts nach §§ 49 ff. i. V. m. §§ 246 ff. FamFG entfalten ebenso wie Un-

²⁴⁸ Vgl. hierzu ausführlich *Freund*, Erfolgsdelikt und Unterlassen, S. 27 f., 193, 302 f.

²⁴⁹ BeckOGK-BGB/*Heinemann*, § 1953 Rn. 11.

²⁵⁰ Näher hierzu *Freund*, Erfolgsdelikt und Unterlassen, S. 193 f.

²⁵¹ MüKo-StGB/*Ritscher*, § 170 Rn. 29; SK-StGB/*Schall*, § 170 Rn. 23; *Heimann-Trosien*, JR 1976, 235 (236).

²⁵² BeckOGK-BGB/*Balzer*, § 1592 Rn. 98, 124; MüKo-BGB/*Wellenhofer*, § 1592 Rn. 15, § 1600d Rn. 101.

terhaltsentscheidungen²⁵³ jedenfalls keine unmittelbare Bindungswirkung für den Strafrichter. Ihnen fehlt eine mit Statusurteilen vergleichbare Rechtswirkung. Außerdem sind sie von schwächerer Bestandskraft, weil sie lediglich eine Glaubhaftmachung des Unterhaltsanspruchs voraussetzen und dementsprechend auch wieder außer Kraft treten können, wenn sie mit dem materiellen Recht nicht mehr kompatibel erscheinen (§§ 51 I 2, 54 ff. FamFG).²⁵⁴ Gleiches soll auch hinsichtlich Beschlüssen über den Unterhalt minderjähriger Kinder gelten, die im vereinfachten Verfahren nach den §§ 249 ff. FamFG ergehen – beruhen diese doch vorrangig auf den Angaben des Antragstellers.²⁵⁵ In diesem Fall hat der Strafrichter entweder eine Beweisaufnahme über die Vaterschaft anzuordnen oder das Verfahren nach § 262 II StPO auszusetzen.²⁵⁶

b) Bindungswirkung von Unterhaltsentscheidungen

aa) Selbstständige Prüfung des Strafrichters

Während der Strafrichter an das vom Zivilgericht festgestellte Bestehen oder Nichtbestehen einer Statusbeziehung zwischen Unterhaltsschulder und Unterhaltsgläubiger gebunden ist, wird eine Bindungswirkung von bereits ergangenen Unterhaltsentscheidungen vielfach anders beurteilt. Größtenteils wird insoweit davon ausgegangen, dass bei Unterhaltsentscheidungen die weiteren Voraussetzungen der Unterhaltspflicht, insbesondere Umfang und Höhe und damit auch die Bedürftigkeit des Unterhaltsberechtigten und die Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners nicht durch das Zivilgericht für den Strafrichter verbindlich vorgegeben sind. Der Strafrichter habe diesbezüglich eine selbstständige und unabhängige Prüfung vorzunehmen.²⁵⁷ Der Strafrichter muss nach dieser Ansicht alle Voraussetzungen der Unterhaltspflicht, insbesondere die Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners und die Bedürftigkeit des Unterhaltsberechtigten eigenständig prüfen, was eine detaillierte Kenntnis hinsichtlich der Einkommens- und Vermögensverhältnisse von Unterhaltsschuldner und Unterhaltsgläubiger erfordert. Bei der Feststellung der Umstände, aus denen sich Unterhaltsbedarf und Leistungsfähigkeit ergeben, hat die

²⁵³ S. dazu noch unten B.II.3.b).

²⁵⁴ SK-StGB/Schall, § 170 Rn. 24; MüKo-StGB/Ritscher, § 170 Rn. 30.

²⁵⁵ SK-StGB/Schall, § 170 Rn. 24; anders als von Schall angenommen, ist allerdings neben der Prüfung der Zulässigkeit auch eine Schlüssigkeitsprüfung des Antrags erforderlich. Bei dieser wird aber lediglich der Frage nachgegangen, ob die Angaben des Antragstellers – ihre Richtigkeit unterstellt – den Unterhaltsanspruch nach Grund und Höhe rechtfertigen, vgl. etwa MüKo-FamFG/Macco, § 250 Rn. 17 ff.

²⁵⁶ Maurach/Schroeder/Maiwald, BT II, § 63 Rn. 33.

²⁵⁷ So etwa BGHSt 5, 106; BGH, Urteil vom 24.05.1954 – IV ZR 1/54; OLG Koblenz, Beschluss vom 3.11.2010 – 2 Ss 184/10; Sch/Sch/Schittenhelm, § 170 Rn. 13; Matt/Renzikowski/Kuhli, § 170 Rn. 12; Lackner/Kühl/Heger, § 170 Rn. 3; BeckOK/Heuchemer, § 170 Rn. 11; MüKo-StGB/Ritscher, § 170 Rn. 10, 31; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Frommel, § 170 Rn. 8; Pfeil, FamFR 2011, 418; Hillenbrand, NZFam 2020, 545 (546).

richterliche Prüfung zudem derart genau stattzufinden, dass auch das Revisionsgericht in der Lage ist, die Merkmale im Einzelnen zu überprüfen. Im Urteil muss präzise angegeben werden, in welcher Höhe der Angeklagte, abzüglich zu zahlender Steuern, Vorsorgeaufwendungen, berufsbedingter Aufwendungen und Selbstbehalt, Unterhalt hätte leisten können.²⁵⁸ Stützt sich die Leistungsfähigkeit des Angeklagten auf hypothetisch erzielbares Einkommen, muss der Richter in seiner Urteilsbegründung genaue Angaben über die beruflichen Fähigkeiten des Angeklagten, über seine Beschäftigungsmöglichkeiten unter Berücksichtigung der Arbeitsmarktlage in dem betreffenden Zeitraum, über die von ihm in diesem Zeitraum durch zumutbare Arbeit erzielbaren Einkünfte und über den Betrag machen, den er unter Berücksichtigung seines Selbstbehalts mindestens hätte leisten können.²⁵⁹ Bei sich wechselnden Einkünften hat der Richter eine gesonderte Prüfung für jeden Zeitabschnitt vorzunehmen.²⁶⁰

Für eine selbstständige Prüfung des Strafrichters und damit gegen eine strikte Bindung an die Erkenntnisse und Ergebnisse zuvor ergangener rechtskräftiger Zivilurteile können gewichtige Gründe angeführt werden.

So wird zunächst konstatiert, dass eine unabhängige Prüfung der relevanten Tatsachen durch den Strafrichter bereits angesichts des schweren Schuldvorwurfs des § 170 I StGB geboten ist, der – wie jede strafrechtliche Schuld – unter den besonderen, der Parteiverfügung entzogenen Garantien des Strafverfahrens geprüft werden muss, während der Gedanke der Rechtseinheit zurücktreten müsse.²⁶¹

Des Weiteren sprechen die unterschiedlichen zivil- und strafprozessualen Maximen – außerhalb von Statusprozessen – deutlich gegen eine Bindung des Strafrichters an unter zivilrechtlichen Grundsätzen ergangene Unterhaltsentscheidungen. Anders als im Zivilverfahren gelten im Strafverfahren das in §§ 152 I, II, 170 I StPO verankerte Offizial- und das Legalitätsprinzip.²⁶² Nach dem Offizialprinzip ist allein der Staat zuständig für die Erhebung der öffentlichen Klage, der Staatsanwalt hat die Strafverfolgung ex officio wahrzunehmen. Das Legalitätsprinzip besagt, dass die

²⁵⁸ *Krumm*, NZFam 2015, 54 (55 f.).

²⁵⁹ Vgl. ausführlich zur Problematik fiktiver Einkünfte *Hillenbrand*, NZFam 2020, 545 (547 f.).

²⁶⁰ BayObLG NJW 1990, 3284 f.; SK-StGB/*Schall*, § 170 Rn. 35 f.; MüKo-StGB/*Ritscher*, § 170 Rn. 47 f.; Lackner/Kühl/*Heger*, § 170 Rn. 8; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT II, § 63 Rn. 39; ausführlich zu den für den Unterhaltspflichtigen erreichbaren Mitteln LK-StGB/*Dippel*, § 170 Rn. 46; eine restriktive Auffassung vertritt diesbezüglich *Eggert*, Der strafrechtliche Schutz des gesetzlichen Unterhaltsberechtigten, S. 149 ff., 209, nach dem eine bloß potentielle Leistungsfähigkeit nicht vom Tatbestand erfasst sein soll. Zur Erwerbsobliegenheit im Zivilrecht vgl. etwa Prütting/Wegen/Weinreich/*Soyka*, § 1603 Rn. 4 ff.

²⁶¹ BGH NJW 1954, 81 (82); LK-StGB/*Dippel*, § 170 Rn. 28. Dazu, dass bei zutreffender Bestimmung des zivilrechtlichen und des strafrechtlichen Verfahrensgegenstandes das Strafrecht keineswegs zu einer dem Zivilrecht widersprechenden Entscheidung führt, vgl. B.II.3.b) bb).

²⁶² BeckOK-StPO/*Beukelmann*, § 152 Rn. 1 f.; MüKo-StPO/*Kölbel*, § 170 Rn. 1.

Staatsanwaltschaft bei Vorliegen zureichender tatsächlicher Anhaltspunkte verpflichtet ist, wegen aller verfolgbaren Straftaten einzuschreiten, und dass sie, wenn die Ermittlungen genügend Anlass zur Erhebung der öffentlichen Klage bieten, eine Anklageschrift bei dem zuständigen Gericht einzureichen hat. Das im Strafprozess eingeschränkt geltende Opportunitätsprinzip ermöglicht es der Staatsanwaltschaft, unter bestimmten Voraussetzungen von der Verfolgung abzusehen.²⁶³ Nach § 160 I StPO hat die Staatsanwaltschaft, sobald sie von dem Verdacht einer Straftat Kenntnis erhält, den Sachverhalt zu erforschen, um darüber entscheiden zu können, ob die öffentliche Klage zu erheben ist. Dabei hat sie nach § 160 II StPO gleichermaßen der Be- und Entlastung dienende Umstände zu ermitteln. Dieser nach den §§ 163 I, 244 II StPO auch für die Polizei und das Gericht geltende Untersuchungsgrundsatz verdeutlicht das primäre Ziel des Strafverfahrens, sich der „materiellen Wahrheit“ so weit wie möglich anzunähern.²⁶⁴ Demgegenüber gilt im Zivilprozess der Dispositionsgrundsatz, der es den Parteien ermöglicht, über den Rechtsstreit im Ganzen zu verfügen, ihn in Gang zu setzen, den Streitgegenstand zu bestimmen und über die Art der Beendigung – sei es beispielsweise durch Urteil, Anerkenntnis, Verzicht, Vergleich oder Säumnis zu entscheiden.²⁶⁵ Ebenfalls ist es nach dem Verhandlungs- bzw. Beibringungsgrundsatz Sache der Parteien, darüber zu entscheiden, welche Tatsachen in den Prozess eingeführt werden und damit als Grundlage des richterlichen Urteils dienen können.²⁶⁶ Während im Strafverfahren die Staatsanwaltschaft „Herrin“ des Ermittlungsverfahrens ist²⁶⁷, kommt diese Rolle im Zivilverfahren den verfahrensbeteiligten Parteien zu. Im Zivilprozess steht damit im Gegensatz zum Strafprozess grundsätzlich der Gedanke der formellen Wahrheit im Vordergrund. Nach § 113 I FamFG sind in Ehe- und Familiensachen die §§ 2 bis 22, 23 bis 37, 40 bis 45, 46 S. 1 und S. 2 sowie die §§ 47 und 48 sowie 76 bis 96 FamFG nicht anzuwenden. Es gelten die allgemeinen Vorschriften der Zivilprozessordnung und die Vorschriften der Zivilprozessordnung über das Verfahren bei den Landgerichten entsprechend. Insbesondere der Amtsermittlungsgrundsatz nach § 26 FamFG findet damit im Unterhaltsprozess grundsätzlich keine Anwendung. Lediglich durch § 139 ZPO und die Vorschriften zur Einkommensermittlung in Unterhaltssachen nach den §§ 235 und 236 FamFG wird der zivilprozessuale Beibringungsgrundsatz teilweise eingeschränkt.²⁶⁸ Nach § 235 S. 1 FamFG kann das Gericht zwar anordnen, dass Antragssteller und Antragsgegner Auskunft über ihre Einkünfte, ihr Vermögen und

²⁶³ Vgl. zu den Prinzipien etwa BeckOK-StPO/Beukelmann, § 152 Rn. 1 ff.; MüKo-StPO/Peters, § 152 Rn. 21 ff.; Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt, § 152 Rn. 1 f.

²⁶⁴ Zur „materiellen Wahrheit“ als Prozessziel vgl. etwa BVerfGE 133, 168 Rn. 56. Näher zu dieser umstrittenen Problematik Freund, in: FS Meyer-Gossner, S. 409 ff.; ders., Normative Probleme der „Tatsachenfeststellung“, S. 52 ff.

²⁶⁵ Musielak/Voit/Musielak, Einleitung Rn. 35.

²⁶⁶ Musielak/Voit/Musielak, Einleitung Rn. 37.

²⁶⁷ Vgl. hierzu etwa KK-StPO/Griesbaum, § 160 Rn. 4 f.; BeckOK-StPO/Sackreuther, § 160 Rn. 9 f.

²⁶⁸ Vgl. BeckOK-FamFG/Burschel, § 26 Rn. 1.

ihre persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse erteilen sowie bestimmte Belege vorlegen, soweit dies für die Bemessung des Unterhalts von Bedeutung ist. Auch kann es nach § 235 S. 2 eine schriftliche Versicherung über die Wahrheitsgemäßheit und Vollständigkeit der Angaben verlangen. Dies stellt allerdings nur in geringem Maß eine Gleichwertigkeit zu der weitreichenden Amtsaufklärungspflicht und den damit zusammenhängenden Ermittlungsmöglichkeiten im Strafprozessrecht her. Im Unterhaltsrecht finden damit grundsätzlich die allgemeinen zivilprozessualen Verfahrensgrundsätze Anwendung. Weil demgegenüber im Statusverfahren insbesondere der dem Strafprozessrecht entsprechende Amtsermittlungsgrundsatz und die Wahrheitspflicht nach den §§ 26, 27 II, 29, 127 FamFG gelten²⁶⁹, besteht im Hinblick auf das jeweils anzuwendende Prozessrecht ein deutlicher Unterschied zwischen Status- und Unterhaltsverfahren. An diesem Aspekt zeigt sich, weshalb eine unterschiedliche Behandlung hinsichtlich der Bindungswirkung des Statusurteils einerseits und des Unterhaltsurteils andererseits geboten ist.

Strittig ist in der Literatur, ob bezüglich der Bindungswirkung eine Differenzierung zwischen klagestattgebenden und klageabweisenden Urteilen gemacht werden muss. Zum Teil wird allein im Rahmen von klageabweisenden Urteilen eine Ausnahme von dem Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung gefordert, da der Strafrichter nicht befugt sei, über eine Strafe nach § 170 I StGB zu erzwingen, was im Zivilrechtsweg nicht durchsetzbar ist.²⁷⁰ Auf der anderen Seite wird eine Differenzierung in diesem Bereich – zu Recht – abgelehnt.²⁷¹ Andernfalls müsste mit Rekurs auf den Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung auch dem stattgebenden Urteil Bindungswirkung zuerkannt werden, damit sich der Unterhaltsberechtigte darauf verlassen könnte, dass sein Lebensunterhalt in jedem Fall strafrechtlich gesichert ist.²⁷² Zudem wäre es unbefriedigend, weil rechtsmissbräuchlich, wenn sich ein Unterhaltsschuldner, der ein klageabweisendes Unterhaltsurteil mit unwahren, vom Kläger jedoch nicht widerlegbaren oder wiederlegten Angaben rechtskräftig erstritten hat, auf diese Klageabweisung zu seinen Gunsten auch vor dem Strafrichter berufen könnte.²⁷³

bb) Bindung des Strafrichters an rechtskräftige Zivilurteile

Die Befürworter einer Bindung des Strafrichters an rechtskräftige Zivilurteile machen geltend, es komme im Einzelfall zu gravierenden Diskrepanzen zwischen der straf- und zivilrechtlichen Judikatur und es entstehe eine widersprüchliche Rechtslage. Die Einheit der Rechtsordnung müsse aber Vorrang vor den grundle-

²⁶⁹ Vgl. hierzu B.II.3.a).

²⁷⁰ Sch/Sch/Bosch/Schittenhelm, § 170 Rn. 13; LK-StGB/Dippel, § 170 Rn. 28.

²⁷¹ Etwa von Lacker/Kühl/Heger, § 170 Rn. 3; MüKo-StGB/Ritscher, § 170 Rn. 32; SK-StGB/Schall, § 170 Rn. 26; BeckOK/Heuchemer, § 170 Rn. 13.1, dann soll allerdings regelmäßig ein Tatbestandsirrtum nach § 16 I 1 StGB vorliegen.

²⁷² SK-StGB/Schall, § 170 Rn. 26.

²⁷³ SK-StGB/Schall, § 170 Rn. 26; LK-StGB/Dippel, § 170 Rn. 28.

genden strafprozessualen Maximen der Amtsermittlung und der „materiellen Wahrheitsermittlung“ haben.²⁷⁴

Tatsächlich kann es zum einen zu der Konstellation kommen, dass der Angeklagte in einem vorausgegangenen Zivilprozess ein Urteil erstritten hat, das den Anspruch auf Unterhaltsleistungen seitens des Angeklagten rechtskräftig abweist, während er in seinem Strafverfahren wegen Unterhaltspflichtverletzung nach § 170 I StGB wegen Nichterfüllung des Unterhaltsanspruchs verurteilt wird. Zwar wird in diesem Fall regelmäßig der Vorsatz des Angeklagten, der zuvor ein abweisendes Unterhaltsurteil erstritten hat, fehlen oder jedenfalls ein unvermeidbarer Verbotsirrtum vorliegen. Indessen muss das nicht immer so sein. Man denke etwa an den Fall des durch bewusste Manipulationen erschlichenen Zivilurteils, in dem der Vorsatz in Bezug auf den Verhaltensnormverstoß ebenso gegeben ist wie ein Verbotsirrtum fehlt. Außerdem ist an den Fall zu denken, in dem der Angeklagte in einem dem Zivilprozess nachfolgenden Strafverfahren über die zutreffende Rechtslage informiert worden ist, so dass er für den anschließenden Zeitraum das Vorsatzerfordernis durchaus erfüllt. Zudem kann es zum umgekehrten Fall kommen, dass trotz eines die Unterhaltspflicht verneinenden, den Angeklagten freisprechenden Strafurteils, Zahlung des Unterhalts aus einem anderslautenden Zivilurteil gefordert werden kann. Beide Konstellationen erscheinen auf den ersten Blick widersprüchlich, weil das eine Urteil jeweils das Bestehen der Unterhaltspflicht bejaht, während das andere Urteil das Bestehen der Unterhaltspflicht verneint.

Nach *Schwab* verhindere der Strafrichter durch eine Verurteilung, dass sich der Verurteilte dem rechtskräftigen Zivilurteil gemäß verhalten kann und greife damit in die Rechtskraftwirkung des Zivilurteils ein.²⁷⁵ Auch *Eggert* meint, dass das Verhalten des Täters nach rechtskräftiger Verneinung der Unterhaltspflicht mit der Gesamtrechtsordnung in Einklang stehe, wenn er sich dem im Rechtsstreit unterlegenen Kläger gegenüber völlig passiv verhalte. Der Grundsatz der Akzessorietät verbiete es, von strafrechtlichem Unrecht zu reden, wo der Zivilrichter einem Recht jede Schutz- und Durchsetzungsmöglichkeit genommen habe.²⁷⁶ Dies gelte jedenfalls in den Grenzen der Rechtskraft des Urteils und damit so lange, wie sich die tatsächlichen Verhältnisse zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung nicht wesentlich ändern.²⁷⁷

Schwab ist im Ergebnis der Ansicht, dass die Kollision zwischen der Ermittlung der Wahrheit im Strafprozess und der Möglichkeit der Parteien, dem Zivilurteil nachzuleben, in den zuvor skizzierten Fällen zugunsten letzterer entschieden werden müsse. Der Strafrichter sei bei seiner Wahrheitsermittlung an die ihm durch das Gesetz gezogenen Grenzen gebunden. Eine derartige Beschränkung der Ermitt-

²⁷⁴ Vgl. etwa *Eggert*, Der strafrechtliche Schutz des gesetzlichen Unterhaltsberechtigten, S. 205 ff.; *Schwab*, NJW 1960, 2169 (2172 f.).

²⁷⁵ *Schwab*, NJW 1960, 2169 (2172).

²⁷⁶ *Eggert*, Der strafrechtliche Schutz des gesetzlichen Unterhaltsberechtigten, S. 205.

²⁷⁷ *Eggert*, Der strafrechtliche Schutz des gesetzlichen Unterhaltsberechtigten, S. 206 f.

lungstätigkeit finde sich in der in § 322 ZPO verankerten prozessualen Rechtskraft.²⁷⁸

Diese Argumentation *Schwabs* vermag nicht zu überzeugen: Die von ihm herangezogene Vorschrift des Zivilprozessrechts hat keineswegs den Zweck, einen Gleichlauf von zivil- und strafrechtlichen Entscheidungen sicherzustellen. Zweck der materiellen Rechtskraft ist zunächst, dass Sachentscheidungen eines Gerichts dauernde innere Bestandskraft entfalten und dem Streit zwischen den Parteien ein Ende bereiten. Daneben soll die Funktionsfähigkeit der Gerichte durch Vermeidung wiederholter Beschäftigung mit der gleichen Streitsache gewahrt sowie die Autorität der Gerichte geschützt werden.²⁷⁹ Diese Zwecke greifen aber nur in den Grenzen der Zivilgerichtsbarkeit. Die Bestandskraft des Zivilurteils wird durch ein anderslautendes Strafurteil nicht berührt. Auch die Intention, dass unter den Parteien der Rechtsstreit endgültig beendet werden soll, wird nicht durch eine Befassung des Strafrichters mit dem Unterhaltsanspruch konterkariert. Das wäre nur dann der Fall, wenn das Strafgericht über denselben Streitgegenstand erneut entscheiden würde.

Es stellt sich damit die Frage, ob das Unterlassen der Zahlung von Unterhalt, das von der Zivilrechtsordnung zumindest geduldet (hingenommen) wird, dennoch als strafwürdiges Unrecht angesehen werden kann. Dabei geht es um die Einheit der Rechtsausübung und Rechtsklarheit für den betroffenen Bürger.

Tatsächlich sind die jeweiligen Streitgegenstände im Zivil- und im Strafprozess vollkommen verschieden: Das Zivilgericht entscheidet – von Sonderfällen abgesehen – über das Bestehen oder Nichtbestehen eines zivilgerichtlich durchsetzbaren Zahlungsanspruchs. Demgegenüber entscheidet das Strafgericht, ob der Angeklagte als Person wegen Unterhaltungspflichtverletzung schuldig zu sprechen ist. Voraussetzung dafür ist, dass der Angeklagte gegen eine tatbestandsspezifische Verhaltensnorm verstoßen hat, die von § 170 I StGB in Bezug genommen wird, und dass auch die sonstigen Sanktionsvoraussetzungen erfüllt sind. Die Feststellung eines zivilgerichtlich durchsetzbaren Unterhaltsanspruchs ist im Strafprozess nicht der Gegenstand einer in Rechtskraft erwachsenden Entscheidung. Ebensowenig entscheidet das Zivilgericht – gar in rechtskraftfähiger Weise – über die Strafbarkeit oder Strafflosigkeit des Beklagten. Von einer „wiederholten“ Beschäftigung der Gerichte mit der „gleichen“ Streitsache kann folglich nicht gesprochen werden.²⁸⁰ Das Strafgericht entscheidet erstmalig, ob sich ein präsumtiver Täter nach § 170 I StGB strafbar gemacht hat. Dass für eine Strafbarkeit tatbestandlich das Bestehen einer Unterhaltungspflicht Voraussetzung ist, die nach den Regeln des materiellen Zivilrechts zu beurteilen ist, ändert hieran nichts.

²⁷⁸ *Schwab*, NJW 1960, 2169 (2172 f.)

²⁷⁹ MüKo-ZPO/Gottwald, § 322 Rn. 2 ff.

²⁸⁰ Im Strafprozess stehen sich schon keine Parteien gegenüber und der zivilrechtliche Streit ist und bleibt endgültig beendet. Zivil- und Strafprozess bauen außerdem auf unterschiedlichen Grundgedanken auf.

Die angesprochene Problematik der Bindungswirkung bestimmter Entscheidungen stellt sich nicht nur im hier interessierenden Kontext der Unterhaltspflichtverletzung als Straftat. Entsprechende Schwierigkeiten treten beispielsweise auch im Umweltstrafrecht auf. Wird etwa eine fehlerhafte, aber nach verwaltungsrechtlichen Grundsätzen wirksame Genehmigung für eine Umweltbeeinträchtigung erteilt, schließt diese nicht ohne weiteres eine Strafbarkeit aus. Eine entsprechende umfassende „Verwaltungsaktsakzessorietät“ besteht nicht.²⁸¹ Auch in diesem Fall stellt die Entscheidung des Strafrichters die Einheit der Rechtsordnung nicht in Frage. Der Strafrichter entscheidet nicht über einen möglichen Widerruf oder eine Rücknahme eines Verwaltungsaktes, sondern über die Strafbarkeit nach einer bestimmten Strafnorm. Hierbei hat der Strafrichter zu beachten, dass der Bürger sein Verhalten grundsätzlich an einer von der Behörde erteilten Genehmigung orientieren darf.²⁸² Der Verwaltungsakt entfaltet hingegen keine Bindungswirkung für den Strafrichter. Fehlt es an einem schutzwürdigen Vertrauen des Bürgers in die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes, ist der Strafrichter daher nicht gehalten, sich

²⁸¹ Ausführlich hierzu *Frisch*, Verwaltungsakzessorietät und Tatbestandsverständnis im Umweltstrafrecht, S.11 ff.; 69 ff. Zu unterscheiden ist die Verwaltungsaktsakzessorietät zunächst von der Verwaltungsrechtsakzessorietät. Bei der Verwaltungsrechtsakzessorietät geht es um die Anbindung des Umweltstrafrechts an das zutreffend konkretisierte materielle Umweltverwaltungsrecht. Demgegenüber betrifft die Verwaltungsaktsakzessorietät nur einen kleinen Ausschnitt der Rechtswirkungen von Verwaltungsentscheidungen (Anfechtbarkeit, Nichtigkeit, Bestandskraft, Widerruf und Rücknahme ex nunc oder ex tunc) bzw. darum, ob und unter welchen Bedingungen man sich an einer bestimmten Verwaltungsentscheidung orientieren darf oder muss.

Nach *Frisch*, Verwaltungsakzessorietät und Tatbestandsverständnis im Umweltstrafrecht, S. 60 ff.; 72 f., 87 ff., kommt es auch hier auf die zutreffende Konkretisierung der rechtlich maßgeblichen Verhaltensordnung an. Dabei ist zu berücksichtigen, dass dem Verhalten des Einzelnen die Entscheidung einer verantwortlichen Behörde vorgeschaltet ist, die dem Bürger grundsätzlich als Verhaltensorientierung dient. Damit verstößt derjenige, der einer Genehmigung im Vertrauen auf ihre Richtigkeit nachlebt, schon nicht gegen eine Verhaltensnorm. Weiß der Handelnde allerdings, dass er mit seinem Verhalten gegen umweltverwaltungsrechtliche Vorschriften verstößt – etwa weil er die Genehmigung durch Täuschung, Drohung oder Bestechung erlangt hat – kann der Strafrichter trotz des bestehenden Verwaltungsaktes zu einer Strafbarkeit gelangen. Nach a. A. besteht grds. eine „Verwaltungsaktsakzessorietät“, sodass auch in strafrechtlicher Hinsicht allein die Wirksamkeit der behördlichen Erlaubnis maßgebend sein soll. Insbesondere zur Einheit der Rechtsordnung sei eine wirksame (wenn auch rechtswidrige) Genehmigung für das Strafrecht beachtlich, vgl. etwa *Breuer*, NJW 1988, 2072 (2080); *Dölling*, JZ 1985, 461 (469). Einschränkungen werden teilweise bei missbräuchlicher Rechtsausübung, etwa bei in Kenntnis ihrer Fehlerhaftigkeit erschlrichener Genehmigung durch Täuschung, Bestechung und Drohung gemacht, *Dölling*, JZ 1985, 461 (469); vgl. auch *Ostendorf*, JZ 1981, 165 (174 f.). Die Genehmigung ist entweder negatives Tatbestandsmerkmal oder Rechtfertigungsgrund, *Rengier*, ZStW 101 (1989), 874 (878 ff.). Zur Verwaltungsrechtsakzessorietät insb. im Steuerstrafrecht vgl. auch *Kirchhof*, NJW 1985, 2977 (2982 f.).

²⁸² Vgl. hierzu insb. die Ausführungen von *Frisch*, Verwaltungsakzessorietät und Tatbestandsverständnis im Umweltstrafrecht, S. 60 ff. Nach diesem lässt sich die jeweilige Verhaltensnorm in Fällen vorgeschalteter Behördenentscheidungen nur unter Einbeziehung des Inhalts dieser Entscheidungen konturieren, *Frisch*, Verwaltungsakzessorietät und Tatbestandsverständnis im Umweltstrafrecht, S. 63.

an dem formell bestandskräftigen Verwaltungsakt zu orientieren.²⁸³ Vielmehr muss er eine selbstständige Prüfung der Strafbarkeit des präsumtiven Täters vornehmen und in diesem Zusammenhang klären, ob dieser sein Verhalten an einer bestimmten Verwaltungsentscheidung ausrichten durfte. Es wäre etwa evident sachwidrig, eine solche Verhaltensmaßgeblichkeit eines Verwaltungsakts zu bejahen, der nach den einschlägigen Regeln des Verwaltungsrechts ex tunc zurückgenommen werden kann.²⁸⁴ Nicht anders verhält es sich im hier interessierenden Zusammenhang unterhaltsrechtlicher Entscheidungen.

Letztlich ist die Tatsache, dass es ohne eine Bindung des Strafrichters an rechtskräftige Urteile zu unterschiedlichen Ergebnissen im Unterhalts- und im Strafverfahren kommen kann, Konsequenz der Vorfragenkompetenz nach § 262 I StPO, die – wie bereits aufgezeigt²⁸⁵ – grundsätzlich beim Strafrichter liegt. Nur im Ausnahmefall, etwa im Rahmen von Statusentscheidungen, ist eine Bindung des Strafrichters an die getroffene Entscheidung, entgegen der Grundsatzentscheidung des § 262 I StPO, legitimierbar. Und selbst bei diesem Ausnahmefall haben die Überlegungen zur angemessenen Beschränkung der Rückwirkung ergeben, dass die Entscheidung des Strafrichters über die Strafbarkeit selbstständig zu konkretisierende Voraussetzungen hat.

c) Zwischenergebnis

Damit ist Folgendes festzuhalten:

1. Der Strafrichter ist an familienrechtliche Statusurteile und Statusentscheidungen, die im Rahmen eines zivilrechtlichen Unterhaltsprozesses inzident getroffen werden, gebunden. Es handelt sich um eine Ausnahme von der grundsätzlich nach § 262 I StPO beim Strafrichter liegenden Vorfragenkompetenz.
2. Hingegen ist der Strafrichter nicht an Unterhaltsentscheidungen gebunden, sondern hat selbstständig das Bestehen und die Höhe der gesetzlichen Unterhaltspflicht zu ermitteln.

Im Ergebnis besteht damit keine Bindung des Strafrichters an rechtskräftige Unterhaltsurteile. Es ist daher umso wichtiger, genau zu beleuchten, welche Möglichkeiten dem Strafrichter zur Verfügung stehen, um zu einer ausreichenden Tatsachenbasis zu gelangen, die ihm eine eigenständige und in der Sache zutreffende Entscheidung überhaupt erst ermöglicht. Bevor aber der Richter ein Urteil zu fällen hat, ist es zunächst Aufgabe der Staatsanwaltschaft, das Ermittlungsverfahren durchzuführen. Ihr fällt der erste und umfangreichste Zugriff hinsichtlich der Tatsacheermittlung zu. Die im Folgenden beleuchteten Ermittlungsmaßnahmen wer-

²⁸³ Vgl. *Frisch*, Verwaltungsakzessorietät und Tatbestandsverständnis im Umweltstrafrecht, S. 74.

²⁸⁴ Insb. nach der allgemeinen Rücknahmebefugnis nach § 48 VwVfG.

²⁸⁵ Vgl. näher unter B.II.2.

den damit zum Großteil bereits von der Staatsanwaltschaft und ihren Ermittlungsbeamten durchgeführt.

III. Ermittlungsansätze für Staatsanwaltschaft, Ermittlungsbeamte und Strafrichter

Den dargestellten hohen Anforderungen an die richterlichen Ausführungen zu den Einkommens- und Vermögensverhältnissen von Unterhaltsschuldner und Unterhaltsberechtigtem stehen die – jedenfalls auf den ersten Blick – vergleichsweise begrenzten strafprozessualen Aufklärungsinstrumente gegenüber. Beispielsweise kann wegen des § 30 der Abgabenordnung zugrundeliegenden Steuergeheimnisses in der Regel nicht auf Daten aus einem Besteuerungsverfahren zugegriffen werden. Stimmt der präsumtive Täter des § 170 I StGB einer Offenbarung oder Verwertung seiner geschützten Daten nach § 30 IV Nr. 3 AO nicht zu, schließt das Steuergeheimnis neben der Beschlagnahme der Steuerakten bei den Steuerbehörden auch die Auskunftserteilung bezüglich der enthaltenen Daten seitens der Mitarbeiter der Steuerbehörden aus.²⁸⁶ Daher ist es umso wichtiger, einen genauen Blick auf die Möglichkeiten zu werfen, die der Strafrichter bzw. primär vorgelagert die Staatsanwaltschaft und ihre Ermittlungsbeamten haben, um sich eine möglichst breite Tatsachengrundlage zu den Einkommens- und Vermögensverhältnissen des Unterschuldners zu verschaffen, um auf dieser Grundlage das Urteil tragfähig und revisionsfest begründen zu können.²⁸⁷ In diesem Zusammenhang soll auch die Reichweite des Steuergeheimnisses einer kritischen Untersuchung unterzogen werden und ein Vorschlag de lege ferenda unterbreitet werden, der die Verwendung von Steuerdaten in einem Verfahren nach § 170 I StGB erlaubt.

1. Zivilurteile und unterhaltsrechtliche Leitlinien

Existiert bereits ein zivilrechtliches Urteil, können Staatsanwälte und Richter die Akten bei dem jeweiligen Gericht anfordern. Einem vorangegangenen gut begründeten Zivilurteil kann der Strafrichter bei seinen Erwägungen zum Umfang der Unterhaltungspflicht maßgebende Bedeutung beimessen.²⁸⁸ Eine frühere rechtskräftige Verurteilung zur Leistung von Unterhalt durch das Zivilgericht reicht als Grundlage für eine Bestrafung aus § 170 I StGB zwar nicht aus.²⁸⁹ Die Begründung des Zi-

²⁸⁶ OLG Celle Beschluss vom 19.04.2011 – 32 Ss 37/11, Rn. 15.

²⁸⁷ *Hillenbrand*, NZFam 2020, 545, weist zurecht darauf hin, dass eine rechtsfehlerfreie Anwendung des § 170 I StGB nicht nur „fachfremde“ Kenntnisse im Unterhaltsrecht erfordert, sondern auch umfangreiche, oftmals nur schwer zu treffende und mit einem ganz erheblichen Ermittlungsaufwand verbundene Sachverhaltsfeststellungen.

²⁸⁸ LK-StGB/*Dippel*, § 170 Rn. 28; Lackner/Kühl/*Heger*, § 170 Rn. 3.

²⁸⁹ Der Strafrichter muss eigenständig Bestehen und Umfang der Unterhaltungspflicht feststellen, eine Bindungswirkung besteht nicht, vgl. hierzu ausführlich B.II.3.

vilurteils kann allerdings als – möglicherweise ausschlaggebendes – Beweismittel im Rahmen der Prüfung des Umfangs der Unterhaltspflicht herangezogen werden.²⁹⁰ Das OLG Celle konstatiert in einem Urteil, dass die Tatgerichte den Anforderungen an die Feststellung der unterhaltsrechtlich bedeutsamen Einkommensverhältnisse des Unterhaltsschuldners im Regelfall dadurch genügen, dass sie die vom Familiengericht festgestellten Tatsachen über Bestehen und Höhe der Unterhaltspflicht einer selbstständigen Überprüfung unterziehen. Sofern sich bei dieser keine Anhaltspunkte für unterhaltsrechtlich relevante Veränderungen der wirtschaftlichen Verhältnisse des angeklagten Unterhaltsschuldners für das Strafverfahren ergeben, bedürfe es regelmäßig keiner tatrichterlichen Feststellungen, die über die selbstständige Überprüfung und Wiedergabe der familiengerichtlichen Erkenntnisse sowie der zugrundeliegenden tatsächlichen Feststellungen und rechtlichen Erwägungen hinausgingen.²⁹¹ Diese Erleichterung greift selbstredend dann nicht, wenn kein vorangegangenes (zivil-)gerichtliches Urteil existiert. Besonders wichtig ist bei dieser Vorgehensweise, in dem Urteil deutlich darzustellen, dass nicht etwa eine Bindung an das vorangegangene Zivilurteil angenommen wird, indem lediglich auf dieses verwiesen wird. Vielmehr ist erforderlich, dass die vom Zivilgericht festgestellten Tatsachen – die im Urteil zu nennen sind – einer strafrichterlichen Überprüfung standhalten und als Tatsachenbasis für eine Verurteilung ausreichen. Diese semantischen Feinheiten ändern zwar am Ergebnis des Urteils nichts. Sie sind aber relevant, damit das Urteil in einem möglicherweise folgenden Revisionsverfahren nicht – letztlich allein aus sprachlicher Ungenauigkeit – aufgehoben wird.

Daneben können sich die Ermittlungsbehörden und Gerichte an den unterhaltsrechtlichen Leitlinien und Tabellen der Oberlandesgerichte²⁹² (sog. Düsseldorfer Tabelle²⁹³ beim Kindesunterhalt) zur Bestimmung der Höhe der Bedürftigkeit des Unterhaltsberechtigten und der Leistungsfähigkeit des Unterhaltsverpflichteten orientieren.²⁹⁴ Werden diese zur Bestimmung der Höhe des Unterhalts herangezogen, müssen sie im Strafurteil angegeben werden und bei Abweichungen im Einzelfall hat der Strafrichter auch diesen ausreichend Rechnung zu tragen.²⁹⁵ Hilfreich bei der Berechnung des Unterhaltes sind zudem die Unterhaltsgrundsätze der Oberlandes-

²⁹⁰ BGH NJW 1954, 81 (82); LK-StGB/Dippel, § 170 Rn. 28; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT II, § 63 Rn. 32; *Kaiser*, NJW 1972, 1847 (1848).

²⁹¹ OLG Celle Beschluss vom 19.04.2011 – 32 Ss 37/11, Rn. 15; *Krumm*, NZFam 2015, 54 f.

²⁹² Vgl. zu den Tabellen und Leitlinien näher Prütting/Wegen/Weinreich/Soyka, Vor § 160I ff. Rn. 12 ff.

²⁹³ https://www.olg-duesseldorf.nrw.de/infos/Duesseldorfer_Tabelle/Tabelle-2021/index.php.

²⁹⁴ OLG Celle, Beschluss vom 19.04.2011 – 32 Ss 37/11, Rn. 13; *Sch/Sch/Bosch/Schittenhelm*, § 170 Rn. 20; *Krumm*, NZFam 2015, 54 (55); *Hillenbrand*, NZFam 2020, 545 (546 f.).

²⁹⁵ *Krumm*, NZFam 2015, 54 (55); OLG München, Beschluss vom 02.09.2008 – 5 St RR 160/08 Rn. 6; OLG Celle, Beschluss vom 19.04.2011 – 32 Ss 37/11 Rn. 13; OLG Koblenz, Beschluss vom 3.11.2010 – 2 Ss 184/10.

gerichte, beispielsweise des OLG Frankfurt²⁹⁶ Die Unterhaltsgrundsätze enthalten detaillierte Ausführungen hinsichtlich des unterhaltsrechtlich maßgebenden Einkommens, der Berechnung des Kindesunterhalts, des Ehegattenunterhalts und weiterer Unterhaltsansprüche sowie der Leistungsfähigkeit und des Vorgehens bei einem Mangelfall. Daneben sind im Anhang Rechenbeispiele aufgeführt.

2. Ermittlungstechnische Maßnahmen

Die Einbeziehung eines ggf. vorangegangenen zivilgerichtlichen Urteils sowie der unterhaltsrechtlichen Leitlinien und Tabellen der Oberlandesgerichte kann den Ermittlungen förderlich sein. Darüber hinaus steht der Staatsanwaltschaft und ihren Ermittlungsbehörden ein breites Instrumentarium an Ermittlungsmaßnahmen nach der StPO zur Verfügung, das sie ausschöpfen können. Die zur Ermittlung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Unterhaltsschuldners relevantesten Ermittlungsmaßnahmen sollen im Folgenden dargestellt werden. Sie stellen allerdings lediglich einen Überblick über die typischerweise erfolgversprechendsten Maßnahmen dar und erfassen nicht jede denkbare Konstellation. So kann im Einzelfall eine bestimmte Maßnahme, etwa aufgrund von Verhältnismäßigkeitsaspekten, unzulässig sein. Andererseits kann es in untypischen Konstellationen, in denen die gängigen Maßnahmen nicht zielführend sind, notwendig sein, zu „kreativen“ Ermittlungsmaßnahmen zu greifen.

Das staatsanwaltschaftliche Ermittlungsverfahren wird regelmäßig eingeleitet, nachdem der Unterhaltsberechtigte, bei minderjährigen Kindern dessen Erziehungsberechtigter, oder die Unterhaltsvorschusskasse Strafanzeige erstattet haben. Zusammen mit ihren Ermittlungspersonen kann die Staatsanwaltschaft sodann insbesondere die folgenden Maßnahmen durchführen.

a) Vernehmung der betroffenen Zeugen

Erster Ansatzpunkt der Ermittlungen ist die Vernehmung der betroffenen Zeugen, also des Unterhaltsberechtigten, beziehungsweise bei Kindern auch deren Erziehungsberechtigte. Bestenfalls können diese bereits Auskunft über mögliche Arbeitstätigkeit oder Arbeitslosigkeit, Berufsausbildungen, Arbeits- und Vermögensverhältnisse und den Aufenthaltsort des Unterhaltsschuldners geben, die dann als Anknüpfungspunkt weiterer Ermittlungen dienen können. Die Verpflichtung, als Zeuge auf Ladung vor der Staatsanwaltschaft zu erscheinen und zur Sache auszusagen, findet sich in § 161a StPO.

²⁹⁶ Sie sind in der jeweils aktuellen Fassung abrufbar, für das OLG Frankfurt unter <https://ordentliche-gerichtsbarkeit.hessen.de/OLG-Frankfurt>.

b) BaFin-Anfragen

Bei der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) können sogenannte BaFin-Anfragen gestellt werden. Die BaFin erteilt Auskunft über die Konten, die der Unterhaltsschuldner führt, sowie über Konten, über die der Unterhaltsschuldner Verfügungsbefugnis besitzt. Die Strafverfolgungsbehörden können ihren Auskunftsanspruch bezüglich der Kontoinformationen eines Unterhaltsschuldners auf § 24c III 1 Nr. 2 KWG stützen.²⁹⁷

c) Konto-Abfragen/Bankanfragen

Wenn bekannt ist, bei welchen Banken der Unterhaltsschuldner Konten oder Verfügungsbefugnis über Konten hat, kann – gestützt auf die allgemeine Ermittlungsbefugnis nach § 161 I StPO – bei dem jeweiligen kontoführenden Kreditinstitut eine Kontoabfrage gestellt werden.²⁹⁸ Damit erlangen die Ermittlungsbehörden Zugriff auf Kontoinhalte, insbesondere Konto-/Umsatzübersichten, die etwa den Eingang von Lohnzahlungen enthalten können. Die Anfrage kann sich auch auf das Bestehen weiterer Konten des Kontoinhabers richten.

d) Durchsuchungen nach §§ 102, 103 StPO

Relevante Daten können – insbesondere wenn es sich bei den Unterhaltsschuldnern um Freiberufler handelt – auch anhand von Durchsuchungen nach den Regelungen der §§ 102, 103 StPO erlangt werden. Wohnung i. S. d. § 102 StPO können auch Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräume sein.²⁹⁹ Dabei können neben schriftlichen Unterlagen – beispielhaft werden Rechnungen, Steuerbescheide und Honorarabrechnungen genannt³⁰⁰ – auch technische Hilfsmittel wie Smartphones und Laptops wichtige Informationen hinsichtlich der Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Unterhaltsschuldners enthalten und für die Ermittlung der Leistungsfähigkeit relevant sein. Neben der Durchsuchung der Wohnung des Betroffenen selbst können auf Grundlage des § 103 StPO auch Wohnungen Dritter,

²⁹⁷ Vgl. zur Verfassungsmäßigkeit der Norm BVerfGE 118, 168.

²⁹⁸ Öffentlich-rechtliche Kreditinstitute haben dem Auskunftsverlangen der Staatsanwaltschaft grundsätzlich nachzukommen, bei Privatbanken kann eine Zeugenvernehmung erfolgen; vgl. hierzu BeckOK-StPO/Sackreuther, § 161 Rn. 5, 10; KK-StPO/Griesbaum, § 161 Rn. 8; MüKo-StPO/Kölbel, § 161 Rn. 39 f.

²⁹⁹ BVerfG NJW 1971, 2299 ff.; BeckOK-StPO/Hegmann, § 102 Rn. 8; MüKo-StPO/Hauschild, § 102 Rn. 17; KK-StPO/Bruns, § 102 Rn. 8. Zur Unterscheidung, wann es bei der Durchsuchung von Räumlichkeiten von Unternehmen und juristischen Personen zur Anwendung des § 102 StPO oder des § 103 StPO kommt; vgl. MüKo-StPO/Hauschild, § 102 Rn. 23; § 103 Rn. 5.

³⁰⁰ Ostermann, ZRP 1995, 204 (207).

etwa von Lebensgefährten, durchsucht werden und dem Auffinden relevanter Beweismittel dienen.³⁰¹

Es müssen allerdings die Voraussetzungen einer Wohnungsdurchsuchung nach den §§ 102, 103, 105 StPO vorliegen. Zur Rechtfertigung des mit der Durchsuchung verbundenen Eingriffs in das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung aus Art. 13 I GG und das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG, speziell das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Betroffenen, sind Verdachtsgründe, dass eine Straftat begangen worden ist, erforderlich, die über vage Anhaltspunkte und bloße Vermutungen hinausreichen. Zu diesen Eingriffen muss die Schwere der Tat und die Stärke des Tatverdachts in einem angemessenen Verhältnis stehen.³⁰² Zudem setzt die Möglichkeit zur Durchsuchung das Bestehen eines Verdachts bereits voraus, sie darf nicht erst der Ermittlung von Tatsachen dienen, die zu dessen Begründung erforderlich sind.³⁰³ Nicht zuletzt müssen zur Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zunächst (sofern vorhanden) mildere andere Ermittlungsansätze verfolgt werden.³⁰⁴ Liegen ausreichend Anhaltspunkte für die Begründung eines entsprechend starken Anfangsverdachts, insbesondere hinsichtlich der Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners, vor und werden die übrigen Verfahrensanforderungen beachtet, ist die Anordnung und Durchführung einer Durchsuchung rechtmäßig.

e) Arbeitgeberanfragen

Steht der Unterhaltsschuldner in einem Beschäftigungsverhältnis kann die Staatsanwaltschaft – gestützt auf § 161 I StPO – von dem Arbeitgeber Auskünfte über die Einkommensverhältnisse und den Tätigkeitsbereich des Unterhaltsschuldners anfordern.

f) Gewerberegisteranfrage

Betreibt der Unterhaltsschuldner selbstständig ein Gewerbe, hat er dieses nach § 14 GewO der zuständigen Behörde anzuzeigen. In diesem Fall kann die Staatsanwaltschaft Auskunft bezüglich seines Gewerbes über die Gewerbeämter und das Gewerberegister erlangen. Rechtsgrundlage für die Informationsübermittlung ist § 161 I StPO i. V. m. § 150a II Nr. 1 GewO.

³⁰¹ Durchsuchungen bei einem Nichtbeschuldigten unterliegen erhöhten Anforderungen an die Prüfung der Verhältnismäßigkeit; vgl. hierzu MüKo-StPO/Hauschild, § 103 Rn. 16 ff.; BeckOK-StPO/Hegmann, § 103 Rn. 5 f.

³⁰² BVerfG NJW 2006, 976 (980); KK-StPO/Bruns, § 102 Rn. 12.

³⁰³ BVerfG Entscheidung vom 26.10.2011 – 2 BvR 15/11; KK-StPO/Bruns, § 102 Rn. 1.

³⁰⁴ Hillenbrand, NZFam 2020, 545 (547).

g) Kreis-Jobcenter/Anfrage an Arbeitsagenturen

Im Einzelfall kann es auch hilfreich sein, bei dem jeweiligen Kreis-Jobcenter Auskunft darüber zu verlangen, ob der Unterhaltsschuldner innerhalb des betreffenden Zeitraums als arbeitslos gemeldet, gegebenenfalls nicht vermittelbar war oder ob er eine ihm angebotene Stelle ohne sachlichen Grund abgelehnt hat. Wurden Leistungen in Form von Arbeitslosenunterstützung gewährt, können Angaben hinsichtlich der monatlich gewährten beziehungsweise zu gewährenden Beträgen verlangt werden.

h) Anfrage an das Jugendamt

Des Weiteren kann die Staatsanwaltschaft über § 161 I StPO ein Auskunftsverlangen beim Jugendamt über die bei diesen vorliegenden Informationen stellen.

i) Weitere Ermittlungsmaßnahmen

In Betracht kommen im jeweiligen Einzelfall auch weitere Ermittlungsmaßnahmen, wobei diese nur erfolgen dürfen, wenn ihre Voraussetzungen erfüllt sind und ihr Einsatz insbesondere verhältnismäßig ist.

Denkbar ist beispielsweise eine längerfristige Observation des Unterhaltsschuldners nach § 163f StPO. Voraussetzung ist hierbei aber zunächst das Vorliegen einer Straftat von erheblicher Bedeutung. Dabei ist die Zulässigkeit der Maßnahme bewusst nicht an einen expliziten Straftatenkatalog geknüpft worden, vielmehr kann sie grundsätzlich in fast allen Kriminalitätsbereichen angewandt werden.³⁰⁵ Des Weiteren ist die Subsidiaritätsklausel nach § 163f I 2 StPO zu beachten, sodass eine längerfristige Observation nur zulässig ist, wenn die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters auf andere Weise erheblich weniger Erfolg versprechend oder wesentlich erschwert wäre.³⁰⁶ Dies ist insbesondere in Fällen denkbar, in denen der Verdacht besteht, dass der Unterhaltsschuldner relevante Einkünfte aus Schwarzarbeit erzielt.

Eine Telekommunikationsüberwachung nach § 100a StPO ist hingegen nicht möglich, da § 170 I StGB keine katalogmäßig aufgeführte „schwere Straftat“ i. S. d. § 100a II StPO ist.

Die Verkehrsdatenerhebung nach § 100g StPO nimmt zwar Bezug auf die Katalogtaten des § 100a II StPO. Der Katalog ist bei der Erhebung von Verkehrsdaten aber nicht abschließend.³⁰⁷ Die darin aufgeführten Straftaten geben allerdings An-

³⁰⁵ BeckOK-StPO/von Häfen, § 163 f. Rn. 6; KK-StPO/Moldenhauer, § 163 f. Rn. 15.

³⁰⁶ Zur Subsidiaritätsklausel näher MüKo-StPO/Günther, § 163f Rn. 17 ff.; KK-StPO/Moldenhauer, § 163f Rn. 16f.

³⁰⁷ Dies lässt sich bereits der Formulierung „insbesondere“ entnehmen, vgl. KK-StPO/Bruns, § 100g Rn. 5; BeckOK-StPO/Bär, § 100g Rn. 7.

haltspunkte für die rechtliche Bewertung, ob eine Straftat von erheblicher Bedeutung i. S. d. § 100g I 1 Nr. 1 StPO vorliegt, wobei das Gewicht des Eingriffs hinter dem einer Telefonüberwachung zurückbleibt, sodass die Anforderungen an die schwere der präsumtiv begangenen Straftat leicht unterhalb derer des § 100a StPO liegen.³⁰⁸ Dies lässt einen gewissen Spielraum in besonders schwerwiegenden Einzelfällen der strafbaren Verletzung der Unterhaltspflicht nach § 170 I StGB.

3. Steuerdaten

Eine weitere Möglichkeit, um in einem Verfahren nach § 170 I StGB Aufschluss über die zur Verurteilung erforderlichen Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Unterhaltsschuldners zu erlangen, könnte der Zugriff auf Steuerdaten des Unterhaltsschuldners darstellen.

Wie einleitend bereits erwähnt, kann nach geltender Rechtslage zur Ermittlung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse des präsumtiven Täters regelmäßig nicht auf bei den Steuerbehörden vorhandene Informationen zugegriffen werden. Dem steht das in Deutschland in § 30 AO verankerte Steuergeheimnis entgegen. Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn ausnahmsweise die Zustimmung des Betroffenen gem. § 30 IV Nr. 3 AO oder ein anderer Ausnahmetatbestand nach § 30 IV AO vorliegt³⁰⁹ und die Verwendung im Strafverfahren nicht nach § 393 II 1 AO ausgeschlossen ist.

Im folgenden Abschnitt wird in einem ersten Schritt auf den Sinn und Zweck des Steuergeheimnisses sowie auf seine grundrechtliche Verbürgung eingegangen. Sodann werden die bis dato bestehenden Ausnahmetatbestände darauf untersucht, ob diese in einem Verfahren nach § 170 I StGB Anwendung finden können. In einem dritten Schritt sollen weitere Möglichkeiten beleuchtet werden – gesetzt dem Fall, dass keiner der de lege lata bestehenden Ausnahmetatbestände eingreift –, auch in einem Strafverfahren nach § 170 I StGB Auskunft über die bei den Steuerbehörden vorhandenen Daten hinsichtlich der Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Unterhaltsschuldners verlangen zu können. Um in Zukunft effektiv auf die bislang vom Steuergeheimnis geschützten Daten im Rahmen eines Prozesses wegen Unterhaltspflichtverletzung zurückgreifen zu können, sind zwei Lösungsmöglichkeiten denkbar. Einerseits könnte – jedenfalls theoretisch – das Steuergeheimnis an sich zugunsten einer in anderen Ländern bereits praktizierten Steuerpublizität gelockert werden. Andererseits, weniger rigoros in die bestehende Rechtslage eingreifend, könnten die §§ 30, 393 II 2 AO um einen weiteren Ausnahmetatbestand ergänzt werden, der einen Zugriff im strafrechtlichen Unterhaltsverfahren zulässt.

³⁰⁸ BVerfGE 107, 299 (322).

³⁰⁹ Was aufgrund der hohen Anforderungen in der Regel nicht der Fall ist, vgl. auch OFD Koblenz S 0130 A – St 351, BeckVerw 060825 sowie OFD Magdeburg S 0130–86 – St 251, BeckVerw 248246.

a) Zweck und verfassungsrechtliche Verankerung des Steuergeheimnisses

Das Steuergeheimnis soll ein Gegenstück zu den weitgehenden Offenbarungspflichten (vgl. insbesondere § 90 AO) des Steuerrechts darstellen und als solches die privaten Geheimhaltungsinteressen des Steuerpflichtigen und anderer zur Auskunftserteilung verpflichteter Person schützen. Zugleich soll zwischen dem Steuerzahler und den Finanzbehörden ein Vertrauensverhältnis geschaffen werden, um die Bereitschaft zur Offenlegung steuerlich relevanter Sachverhalte zu fördern.³¹⁰ Das Bundesverfassungsgericht hat bereits in seiner Entscheidung aus dem Jahr 1984³¹¹, der die Frage zugrunde lag, ob die Bundesregierung, der Bundesminister der Finanzen und der Bundesminister für Wirtschaft dadurch gegen Art. 44 GG verstoßen haben, dass sie die vom Untersuchungsausschuss angeforderten Akten unter Berufung auf das Steuergeheimnis nur unvollständig vorgelegt haben, Folgendes dargelegt: Das Recht auf Wahrung des Steuergeheimnisses habe zwar keinen Grundrechtsrang. Es finde seine grundrechtliche Verankerung aber als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrecht im Recht auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG sowie in Art. 14 GG, gegebenenfalls in Verbindung mit Art. 19 III GG.³¹² Das Gericht führt aus, dass die Angaben, die ein Steuerpflichtiger aufgrund des geltenden Abgabenrechts zu machen hat, weitreichende Einblicke in die persönlichen Verhältnisse, die persönliche Lebensführung (bis hin beispielsweise zu gesundheitlichen Gebrechen, religiösen Bindungen, Ehe- und Familienverhältnissen oder politischen Verbindungen) und in die beruflichen, betrieblichen, unternehmerischen oder sonstigen wirtschaftlichen Verhältnisse ermöglichen würden. Insbesondere das allgemeine Persönlichkeitsrecht verbürge ihren Trägern Schutz gegen unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung oder Weitergabe der auf sie bezogenen, individualisierten oder individualisierbaren Daten. Umfasst werde die Befugnis des Einzelnen grundsätzlich selbst über Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen.³¹³ Diese Verbürgung dürfe nur im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit und unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit eingeschränkt werden und zwar nicht weiter, als zum Schutze der öffentlichen Interessen unerlässlich sei.³¹⁴

Weiter konstatiert das Gericht: Das Verlangen des Staates nach steuerlichen Angaben begründe sich aus dem Umstand, dass der Betroffene am staatlichen Leben teilnehme. Ihm kämen insbesondere Schutz, Ordnung und Leistungen der staatlichen

³¹⁰ BT-Drs. VI/1982 S. 100; BVerfG NJW 1984, 2271 (2275); *Niederdorf*, Die Bedeutung des Steuergeheimnisses für die Tax Compliance, S. 57; BeckOK-AO/*Matthes*, § 30 Rn. 1; Koenig-AO/*Intemann*, § 30 Rn. 1; vgl. ausführlich zum Zweck auch Hübschmann/Hepp/Spitaler/*Alber*, § 30 Rn. 6 ff.

³¹¹ BVerfGE 67, 100 ff.

³¹² Vgl. auch BeckOK-AO/*Matthes*, § 30 Rn. 11; Klein-AO/*Rüsken*, § 30 Rn. 5 ff.; Koenig-AO/*Intemann*, § 30 Rn. 5; MüKo-StPO/*Pflaum*, AO, § 30 Rn. 2; Hübschmann/Hepp/Spitaler/*Alber*, § 30 Rn. 12.

³¹³ BVerfGE 65, 1 (43); BVerfGE 80, 367 (373); BeckOK-GG/*Lang*, Art. 2 Rn. 45a.

³¹⁴ Vgl. hierzu BVerfGE 65, 1 (44).

Gemeinschaft zugute. Deshalb dürfe ihm ein Anteil an den finanziellen Lasten zur Aufrechterhaltung des staatlichen Lebens auferlegt werden. Die Bemessung dieses Lastenanteils nach Maßstäben verhältnismäßiger Gleichheit der Abgabepflicht erfordere die Angabe von Daten, die eine solche Gleichheit der Besteuerung ermöglichen. Aus diesem Grund seien Gesetze zu rechtfertigen, die eine Pflicht zu steuerlichen Angaben auferlegen. Zugleich aber ergäben sich hieraus prinzipielle Grenzen für die Verwendung und Weitergabe solcher Angaben. Das gesetzliche Abgabenrecht verpflichte den Betroffenen, zum Zwecke der Besteuerung Angaben zu machen; zu einer Erhebung, Speicherung, Verwendung oder Weitergabe individualisierter oder individualisierbarer Daten zu anderen Zwecken ermächtigte die Steuergesetze grundsätzlich nicht.³¹⁵

Der Schutz des Steuergeheimnisses geht dabei über rein steuerlich relevante Tatsachen – beispielsweise die Bemessungsgrundlage für die einzelnen Steuerveranlagungen, die Höhe der festgesetzten Steuern und die Höhe etwaiger Rückstände – hinaus und umfasst die gesamte finanzielle und wirtschaftliche Lage des Steuerpflichtigen sowie die Persönlichkeit betreffende Tatsachen, insbesondere soweit sie geeignet sind, das Ansehen und den Ruf des Steuerpflichtigen zu schädigen (Bekanntgabe von Vorstrafen) und gegebenenfalls Familienverhältnisse – folglich alle persönlichen, rechtlichen, wirtschaftlichen und privaten Umstände.³¹⁶ Unter personenbezogene Daten i. S. d. § 30 AO (früher „Verhältnisse“) fallen alle Merkmale einer Person, die sie von ihrer Umwelt abheben und zum Individuum machen; dabei ist ohne Bedeutung, ob den Daten steuerliche Relevanz zukommt.³¹⁷ Für den Begriff der personenbezogenen Daten findet sich zudem eine Legaldefinition in Art. 4 Nr. 1 DS-GVO.³¹⁸ Darüber hinaus werden nicht nur die Daten des Steuerpflichtigen selbst geschützt, sondern die aller Personen, deren personenbezogenen Daten für steuerliche Zwecke verwendet werden.³¹⁹

*b) Durchbrechungsmöglichkeiten de lege lata im Rahmen
eines Verfahrens nach § 170 I StGB*

Damit in einem Strafverfahren wegen Verletzung der Unterhaltspflicht Staatsanwaltschaft und Gericht auf Steuerdaten zugreifen können, muss eine Durchbrechungsmöglichkeit des in § 30 AO verankerten Steuergeheimnisses bestehen und die Verwendung der Daten darf nicht nach § 393 II 1 AO verwehrt sein. In § 30 IV AO sind einige Ausnahmen vom Steuergeheimnis kodifiziert. Ob einer dieser Ausnah-

³¹⁵ BVerfGE 67, 100 (143).

³¹⁶ *Spiegel*, Steuergeheimnis und Strafverfahren, S. 17; BeckOK-AO/Matthes, § 30 Rn. 55.

³¹⁷ *Spiegel*, Steuergeheimnis und Strafverfahren, S. 18.

³¹⁸ Siehe hierzu näher B.III.4.a).

³¹⁹ BeckOK-AO/Matthes, § 30 Rn. 2.

metatbestände im Rahmen eines Verfahrens nach § 170 I StGB eine Durchbrechung des Geheimnisschutzes erlaubt, soll im Folgenden untersucht werden.

aa) § 30 IV Nr. 1 lit. a, lit. b AO

Nach § 30 IV Nr. 1 AO ist die Offenbarung oder Verwendung geschützter Daten zulässig, soweit sie der Durchführung eines Verfahrens im Sinne des Absatzes 2 Nr. 1 Buchstaben a und b dient. Hierzu gehören insbesondere Verwaltungsverfahren, Rechnungsprüfungsverfahren und gerichtliche Verfahren in Steuersachen (Abs. 2 Nr. 1 lit. a) sowie Strafverfahren wegen einer Steuerstraftat oder Bußgeldverfahren wegen einer Steuerordnungswidrigkeit (Abs. 2 Nr. 1 lit. a). Ein Verfahren wegen Unterhaltspflichtverletzung nach § 170 I StGB ist kein steuerliches oder steuerstrafrechtliches Verfahren.

Strittig ist, ob ein befugter Zugriff im Rahmen eines der in Nr. 1 genannten Verfahren eine Zugriffsmöglichkeit auf die Daten für ein in Tateinheit stehenden außersteuerlichen Delikt eröffnet.³²⁰ Unabhängig von der Lösung dieses Konflikts, stellt sich die Frage einer tateinheitlichen oder tatmehrheitlichen Begehung des § 170 I StGB mit einer Steuerstraftat schon gar nicht. Denn die vorwerfbare Nichtleistung des Unterhalts wird nicht durch dieselbe Handlung verwirklicht wie das Steuerdelikt.

Daneben sind auch die in Nr. 1 lit. a und lit. b geregelten Ausnahmen eindeutig nicht einschlägig. Bei diesen geht es um eine Verarbeitung der Daten durch Finanzbehörden nach Maßgabe des § 29c I 1 Nr. 4 oder 6 AO oder um die Durchführung eines Bußgeldverfahrens nach Art. 83 der Verordnung (EU) 679/2016.

bb) § 30 IV Nr. 2 lit. a, b, c AO

Nach § 30 IV Nr. 2 AO ist die Offenbarung und Verwertung geschützter Daten zulässig, sofern sie durch Bundesgesetz ausdrücklich zugelassen ist. Erforderlich ist, dass das Gesetz selbst eindeutig und unmissverständlich eine Durchbrechung des Steuergeheimnisses durch eine Auskunftspflichtung beziehungsweise Auskunftsberechtigung anordnet.³²¹ Eine derartige ausdrückliche bundesgesetzliche Regelung, die den Zugriff auf von § 30 AO geschützte Daten in einem Strafverfahren nach § 170 I StGB zulässt, existiert nach derzeitiger Gesetzeslage nicht. Auch ist die Offenbarung oder Verwertung nicht durch Recht der Europäischen Union vorge-

³²⁰ Hierzu Hübschmann/Hepp/Spitaler/Tormöhlen, § 393 Rn. 160 ff.; *Spiegel*, Steuergeheimnis und Strafverfahren, S. 32; *Ruegenberg*, Das nationale und internationale Steuergeheimnis im Schnittpunkt von Besteuerungs- und Strafverfahren, S. 215 f.; *Heinz*, Steuerrechtliche Mitwirkungspflichten und der Nemo-tenetur-Grundsatz, S. 124 ff.

³²¹ Klein-AO/Rüsken, § 30 Rn. 102; für wichtige Einzelschriften, die eine entsprechende Offenbarungs-/Verwertungsbefugnis i.S.d. § 30 IV Nr. 4 AO enthalten, vgl. auch Klein-AO/Rüsken, § 30 Rn. 110 ff.; *Heinz*, Steuerrechtliche Mitwirkungspflichten und der Nemo-tenetur-Grundsatz, S. 81 f.

schrieben oder zugelassen. Die Voraussetzungen der Nr. 2 lit. b und 2 lit. c liegen daher ebenfalls nicht vor.

cc) § 30 IV Nr. 3 AO

Des Weiteren besteht nach § 30 IV Nr. 3 AO eine Offenbarungs- und Verwertungsbefugnis, sofern die betroffene Person zustimmt. In diesem Fall könnte auch in einem Unterhaltsstrafverfahren nach § 170 I StGB auf die geschützten Daten zugegriffen werden. Diese – theoretisch denkbare – Möglichkeit wird in der Praxis allerdings wenig erfolgversprechend sein. Wer sich pflichtwidrig, trotz bestehender Leistungsfähigkeit seiner Unterhaltspflicht entzieht, wird wohl kaum einen Zugriff auf seine vom Steuergeheimnis geschützten Daten zulassen, insbesondere dann nicht, wenn diese dazu dienen können, das Bestehen seiner Leistungsfähigkeit nachzuweisen.

dd) § 30 IV Nr. 4 AO

Nach § 30 IV Nr. 4 lit. a AO ist die Offenbarung und Verwertung geschützter Daten zulässig, wenn sie der Durchführung eines Strafverfahrens wegen einer Tat dient, die keine Steuerstraftat ist und die Kenntnisse in einem Verfahren wegen einer Steuerstraftat oder Steuerordnungswidrigkeit erlangt worden sind. Der Gesetzgeber ist mit der Einführung dieser Ausnahme dem Ruf nach effektiver Strafverfolgung nachgekommen und hat damit das Steuergeheimnis zu Lasten des Steuerpflichtigen erheblich eingeschränkt.³²² Die Gewährleistung einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege ist eine verfassungsrechtlich verankerte Aufgabe des Staates.³²³ Bei der Ausnahme nach Nr. 4 geht es gerade um den Zugriff im Rahmen von außersteuerlichen Strafverfahren, mithin grundsätzlich auch solcher nach § 170 I StGB. Allerdings wird die Offenbarungs- und Verwertungsbefugnis in Nr. 4 lit. a 2. HS dahingehend eingeschränkt, dass eine solche nicht für Tatsachen gilt, die der Steuerpflichtige in Unkenntnis der Einleitung des Strafverfahrens oder des Bußgeldverfahrens offenbart hat oder die bereits vor Einleitung des Strafverfahrens oder des Bußgeldverfahrens im Besteuerungsverfahren bekannt geworden sind. Durch diese Einschränkung wird sichergestellt, dass dem Steuerpflichtigen gegenüber, der im Besteuerungsverfahren kein Aussageverweigerungsrecht hat, die strafrechtliche Selbstbelastungsfreiheit nach §§ 393 I 1, 397 III AO, § 136 StPO nicht umgangen wird.³²⁴ Aufgrund dieser Einschränkung wird regelmäßig der Ausnahmetatbestand im Rahmen der außersteuerlichen Strafverfolgung nicht erfüllt sein, insbesondere weil es in einem Verfahren nach § 170 I StGB nicht auf eine einzelne spezifische

³²² *Ruegenberg*, Das nationale und internationale Steuergeheimnis im Schnittpunkt von Besteuerungs- und Strafverfahren, S. 73.

³²³ BVerfGE 133, 168 (1999).

³²⁴ Vgl. BeckOK/Matthes, § 30 Rn. 139.1.

Information ankommt, sondern auf die gesamten finanziellen Verhältnisse des Unterhaltsschuldners.

Ebenso wird der Rückgriff auf die geschützten Daten regelmäßig nicht nach § 30 IV Nr. 4 lit. b AO zulässig sein. Voraussetzung wäre, dass entweder keine steuerliche Offenbarungspflicht besteht und sich der Erklärende darüber bewusst ist, zur Angabe nicht verpflichtet zu sein³²⁵ oder dass die Kenntnisse unter Verzicht auf ein Auskunftsverweigerungsrecht erlangt worden sind.

ee) § 30 IV Nr. 5 AO

Nach § 30 IV Nr. 5 AO ist eine Offenbarung oder Verwertung der geschützten Daten zulässig, wenn für sie ein zwingendes öffentliches Interesse besteht. Das Gesetz beinhaltet in Nr. 5 lit. a bis lit. c keine abschließende Aufzählung von Fällen, in denen ein derartiges zwingendes öffentliches Interesse vorliegt, es handelt sich um Regelbeispiele.³²⁶ Ein zwingendes öffentliches Interesse liegt nur dann vor, wenn bei Unterbleiben der Offenbarung und Verwertung die Gefahr schwerer Nachteile für das allgemeine Wohl droht, ein nur allgemeines oder privates Interesse an der Verfolgung einer nichtsteuerlichen Straftat genügt nicht. Vielmehr ist ein zwingendes öffentliches Interesse allein dann anzunehmen, wenn ein unabweisbares Bedürfnis nach Aufklärung und Ahndung besonders schwerwiegender Straftaten besteht.³²⁷ Ein Verfahren nach § 170 I StGB fällt unter keines der genannten Regelbeispiele und wird in der Regel auch nicht unter die Generalklausel zu fassen sein. Indem die Regelbeispiele hohe Anforderungen an das Vorliegen eines zwingenden öffentlichen Interesses stellen, dürfen diese nicht durch die Generalklausel unterlaufen werden. Erforderlich ist, dass der unbenannte Fall in Art, Bedeutung und Schwere mit den benannten Fällen vergleichbar ist. Dabei wird auf das abstrakte Gewicht des sozialschädlichen Verhaltens, die konkrete Schwere der Tat und die Auswirkungen auf die Allgemeinheit als spezifische Folge der Tat in einer Gesamtbetrachtung abgestellt.³²⁸ In den gesetzlich angeführten Beispielskonstellationen wird von der „Abwehr erheblicher Nachteile für das Gemeinwohl“, einer „Gefahr für die öffentliche Sicherheit, die Verteidigung oder die nationale Sicherheit“, der „Verhütung oder Verfolgung von Verbrechen und vorsätzlichen schweren Vergehen gegen Leib oder Leben oder gegen den Staat und seine Einrichtungen“, der „Eignung, die wirtschaftliche Ordnung erheblich zu stören oder das Vertrauen der Allgemeinheit auf die Redlichkeit des geschäftlichen Verkehrs oder auf die ordnungsgemäße Arbeit der Behörden oder der öffentlichen Einrichtungen erheblich zu erschüttern“ gesprochen.

³²⁵ Hierzu BeckOK-AO/Matthes, § 30 Rn. 147.

³²⁶ BeckOK-AO/Matthes, § 30 Rn. 155; Klein-AO/Rüsken, § 30 Rn. 182; *Spriegel*, Steuergeheimnis und Strafverfahren, S. 38 f.

³²⁷ BGH NJW 1982, 1648 (1649); *Ruegenberg*, Das nationale und internationale Steuergeheimnis im Schnittpunkt von Besteuerungs- und Strafverfahren, S. 80 f.

³²⁸ BVerfG NJW 2008, 3489 (3490).

Fraglich ist, ob im Ausnahmefall, durch Zugrundelegung einer eher großzügigen Auslegung von § 30 IV Nr. 5 AO, dessen Anwendbarkeit in einem Verfahren wegen Unterhaltspflichtverletzung möglich ist. Für ein eher weites Verständnis der Vorschrift finden sich Beispiele in der höchstrichterlichen Rechtsprechung.

So haben das Bundesverwaltungsgericht³²⁹ und der Bundesfinanzhof³³⁰ eine Durchbrechung des Steuergeheimnisses nach § 30 IV Nr. 5 AO zugelassen, wenn eine Gewerbeuntersagung zum Schutze der Allgemeinheit erforderlich ist und die zu offenbarenden Tatsachen entscheidend dartun, dass der Gewerbetreibende unzuverlässig ist. Dies soll nicht nur in besonders schweren Fällen der gewerberechtlichen Unzuverlässigkeit möglich sein, obgleich die Tätigkeit eines einzelnen unzuverlässigen Gewerbetreibenden nur in seltenen Fällen geeignet sei, die wirtschaftliche Ordnung erheblich zu stören. Wäre es der Gewerbebehörde verwehrt, im Rahmen des Untersagungsverfahrens auf die Erkenntnisse der Finanzbehörden zurückzugreifen, könnten in einer Vielzahl von Fällen unzuverlässige Gewerbetreibende nicht von weiterer gewerblicher Tätigkeit ausgeschlossen werden.³³¹ Das Bundesverwaltungsgericht führt weiterhin aus, dass

„die nachhaltige Nichtabführung eigener und fremder Sozialversicherungsbeiträge [...] einen gravierenden Mangel an sozialem Verantwortungsbewusstsein [offenbart], so dass ein dringendes öffentliches Interesse daran besteht, die weitere gewerbliche Betätigung von Personen zu unterbinden, die sich in dieser Weise durch Verletzung sozialversicherungsrechtlicher Pflichten als unzuverlässig erwiesen haben.“³³²

Bei einem Vergleich dieser Entscheidungen mit Verfahren nach § 170 I StGB könnte angenommen werden, dass auch in diesem Fall der keinen Unterhalt zahlende Schuldner einen gravierenden Mangel an sozialem Verantwortungsbewusstsein offenbart und die öffentliche Ordnung jedenfalls durch eine Vielzahl von Fällen sich ihrer Verantwortung entziehender Unterhaltspflichtiger gestört wird. Eine Auslegung in diesem Sinne würde schließlich dazu führen, dass bei nahezu allen Fällen der Unterhaltspflichtverletzung ein „zwingendes öffentliches Interesse“ i. S. d. § 30 Nr. 5 AO vorliegen und eine Offenbarungs- und Verwertungsbefugnis bestehen würde. Allerdings ist die Ausnahme vom Steuergeheimnis wegen eines zwingenden öffentlichen Interesses restriktiv auszulegen. Allein eine Vielzahl von für sich alleine genommenen Unterhaltspflichtverletzungen kann zur Begründung eines zwingenden öffentlichen Interesses nicht ausreichen. Vielmehr darf zur Bewahrung des Ausnahmecharakters der Nr. 5 eine Durchbrechung des Steuergeheimnisses in einem strafrechtlichen Unterhaltspflichtverletzungsverfahren nur in besonders schwerwiegenden, außergewöhnlichen Fällen angenommen werden.

³²⁹ BVerwG NVwZ 1982, 503 ff.

³³⁰ BFH NVwZ 1988, 474 ff.

³³¹ BVerwG NVwZ 1982, 503 (505); BFH NVwZ 1988, 474 (476 f.).

³³² BVerwG NJW 2008, 3489 (3490).

Letztlich ist im Einzelfall eine Offenbarungsmöglichkeit nach § 30 IV Nr. 5 AO theoretisch zwar begründbar. Regelmäßig sind deren hohe Voraussetzungen allerdings nicht erfüllt.

ff) Zwischenergebnis

In der Regel ist damit keine der bereits de lege lata bestehenden Ausnahmemöglichkeiten nach § 30 IV AO einschlägig, sodass eine Offenbarungsmöglichkeit durch das Finanzamt nicht besteht.

c) Offenbarungs- und Verwendungsmöglichkeiten der Steuerdaten de lege ferenda in einem Verfahren nach § 170 I StGB

Da – wie soeben festgestellt – grundsätzlich keine Möglichkeit besteht, de lege lata in einem Verfahren nach § 170 I StGB zur Bestimmung der Leistungsfähigkeit auf Steuerdaten zuzugreifen, wird im Folgenden untersucht, wie de lege ferenda eine Verwendung der Daten zu Zwecken der Strafverfolgung in strafrechtlichen Untersuchungsverfahren aussehen könnte.

aa) Herabsetzung des Steuergeheimnisses zugunsten der Steuerpublizität de lege ferenda

Theoretisch wäre es möglich, das deutsche Steuergeheimnis vollständig neu zu überdenken und einer Neuregelung zu unterziehen.³³³ In anderen Ländern ist das Steuergeheimnis zum Teil erheblich eingeschränkt. So kann etwa in Schweden Auskunft über die von einer anderen Person zu versteuernde Summe beim Finanzamt (dem Skatteverket) angefordert oder ein Blick in den Steuerkalender (Taxeringskalender) geworfen werden, in dem die Einkünfte Steuerpflichtiger jährlich für jedermann frei einsehbar veröffentlicht werden, wenn diese einen bestimmten Mindestbetrag erreichen. Auch in anderen Ländern, etwa Italien und Frankreich, unterliegt das Steuergeheimnis zahlreichen Durchbrechungsmöglichkeiten – auch Steuerlisten werden offenbart.³³⁴ Die Steuermoral – „tax compliance“ – wird in diesem Modell durch Abschreckungseffekte und ein erhöhtes Gerechtigkeitsempfinden der Steuerzahler erreicht, indem durch die transparente Veröffentlichung der Zahlen jeder Steuerzahler nachvollziehen kann, in welchem Umfang andere Per-

³³³ Entsprechende Forderungen zur Offenlegung von Steuerlisten gab es bereits, diese konnten sich aber nicht durchsetzen; vgl. hierzu Deutscher Bundestag – 45. Sitzung am 03.05.1050, S. 1514 ff.; 63. Sitzung am 11.05.1951, S. 2298 ff.; 145. Sitzung am 31.05.1951, S. 5740 ff.

³³⁴ Vgl. zu dieser Thematik und zu Regelungen anderer Länder etwa Hübschmann/Hepp/Spitaler/*Alber*, § 30 Rn. 640 ff.

sonen ihren steuerlichen Verpflichtungen nachkommen.³³⁵ Die weitgehende Abschaffung des Steuergeheimnisses wäre allerdings schon angesichts unterschiedlicher historischer und verfassungsrechtlicher Gegebenheiten mit enormen Umsetzungsschwierigkeiten verbunden. Zu rechnen wäre zudem mit starker politischer und öffentlicher Ablehnung sowie Widerstand seitens der Wirtschaft. Dies nicht zuletzt, weil das Steuergeheimnis schon lange besteht und gerade in der aktuellen politischen und rechtlichen Situation Eingriffe jeder Art in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung äußerst kritisch betrachtet werden. Mithin ist der Weg einer rigorosen Änderung des geltenden Steuergeheimnisses zwar denkbar, praktisch hingegen wohl nicht durchsetzbar. Daher ist der Fokus auf eine andere, weitaus einfacher umzusetzende, punktuelle Änderung der bestehenden Gesetzeslage zu legen.

bb) Einführung eines neuen Ausnahmetatbestands *de lege ferenda*

Eine weniger extrem in die derzeitige Rechtslage eingreifende Möglichkeit, um in einem Verfahren nach § 170 I StGB an dem Steuergeheimnis unterliegende Daten zu gelangen, wäre die Einführung eines weiteren Ausnahmetatbestandes in § 30 IV AO oder der Erlass einer bundesgesetzlichen Regelung im Sinne des § 30 IV Nr. 2 AO. Zudem müsste eine weitere Durchbrechungsmöglichkeit des strafprozessualen Verwendungsverbotes in § 393 II 2 AO aufgenommen werden. Ein solcher Eingriff muss verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden können, da derartige Gesetzesänderungen eine Verkürzung und damit einen Eingriff in die Rechte der steuerpflichtigen Person bedeuten.

Eine Änderung des § 30 IV AO könnte lauten:

(4) Die Offenbarung oder Verwertung geschützter Daten ist zulässig, soweit

[...] 4a. sie der Durchführung eines Verfahrens nach § 170 I StGB dient und zur Einkommens- und Vermögensprüfung erforderlich ist [...]

Eine Änderung des § 393 II 2 AO könnte lauten:

Dies gilt nicht für Straftaten, an deren Verfolgung ein zwingendes öffentliches Interesse (§ 30 Abs. 4 Nr. 5) besteht und in Verfahren wegen Unterhaltspflichtverletzungen nach § 170 I StGB (§ 30 Abs. 4 Nr. 4a).

Wie bereits untersucht, stellt der steuerrechtliche Geheimnisschutz insbesondere einen Ausgleich für die umfassenden Mitwirkungspflichten des Steuerpflichtigen dar, um durch die so gewonnenen Informationen eine gerechte Besteuerung zu ermöglichen. Die Weitergabe der erhobenen Informationen ist nur dann legitim, wenn die von dem Steuerpflichtigen verlangten Mitwirkungshandlungen nicht gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verstoßen und keine Grundrechte des Steuerpflich-

³³⁵ Vertiefend hierzu *Niederdorf*, Die Bedeutung des Steuergeheimnisses für die Tax Compliance, S. 58 ff.

tigen verletzen.³³⁶ Das in § 30 AO verankerte Steuergeheimnis genießt zwar als solches keinen grundrechtlichen Status. Es ist aber Ausfluss des im allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 I i. V. m. Art. 1 II GG verankerten Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, das die Befugnis des Einzelnen umfasst, grundsätzlich selbst über Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen.³³⁷ Allerdings gibt es kein Recht auf absolute uneinschränkbare Herrschaft über die eigenen Steuerdaten.³³⁸ Auch das Steuergeheimnis gewährt keinen umfassenden Schutz vor einer Selbstbelastung mit strafrechtlichen Folgen.³³⁹ Einschränkungen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung sind auf der Basis einer tauglichen Ermächtigungsgrundlage im überwiegenden Allgemeininteresse vom Einzelnen hinzunehmen.³⁴⁰

Im Folgenden wird untersucht, ob die Einführung eines Ausnahmetatbestandes als Ermächtigungsgrundlage zur Durchbrechung des Steuergeheimnisses im Rahmen eines Strafverfahrens nach § 170 I StGB legitimierbar ist. Da das Steuergeheimnis auf zwei maßgeblichen Intentionen basiert – einerseits auf einer durch vollständige Offenlegung nötiger Daten ermöglichten gleichmäßigen Besteuerung und andererseits auf dem Schutz des mitwirkungsverpflichteten Steuerzahlers – sind diese beiden Aspekte in die Frage nach einer Legitimation einzubeziehen.

In einem ersten Schritt soll auf die Rechte des vom Steuergeheimnis geschützten Steuerpflichtigen eingegangen werden. Dazu wird zunächst ein Verstoß gegen das Recht auf informationelle Selbstbestimmung untersucht. Sodann wird die Vereinbarkeit des Zugriffs auf Steuerdaten – gerade aufgrund der dem Steuerpflichtigen auferlegten Mitwirkungspflichten – mit dem Grundsatz, dass niemand dazu verpflichtet ist, sich selbst zu beschuldigen „*nemo tenetur, se ipsum accusare*“ geprüft.

Anschließend wird thematisiert, ob die Durchbrechung des Steuergeheimnisses in einem Verfahren nach § 170 I StGB einer gleichmäßigen Besteuerung entgegensteht.

(1) Vereinbarkeit mit dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung

Die Geheimhaltung steuerlicher Angaben und Verhältnisse, die einen Bezug zum Steuerpflichtigen oder zu privaten Dritte erkennbar werden lassen, fällt insbesondere in den Schutzbereich des informationellen Selbstbestimmungsrechts als Ausprägung

³³⁶ Vgl. Eilers, Das Steuergeheimnis als Grenze des internationalen Auskunftsverkehrs, S. 8, 43 ff.

³³⁷ Vgl. hierzu B.III.3.a).

³³⁸ Ruegenberg, Das nationale und internationale Steuergeheimnis im Schnittpunkt von Besteuerungs- und Strafverfahren, S. 16. Dass es eine uneingeschränkte Herrschaft über die eigenen Steuerdaten nicht gibt, zeigen bereits die in § 30 IV AO genannten Ausnahmen; das Steuergeheimnis ist unter Beachtung der verfassungsrechtlichen Vorgaben einschränkbar; vgl. BVerfG NJW 1984, 2271 (2276).

³³⁹ Graf/Jäger/Wittig/Bülte, § 393 Rn. 2.

³⁴⁰ BVerfGE 65, 1 (44); Maunz/Dürig/Di Fabio, Art. 2 Abs. 1 Rn. 181.

des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG.³⁴¹ Die in einem Verfahren nach § 170 I StGB zur Bemessung der Leistungsfähigkeit erforderlichen Informationen über die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Unterhaltsschuldners geben insbesondere Aufschluss über die wirtschaftlichen Verhältnisse einer Person. Es handelt sich um Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen und damit um personenbezogene Daten. Über deren Verwendung kann grundsätzlich der einzelne Steuerpflichtige selbst entscheiden. Eine bestimmte qualitative Aussagekraft und Sensibilität der erhobenen persönlichen Daten ist nicht erforderlich.³⁴² Jede Offenbarung steuerlicher Informationen stellt einen Eingriff in den Schutzbereich dar.³⁴³ Indem die im Besteuerungsverfahren erhobenen Daten teilweise zur Durchführung eines Strafverfahrens an die Staatsanwaltschaft übersandt werden, liegt ein Eingriff in den Schutzbereich des informationellen Selbstbestimmungsrechts vor. Dieser Eingriff durch Übersendung der bereits erhobenen Daten ist strikt von der grundlegenden Frage nach der Erhebung der Daten im Steuerverfahren selbst zu trennen.

Der Eingriff in das Recht des Unterhaltsschuldners auf informationelle Selbstbestimmung, dessen Steuerdaten an die Strafverfolgungsbehörden zum Zwecke der Ermittlungen im Rahmen eines Verfahrens nach § 170 I StGB gelangen sollen, muss zu seiner Legitimation verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden können. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung kann eingeschränkt werden, soweit dies zum Schutz öffentlicher Interessen unerlässlich ist.³⁴⁴ Beschränkungen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung bedürfen zu ihrer Rechtfertigung einer verfassungsmäßigen gesetzlichen Grundlage, aus der sich die Voraussetzungen und der Umfang der Beschränkung klar und für den Bürger erkennbar ergeben und die den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahrt.³⁴⁵ Mithin muss der Eingriff einen legitimen Zweck verfolgen, zur Erreichung dieses Zwecks geeignet und erforderlich sein sowie bei Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen und (grundrechtlich) verbürgten Rechte angemessen sein. An die Rechtfertigung sind umso höhere Anforderungen zu stellen, je tiefer die in den Daten gespeicherten Informationen Auskunft über den privaten Bereich des Betroffenen geben und je intensiver die Daten genutzt werden sollen.³⁴⁶

Im Folgenden soll geprüft werden, ob die hier de lege ferenda vorgeschlagene Gesetzesänderung eine taugliche Ermächtigungsgrundlage für einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Unterhaltsverpflichteten darstellen

³⁴¹ Hierzu B.III.3.a).

³⁴² Maunz/Dürig/*Di Fabio*, Art. 2 Abs. 1 Rn. 174; nach BVerfGE 65, 1 (45) gibt es kein „belangloses Datum“ mehr; vgl. auch Dreier-GG/*Dreier*, Art. 2 Abs. 1 Rn. 81; *Leist*, Verfassungsrechtliche Schranken des steuerlichen Auskunfts- und Informationsverkehrs, S. 37 ff.

³⁴³ *Ruegenberg*, Das nationale und internationale Steuergeheimnis im Schnittpunkt von Besteuerungs- und Strafverfahren, S. 92.

³⁴⁴ BVerfGE 65, 1 (44).

³⁴⁵ BVerfGE 65, 1 (44).

³⁴⁶ Maunz/Dürig/*Di Fabio*, Art. 2 Abs. 1 Rn. 181.

kann. Dazu muss mit der Einführung des § 30 IV Nr. 4 lit. a AO und eines weiteren Halbsatzes in § 393 II 2 AO ein legitimer Zweck verfolgt werden und die Gesetzesänderung zur Erreichung dieses Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen sein.³⁴⁷

(a) Legitimer Zweck

Legitimer Zweck eines Gesetzes, das den Zugriff auf Steuerdaten im Rahmen eines Verfahrens nach § 170 I StGB erlaubt, ist die effektive Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs. Die Leistungsfähigkeit des Unterhaltsverpflichteten ist notwendige Voraussetzung einer Verurteilung wegen strafbarer Unterhaltspflichtverletzung. Ihre Ermittlung bereitet in der Praxis allerdings häufig Probleme; unter anderem fehlt es zum Teil bereits an ausreichenden Informationen hinsichtlich der Einkommensverhältnisse des Unterhaltsschuldners. Durch die Verwendung von Steuerdaten im strafrechtlichen Unterhaltsverfahren soll die Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners besser ermittelt werden können, um die Verfolgung von Straftaten nach § 170 I StGB wirksam betreiben und damit den staatlichen Strafanspruch effektiv durchsetzen zu können.

(b) Geeignetheit und Erforderlichkeit

Der Rückgriff auf die bei den Steuerbehörden vorhandenen Daten hinsichtlich der Einkommensverhältnisse durch Staatsanwaltschaft und Gericht ist zur Erreichung des legitimen Zwecks auch geeignet und erforderlich. Insbesondere aufgrund der bereits beschriebenen hohen Anforderungen an die Begründung der Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners würde ein Zugriff auf vorhandene Steuerdaten die Sachverhaltsaufklärung nicht nur erheblich erleichtern, sondern durch umfassendere Datendichte auch verbessern. Andere Möglichkeiten, an die entsprechenden Informationen zu gelangen, sind jedenfalls nicht gleich geeignet. Zum einen sind die beim Finanzamt gebündelten Informationen besonders umfangreich und durch die Erhebung durch die sachverständige Besteuerungsstelle auch verlässlich. Zum anderen können in einem Verfahren nach § 170 I StGB selbst kaum Informationen über Einkünfte aus Schwarzarbeit oder anderweitig deliktisch erlangte Mittel gewonnen werden.³⁴⁸

(c) Angemessenheit

Des Weiteren muss der Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung auch angemessen und damit verhältnismäßig im engeren Sinne sein.³⁴⁹ Im Rahmen einer Güterabwägung muss das Interesse, auf bestimmte Steuerdaten zu-

³⁴⁷ Vgl. zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz i. R. d. Rechtfertigung eines Eingriffs in das informationelle Selbstbestimmungsrecht BVerfGE 65, 1 (44); BVerfGE 78, 77 (85).

³⁴⁸ Vgl. zu den bestehenden Ermittlungsmöglichkeiten ausführlich B.III.1., 2.

³⁴⁹ Zur Prüfung der Angemessenheit ausführlich BVerfGE 80, 137 (159 ff.); Jarass/Pieroth/Jarass, Art. 20 Rn. 120 ff.; BeckOK-GG/Huster/Rux, Art. 20 Rn. 192 ff.

greifen zu können, um diese in einem Verfahren nach § 170 I StGB zur Bemessung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Unterhaltsberechtigten verwenden und damit den staatlichen Strafanspruch effektiv durchsetzen zu können, das Interesse des Unterhaltsschuldners an deren Geheimhaltung überwiegen. Dazu sollen die Interessen beziehungsweise Rechte abstrakt gewichtet und bewertet und sodann einander wertend gegenübergestellt werden.

(aa) Recht des Unterhaltsverpflichteten

Auf der einen Seite steht das Recht des Unterhaltsverpflichteten (der gleichzeitig der Steuerpflichtige ist), selbst darüber bestimmen zu können, ob und in welchem Umfang seine Daten preisgegeben und verwendet werden dürfen. Die Daten, um die es vorliegend geht, sind namentlich die im Besteuerungsverfahren erhobenen Informationen über die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Unterhaltsverpflichteten.

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung soll verhindern, dass der Einzelne nicht mehr mit hinreichender Sicherheit überschauen kann, welche ihn betreffenden Informationen in bestimmten Bereichen seiner sozialen Umwelt bekannt sind und damit wer was wann und bei welcher Gelegenheit über ihn weiß. Wer unsicher sei, ob abweichende Verhaltensweisen jederzeit notiert und als Information dauerhaft gespeichert, verwendet oder weitergegeben werden, werde versuchen, nicht mehr durch solche Verhaltensweisen aufzufallen. Dies beeinträchtigt die individuelle Entfaltungschance des Einzelnen sowie das Gemeinwohl.³⁵⁰ Eine derartige Gefahr besteht im Hinblick auf die den Ermittlungsbehörden allein für ein Verfahren nach § 170 I StGB zur Verfügung gestellten Daten allenfalls in geringem Umfang. Über die Verwendung der bereits erhobenen Daten wird der Betroffene im Rahmen des Verfahrens informiert und er kann dem Gesetz genau entnehmen, zu welchem Zweck seine Daten (ausschließlich) verwendet werden. Damit ergeben sich Voraussetzungen, Ziel und Umfang der Beschränkung des informationellen Selbstbestimmungsrechts klar und für den Bürger – hier insbesondere für den Unterhaltspflichtigen – erkennbar aus der gesetzlichen Grundlage, sodass auch dem rechtsstaatlichen Gebot der Normenklarheit entsprochen wird.³⁵¹

Möglicherweise könnte der Umfang der zu übermittelnden Daten allein auf das Besteuerungsergebnis reduziert werden. Der Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht des Unterhaltsschuldners ist umso geringer, je weniger Informationen übermittelt und verwertet werden dürfen. Durch eine Reduzierung der Übermittlungs- und Verwendungsbefugnisse könnten die Anforderungen an die Rechtfertigung des Eingriffs verringert werden. Es stellt sich damit die Frage, ob in

³⁵⁰ Vgl. BVerfGE 65, 1 (43).

³⁵¹ Zu diesem Erfordernis BVerfGE 65, 1 (45); BVerfG, Beschluss vom 27.05.2020 – 1 BvR 1873/13 und 1 BvR 2618/13 – Rn. 196; Maunz/Dürig/Di Fabio, Art. 2 Abs. 1 Rn. 182; Leist, Verfassungsrechtliche Schranken des steuerlichen Auskunfts- und Informationsverkehrs, S. 48 ff.

einem Verfahren nach § 170 I StGB grundsätzlich alle Steuerinformationen hinsichtlich der relevanten Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Unterhaltsschuldners benötigt werden oder ob eine Begrenzung allein auf das Besteuerungsergebnis möglich ist.

Aus welcher Quelle die finanziellen Mittel stammen, ist in einem Verfahren nach § 170 I StGB grundsätzlich nicht weiter relevant, insbesondere werden auch deliktisch erwirtschaftete Einkünfte in die Einkommens- und Vermögenssituation eingerechnet.³⁵² Denkbar wäre daher, auf eine Offenlegung der Quelle der Einkünfte gänzlich zu verzichten. Damit diese weiterhin vertraulich bleiben, könnten den Ermittlungsbehörden und dem Gericht nur die rein finanziellen Informationen, in Form einer allein zahlenmäßigen Angabe, mitgeteilt werden. Die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs wäre erleichtert, würden derart begrenzte Anforderungen an die richterliche Feststellung der Leistungsfähigkeit gestellt werden. Ein Rückgriff allein auf das Besteuerungsergebnis könnte jedenfalls dann möglich sein, wenn bereits ein abgeschlossenes, bestandskräftiges Besteuerungsverfahren durchlaufen wurde.³⁵³ Ist das Besteuerungsverfahren hingegen noch nicht abgeschlossen, könnte gegebenenfalls das Strafverfahren ausgesetzt werden.

Gegen eine derartige Begrenzung spricht allerdings bereits § 267 I 1 StPO, der bestimmt, dass die Urteilsgründe die für erwiesen erachteten Tatsachen angeben müssen, in denen die gesetzlichen Merkmale der Straftat gefunden werden. Maßgeblich ist Folgendes: Im Steuerstrafverfahren nach § 370 AO werden an den Strafrichter hohe Anforderungen hinsichtlich der Darlegung aller steuerlich erheblicher Tatsachen gestellt. Der Strafrichter ist zum Zwecke revisionsfester Überprüfung gehalten, den Verkürzungserfolg exakt zu ermitteln und die Berechnung der Steuerverkürzung für jede Steuerart und für jeden Veranlagungszeitraum gesondert anzugeben.³⁵⁴ Im Urteil muss zweifelsfrei erkennbar sein, dass der Strafrichter eine eigenständige Steuerberechnung durchgeführt hat und nach den Grundsätzen der Strafprozessordnung in freier richterlicher Beweiswürdigung selbst zu dem Schluss gekommen ist, dass der Täter im dem darzustellenden Umfang Steuern hinterzogen hat.³⁵⁵ Auch in einem Verfahren wegen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt nach § 266a StGB müssen die für die Beitragshöhe maßgeblichen Bemessungsgrundlagen durch das Tatgericht umfassend festgestellt werden, um dem Revisionsgericht eine Überprüfung zu ermöglichen.³⁵⁶ In anderen Verfahren, in denen es für die Strafbarkeit auf Steuerinformationen ankommt, werden mithin hohe

³⁵² Matt/Renzikowski/Kuhli, § 170 Rn. 10; MüKo-StGB/Ritscher, § 170 Rn. 41.

³⁵³ Dieser Gedanke könnte insbesondere dann greifen, wenn von einer Bestandskraft und Tatbestandswirkung des Steuerbescheides ausgegangen wird, d.h. einer Bindung anderer Behörden und Gerichte an einen Steuerbescheid; vgl. Kirchhof, NJW 1985, 2977 ff.

³⁵⁴ BGH NStZ-RR 2019, 79 (80); BGH, Beschluss vom 21.05.2019 – 1 StR 159/19, Rn. 8; Flore/Tsambikakis/Flore, § 370 Rn. 414; Klein-AO/Jäger, § 370 Rn. 466.

³⁵⁵ BGH NJW 2009, 2546 (2548); Flore/Tsambikakis/Flore, § 370 Rn. 414.

³⁵⁶ BGH, Beschluss vom 24.08.2017 – 1 StR 625/16, Rn. 25; MüKo-StGB/Radtke, § 266a Rn. 61.

Anforderung an die Darstellung in den Urteilsgründen gestellt. Der Strafrichter muss diejenigen Informationen erhalten, die ihm eine eigenständige (revisionsfeste) Begründung ermöglichen. Beruht die Feststellung der Leistungsfähigkeit des Täters im Rahmen eines Verfahrens nach § 170 I StGB (auch) auf Informationen aus der Besteuerungsgrundlage, sind diese ebenfalls vom Strafrichter zu prüfen. Daher muss der Strafrichter auf alle für die Berechnung des Unterhaltsanspruchs relevanten Informationen zugreifen können. Ebenso wie im Steuerstrafverfahren sowie einem Verfahren nach § 266a StGB muss der Rechenweg für das Revisionsgericht überprüfbar dargestellt werden. Zur Erleichterung können Staatsanwalt und Richter hinsichtlich der Berechnung der Besteuerungsgrundlage einen Steuerfahnder zu Rate ziehen. Im Ergebnis kann die Übermittlungs- und Verwendungsbefugnis damit nicht auf das Besteuerungsergebnis allein begrenzt werden.

Dennoch liegt keine besonders hohe Eingriffsintensität vor; gerade besonders sensible Daten sind nicht betroffen. Bei den zu übermittelnden Informationen handelt es sich größtenteils um rein finanzielle Aspekte betreffende Daten einer bestimmten Person, die nicht anlasslos verwendet werden sollen, sondern als spezifische Reaktion auf das Ausbleiben der Unterhaltsleistung des Unterhaltspflichtigen. Diese Informationen geben zwar Auskunft über die finanzielle und wirtschaftliche Situation des Betroffenen, es handelt sich aber nicht um Informationen, die mit besonders sensiblen Daten vergleichbar tief in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Betroffenen eingreifen. Insbesondere sind keine der in Art. 9 Abs. 1 der Verordnung (EU) 2016/679 genannten besonderen Kategorien personenbezogener Daten hinsichtlich der rassischen und ethnischen Herkunft, politischer Meinungen, religiöser oder weltanschaulicher Überzeugungen, Gewerkschaftszugehörigkeiten oder genetischer und biometrischer Daten zur eindeutigen Identifizierung einer natürlichen Person sowie Gesundheitsdaten oder Daten zum Sexualleben oder der sexuellen Orientierung einer natürlichen Person betroffen. Diese sind für die Bemessung der Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners nicht erforderlich.

Auch kann durch organisatorische und verfahrensrechtliche Vorkehrungen ein möglichst sensibler Umgang mit den Daten sichergestellt werden, insbesondere durch Anonymisierung der Personalien des Angeklagten. Denkbar wäre auch, in der mündlichen Verhandlung einen Ausschluss der Öffentlichkeit vorzusehen.

(bb) Effektive Strafverfolgung und Recht des Unterhaltsberechtigten

Dem Interesse des Unterhaltsschuldners und Steuerpflichtigen diametral gegenüber steht das Interesse an einer effektiven Strafverfolgung von Unterhaltspflichtverletzungen, die (konkret oder potentiell) den Lebensbedarf des Unterhaltsberechtigten gefährden. Letzteres wiegt in mehrfacher Hinsicht besonders schwer.

Zunächst dient eine effektive Durchsetzung des Strafanspruchs aus § 170 I StGB dem Schutz des Lebensbedarfs des Unterhaltsberechtigten. Dieser kann durch die Nichterfüllung der Unterhaltspflicht insbesondere in seinen Rechten aus Art. 2 I und

II GG tangiert sein. Des Weiteren liegt der Norm der Schutz von Ehe und Familie im Sinne des Art. 6 I GG zugrunde. Der Unterhaltsberechtigte ist zur Sicherung seines Lebensbedarfs vielfach von der Leistung seitens des Unterhaltsschuldners abhängig. Wegen der auf familiären Bindungen beruhenden Ansprüche kann sich der Unterhaltsberechtigte seinen Schuldner nicht aussuchen und ist auf dessen Mitwirkung angewiesen. Oftmals sind besonders schutzbedürftige Personen betroffen, beispielsweise minderjährige Kinder, die noch nicht in ausreichendem Maß selbst für ihren Unterhalt aufkommen können. Vor allem die Mittel zur Sicherung des notwendigen Lebensbedarfs in Form von ausreichender Ernährung, Kleidung, Körperpflege, Haushaltsenergie etc. sind für den Unterhaltsberechtigten essentiell.

Gleichzeitig stehen dem Unterhaltsberechtigten nur eingeschränkte Möglichkeiten zur Verfügung, sich einer Verletzung seines Lebensbedarfs durch den Unterhaltsschuldner effektiv zu erwehren. Er kann sich zwar (zivil-)gerichtlichen Rechtsschutz suchen, wobei dem Zivilrichter umfassende Ermittlungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen (vgl. insbesondere die §§ 235, 236 FamFG). Allerdings sind diese Regelungen nicht mit dem im Strafprozess herrschenden Amtsermittlungsgrundsatz und dem Grundsatz der Ermittlung der materiellen Wahrheit vergleichbar. Zwar steigert etwa die Auskunftspflicht Dritter über die Höhe der Einkünfte nach § 236 I FamFG, ebenso wie bereits die Auskunftspflichten der Beteiligten selbst gem. § 235 I FamFG, die Effektivität des gerichtlichen Auskunftsrechts.³⁵⁷ In dieser Verbesserung der Auskunftsrechte soll allerdings keine Abkehr vom in Familienstreitsachen grundsätzlich geltenden Beibringungsgrundsatz zu sehen sein, insbesondere eine Versäumnisentscheidung soll weiterhin möglich sein.³⁵⁸ Ferner zeigt sich an den von der polizeilichen Kriminalstatistik³⁵⁹ erfassten Fallzahlen, dass in der täglichen Praxis die Durchsetzung des Anspruchs auf dem Zivilrechtsweg oftmals nicht ausreichend Schutz bietet.

(cc) Abwägungsergebnis

Das Strafverfolgungsinteresse überwiegt das Recht des Unterhaltsschuldners auf informationelle Selbstbestimmung, in concreto sein Recht auf Geheimnisschutz. Durch eine effektive Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs wird mittelbar das Recht des Unterhaltsberechtigten, dessen Lebensbedarf (potentiell) gefährdet ist, mit seiner Verankerung in Art. 6 sowie Art. 2 I, II GG, geschützt. Der Unterhaltsberechtigte ist zur Wahrung seiner besonders wichtigen Rechte auf das Verhalten des Unterhaltsschuldners angewiesen. Demgegenüber ist der Eingriff in das Recht des Unterhaltsschuldners auf informationelle Selbstbestimmung vergleichsweise gering. Der Zugriff auf die entsprechenden bei den Steuerbehörden vorhandenen Informationen erfolgt in der Regel aufgrund eines Verhaltens des Unterhaltsschuldners selbst und kann regelmäßig durch Zahlung des Unterhalts oder Offenlegung der relevanten

³⁵⁷ MüKo-FamFG/Pasche, § 236 Rn. 1.

³⁵⁸ MüKo-FamFG/Pasche, § 236 Rn. 3.

³⁵⁹ Vgl. hierzu bereits B.I.3.a)bb)(1)(b).

Informationen abgewendet werden. Zwar ist eine Begrenzung der Übermittlungs- und Verwendungsbefugnis auf rein betragsmäßige Angaben nicht möglich, da dem Strafrichter eine eigenständige Beurteilung der Tatsachengrundlage möglich sein muss. Gegenüber einer nur auf das Besteuerungsergebnis begrenzten Übermittlungs- und Verwendungsmöglichkeit wird damit stärker in das Recht des Unterhaltsschuldners auf informationelle Selbstbestimmung eingegriffen. Um diesen Eingriff abzumildern kann zum Schutz der Rechte des Unterhaltsschuldners durch ein umfassendes Verwendungsverbot sichergestellt werden, dass die Daten außerhalb des strafrechtlichen Verfahrens wegen Unterhaltspflichtverletzung nicht verwendet werden. Demgegenüber wiegt der Eingriff in das Recht des Unterhaltsberechtigten besonders schwer. Eine effektive Strafverfolgung zur Sicherung seines notwendigen Lebensbedarfs und damit seiner Grundbedürfnisse ist unbedingt erforderlich.

Folglich ist der Eingriff in die Rechte des Unterhaltsschuldners in Form der Einführung eines weiteren Ausnahmetatbestandes zur Durchbrechung des Steuergeheimnisses auch angemessen und damit insgesamt verhältnismäßig. In der Durchbrechung des Steuergeheimnisses im Rahmen eines Verfahrens nach § 170 I StGB liegt keine Verletzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung des Unterhaltspflichtigen.

(2) Vereinbarkeit mit dem nemo tenetur-Grundsatz

Im Besteuerungsverfahren treffen den Steuerpflichtigen umfassende Auskunft- und Mitwirkungspflichten. Nach § 90 AO kommt er seiner Mitwirkungspflicht insbesondere dadurch nach, dass er die für die Besteuerung erheblichen Tatsachen vollständig und wahrheitsgemäß offenlegt und ihm bekannte Beweismittel angibt. Deren Erfüllung kann zwangsweise durchgesetzt werden (vgl. §§ 328 ff. AO). Die Mitwirkungspflicht des Steuerpflichtigen ist hierbei nicht auf die Angabe legal erzielter Einkünfte beschränkt. Vielmehr stellt § 40 AO klar, dass es für die Besteuerung unerheblich ist, ob ein Verhalten, das den Tatbestand eines Steuergesetzes ganz oder zum Teil erfüllt, gegen ein gesetzliches Ge- oder Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt. Da der Steuerpflichtige auch Auskünfte erteilen muss, die Anhaltspunkte für von ihm begangene Straftaten enthalten können, kann ein Konflikt mit dem Grundsatz der strafverfahrensrechtlichen Selbstbelastungsfreiheit entstehen, wenn seine Angaben zur Verfolgung einer von ihm begangenen Straftat verwendet werden.³⁶⁰

Zunächst soll diese Konfliktlage, die durch den Widerspruch zwischen steuerlichen Mitwirkungspflichten und strafverfahrensrechtlicher Selbstbelastungsfreiheit entstehen kann, näher betrachtet werden. Dazu müssen in einem ersten Schritt die

³⁶⁰ Im Folgenden wird nur auf den Zusammenhang der Selbstbelastungsfreiheit mit der Verfolgung von Straftaten eingegangen. Inwieweit bereits die steuerliche Mitwirkungspflicht an sich, wenn die Daten nur für das Besteuerungsverfahren verwendet werden, einen (legitimen) Eingriff in den Grundsatz *nemo tenetur* darstellen, soll in der vorliegenden Arbeit nicht näher erörtert werden.

Grundlagen und der Sinn und Zweck des nemo tenetur-Grundsatzes näher betrachtet werden. In einem zweiten Schritt wird der grundsätzlich bestehende Konflikt zwischen der Selbstbelastungsfreiheit und den steuerlichen Mitwirkungspflichten dargestellt. Anschließend wird geprüft, inwieweit dieser Konflikt auch besteht, wenn in einem Verfahren nach § 170 I StGB die Höhe der Einkommens- und Vermögensverhältnisse durch Rückgriff auf Steuerdaten ermittelt werden, und welche Konsequenzen sich daraus ergeben.

(a) Grundlagen: Der Grundsatz nemo tenetur und die steuerlichen Mitwirkungspflichten

(aa) Der Grundsatz nemo tenetur se ipsum accusare

Dem Strafprozess unter der Geltung des Grundgesetzes liegt der Grundsatz nemo tenetur se ipsum accusare³⁶¹ zugrunde, nach dem niemand verpflichtet sein soll, an der eigenen Verurteilung mitzuwirken oder sich aktiv selbst einer strafbaren Handlung zu bezichtigen.³⁶² Der Begriff der Selbstbelastung ist dabei nicht präzise. Vielmehr ist regelmäßig das umfassende Recht des Beschuldigten, nicht aktiv an seiner Verurteilung mitwirken zu müssen und damit ein Recht auf Passivität, gemeint, sodass im allgemeineren Sinne von einer Mitwirkungsfreiheit gesprochen werden kann.³⁶³ Obwohl die Selbstbelastungsfreiheit als eines der Grundprinzipien des rechtsstaatlichen Verfahrens angesehen wird³⁶⁴, sind seine Herleitung und präzise Schutzbereichsbestimmung beziehungsweise sein Umfang und seine Grenzen noch immer nicht abschließend geklärt und bereiten grundlegende Probleme.

Die Selbstbelastungsfreiheit wird zumeist aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG sowie dem Rechtsstaatsprinzip mit seiner Verankerung insb. in Art. 20 III GG³⁶⁵ abgeleitet und als durch das Recht auf ein faires Verfahren aus Art. 6 EMRK gewährleistet angesehen.³⁶⁶ Auch sei die Würde

³⁶¹ Teilweise auch nemo tenetur se ipsum prodere genannt.

³⁶² BVerfG NJW 1981, 1431; BGH NJW 1992, 1463 (1464); Flore/Tsambikakis/*Webel*, § 393 Rn. 9; KK-StPO/*Diemer*, § 136 Rn. 10; BeckOK-StPO/*Monka*, § 136 Rn. 7; *Heinz*, Steuerrechtliche Mitwirkungspflichten und der Nemo-tenetur-Grundsatz, S. 19.

³⁶³ So etwa *Rösinger*, Die Freiheit des Beschuldigten vom Zwang zur Selbstbelastung, vgl. etwa S. 18, 29.

³⁶⁴ BVerfGE 56, 37 (43); BGH NSTZ 2013, 604 (605).

³⁶⁵ Zur Verankerung und Bedeutung des Rechtsstaatsprinzips, vgl. etwa BVerfGE 52, 131 (145); Jarass/Pieroth/*Jarass*, Art. 20 Rn. 37 ff.; BeckOK-GG/*Huster/Rux*, Art. 20 Rn. 140 ff.

³⁶⁶ BVerfGE 38, 105 (113 ff.); 55, 144 (150); BGH, Beschluss vom 23.05.2019 – 1 StR 127/19; BeckOK-AO/*Schaefer*, § 393 Rn. 27.1; *Eilers*, Das Steuergeheimnis als Grenze des internationalen Auskunftsverkehrs, S. 49; *Ruegenberg*, Das nationale und internationale Steuergeheimnis im Schnittpunkt von Besteuerungs- und Strafverfahren, S. 194 f.; die historische Entwicklung und Herleitung des nemo tenetur-Grundsatzes betrachtet *Böse*, GA 2002, 98 ff. Er geht davon aus, dass der nemo tenetur-Grundsatz verfassungsrechtlich als Bestandteil des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 103 I GG) gewährleistet ist, der sich wiederum aus der Menschenwürde und dem Rechtsstaatsprinzip ergibt. Umfassend und kritisch zur Herleitung des nemo tenetur-Grundsatzes *Heinz*, Steuerrechtliche Mitwirkungspflichten und der

des Menschen berührt, wenn Angaben eines im Strafverfahren Beschuldigten als Mittel gegen ihn selbst verwendet werden.³⁶⁷ Art. 14 III lit. g IPBPR normiert, dass ein wegen einer strafbaren Handlung Angeklagter nicht gezwungen werden darf, gegen sich selbst als Zeuge auszusagen oder sich schuldig zu bekennen. In den §§ 136, 163a, 243 StPO ist geregelt, dass der Beschuldigte über die ihm zur Last gelegte Tat und über sein Recht, sich äußern zu können oder nicht zur Sache aussagen zu müssen, zu belehren ist. Der Grundsatz, dass niemand gezwungen werden darf, gegen sich selbst als Zeuge auszusagen, findet in diesen Vorschriften allerdings keine Begründung, sondern wird von ihnen vielmehr vorausgesetzt.³⁶⁸

Der Sinn und Zweck der Selbstbelastungsfreiheit wird vielfach in der Unzumutbarkeit einer Mitwirkung durch selbstbelastendes Verhalten und damit im Selbsterhaltungstrieb des Einzelnen gesehen.³⁶⁹ Es soll eine Konfliktsituation vermieden werden, in der sich der Auskunftspflichtige entweder selbst einer strafbaren Handlung bezichtigen oder durch Falschaussage ein neues Delikt begehen muss oder im Falle seines Schweigens Zwangsmitteln ausgesetzt werden kann. Geschützt wird von dieser Ansicht nur vor dem bewusst erlebten Konflikt, zwischen Selbstbelastung und anderen Übeln frei wählen zu müssen.³⁷⁰ Weiter wird argumentiert, dass bei einem Zwang zur Selbstbelastung die Aussage des Beschuldigten als Mittel gegen ihn selbst verwendet werde und damit zugleich die Würde des Menschen berührt sei.³⁷¹ Auch wird vertreten, Ratio des nemo tenetur-Grundsatzes sei der Schutz der personalen Freiheit der Willensentschließung und die Wahrung der Selbstbestimmung hinsichtlich der Entscheidung zur Mitwirkung im Strafverfahren.³⁷²

Eine andere Begründung der Selbstbelastungsfreiheit liegt in der Idee des Bestehens eines Distanzinteresses des Beschuldigten zum Staat begründet.³⁷³ Aus-

Nemo-tenetur-Grundsatz, S. 19 ff.; zur Gewährleistung durch Art. 6 EMRK vgl. etwa EGMR, Urteil v. 17.12.1996, Az.: 19187/91 – *Saunders/United Kingdom*, Rn. 68; Karpenstein/Mayer/Mayer, Art. 6 Rn. 127.

³⁶⁷ BVerfGE 56, 37 (42); Hübschmann/Hepp/Spitaler/Tormöhlen, § 393 Rn. 102a; Knippel, Das nemo-tenetur-Prinzip bei außerstrafrechtlicher Pflichterfüllung, S. 37 ff.

³⁶⁸ So auch Safferling/Hartwig, ZIS 2009, 784; Knippel, Das nemo-tenetur-Prinzip bei außerstrafrechtlicher Pflichterfüllung.

³⁶⁹ BVerfGE 56, 37 (49); SK-StPO/Rogall, Vor §§ 133 ff. Rn. 132; ausführlich zur Herleitung (eines Minimalgehalts) des nemo tenetur-Grundsatzes aus dem Recht auf Selbsterhaltung Böse, GA 2002, 98 (103 ff.); kritisch etwa Dannecker, ZStW (127) 2015, 370 (389 f.).

³⁷⁰ Rösinger, Die Freiheit des Beschuldigten vom Zwang zur Selbstbelastung, S. 126 f., die darauf hinweist, dass eine Täuschung seitens der Strafverfolgungsbehörden von dieser Ansicht nicht aufgrund der Selbstbelastungsfreiheit verboten wird; hierzu etwa SK-StPO/Rogall, Vor §§ 133 ff. Rn. 14; Puppe, GA 1978, 289 (298 f.).

³⁷¹ BVerfGE 56, 37 (42).

³⁷² Bosch, Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips, S. 121 ff., 352.

³⁷³ In der Arbeit „die Freiheit des Beschuldigten vom Zwang zur Selbstbelastung“, stellt sich Rösinger auch der vorgelagerten Frage, warum die Durchführung eines Strafverfahrens überhaupt gerechtfertigt werden kann, um sodann die Rechtsposition des Betroffenen herauszuarbeiten.

gangspunkt dieser Überlegung ist, dass im Strafprozess zunächst die Unschuldsvermutung gilt.³⁷⁴ Grundannahme müsse damit sein, dass sich das Verfahren auch gegenüber einem tatsächlich Unschuldigen rechtfertigen muss.³⁷⁵ Der Verdächtige selbst sei als Nichtstörer anzusehen und allein der von dritter Seite aus geäußerte Tatverdacht könne Belastungen des Verdächtigen nicht rechtfertigen.³⁷⁶ Eine Rechtfertigung soll vielmehr aus dem Solidaritätsprinzip beziehungsweise dem Aufopferungsgedanken möglich sein, durch die Eingriffe bei der polizeirechtlichen Nichtstörerhaftung, ebenso wie bei den allgemeinen Rechtfertigungsgründen der § 904 BGB, § 34 StGB, gerechtfertigt werden können.³⁷⁷ Voraussetzung einer Inanspruchnahme aus Aufopferungs- und Teilhabegedanken sei ein wesentlich überwiegendes Interesse an dem Eingriff gegenüber dem Interesse an einer Verschonung vor dem Eingriff, ein adäquater Ausgleich für den Eingriff sowie die Einhaltung der Opfergrenze.³⁷⁸ Durch die Inanspruchnahme eines Verdächtigen werde allerdings dessen konstitutiver Teilhabestatus sowie sein Status als freie Rechtsperson unter Gleichen beeinträchtigt.³⁷⁹ Durch das Infragestellen der Teilhabe am allgemeinen Rechtsverhältnis könne der Staat nicht unverändert unter Notstandsgesichtspunkten eine solidarische Mitwirkung des Verdächtigen verlangen, seine Pflichtenstellung sei reduziert. Er habe nunmehr ein berechtigtes Interesse daran, sich von dem ihn selbst ausgrenzenden Strafverfahren zu distanzieren.³⁸⁰ Damit bestehe gegenüber dem Strafverfolgungsinteresse eine umfassende Mitwirkungsfreiheit des Beschuldigten als Ausprägung seines Rechts auf Distanz.³⁸¹ Anders stelle sich die Situation aber im Hinblick auf die dem Beschuldigten im Drittinteresse obliegenden Pflichten dar. Werde die Freiheit eines Dritten betroffen, ende die umfassende Mitwirkungsfreiheit des Beschuldigten, das Distanzinteresse bestehe allein gegenüber der Strafverfolgung.³⁸² Dadurch entstünden Konflikte, wenn eine Mitwirkung des Beschuldigten zugunsten eines Dritten gefordert werden könne, diese aber zugleich dem staatlichen Strafverfolgungsinteresse diene. Hinsichtlich außerstrafrechtlicher Mitwirkungspflichten könne ein Ausgleich dieses Konflikts grundsätzlich etwa durch Auskunftsverweigerungsrechte und Beweiserhebungs- oder Beweisverwertungsverbote

³⁷⁴ Die Unschuldsvermutung hat Verfassungsrang, vgl. BVerfGE 74, 358 (371), 133, 168 (202). Zudem ist die Unschuldsvermutung in Art. 6 II EMRK verankert und ist inhaltliche Bedingung eines fairen Strafverfahrens, vgl. EGMR 27.02.1980 – 6903/75 Rn. 56; EGMR 26.03.2002 – 48297/99 Rn. 49; MüKo-StPO/Gaede, Art. 6 Rn. 126 f.

³⁷⁵ Rösinger, Die Freiheit des Beschuldigten vom Zwang zur Selbstbelastung, S. 158 ff.

³⁷⁶ M.w.N. Rösinger, Die Freiheit des Beschuldigten vom Zwang zur Selbstbelastung, S. 161 ff.

³⁷⁷ Rösinger, Die Freiheit des Beschuldigten vom Zwang zur Selbstbelastung, S. 171 ff.

³⁷⁸ Rösinger, Die Freiheit des Beschuldigten vom Zwang zur Selbstbelastung, S. 176 ff.

³⁷⁹ Rösinger, Die Freiheit des Beschuldigten vom Zwang zur Selbstbelastung, S. 184 ff.; von Freier, ZStW 122 (2010), 117 (137).

³⁸⁰ Rösinger, Die Freiheit des Beschuldigten vom Zwang zur Selbstbelastung, S. 189 ff.

³⁸¹ Rösinger, Die Freiheit des Beschuldigten vom Zwang zur Selbstbelastung, S. 193 ff.

³⁸² Rösinger, Die Freiheit des Beschuldigten vom Zwang zur Selbstbelastung, S. 260 ff.

geschaffen werden, die eine Wahrung der Distanz zur Strafverfolgung ermöglichen.³⁸³

In jüngster Zeit hat sich zudem *Buchholz*³⁸⁴ intensiv mit einer rechtsethischen Begründung des nemo tenetur-Grundsatzes und mit dessen Gewährleistungsgehalt auseinandergesetzt. Dabei stellt *Buchholz* zunächst umfassend dar, warum eine Herleitung des nemo tenetur-Grundsatzes insbesondere aus dem Autonomiegedanken, dem Selbsterhaltungstrieb und dem Gedanken der ethischen Unzumutbarkeit abzulehnen ist, um sodann zu einer konsequentialistischen Rechtfertigungstheorie zu gelangen. Durch den nemo tenetur-Grundsatz werde das Verfahren selbst vor der eigenen Desavouierung geschützt.³⁸⁵ Der Schutz erfolge über eine Kombination dreier utilitaristisch deduzierter Ansätze: die spezial- und generalpräventive Wirkkraft strafgerichtlicher Urteile, die Wahrheitsfindung im Strafverfahren und den Schutz der Unschuldsvermutung. Von der grundsätzlich bestehenden Mitwirkungspflicht des Bürgers im Strafverfahren solle nur dann eine Ausnahme gemacht werden, wenn dies aus Gründen der Verfahrenslegitimation geboten erscheint.³⁸⁶ Sodann geht *Buchholz* auf den konkreten Schutzzumfang des nemo tenetur-Grundsatzes ein. Vielfach werde darauf hingewiesen, dass der nemo tenetur-Grundsatz keiner Abwägung zugänglich sei.³⁸⁷ Dies werde beispielsweise von denjenigen behauptet, die die Grundlage des nemo tenetur-Grundsatzes als in der Menschenwürde verankert sehen. Dabei werde die Herleitung aus der Menschenwürde nicht ausreichend begründet. Nicht jeder „Würdesplitter“ solle zum unmittelbaren Derivat des Art. 1 I GG überhöht werden, insbesondere, da der Würdebezug in der Verfassung ubiquitär sei. Eine inflationäre Verwendung der Menschenwürde führe vielmehr zu deren Entwertung und obwohl an sich keine Abwägung vorgenommen werde, würde diese letztlich vorgezogen und bereits auf der Ebene der Schutzbereichseröffnung vorgenommen.³⁸⁸ Weiter führt er aus, dass der nemo tenetur-Grundsatz, solange am

³⁸³ *Rösinger*, Die Freiheit des Beschuldigten vom Zwang zur Selbstbelastung, S. 262, 304 ff.

³⁸⁴ In der Arbeit „Der nemo tenetur-Grundsatz – Eine rechtsethische Untersuchung“ befasst sich *Buchholz* intensiv mit der rechtsethischen Begründung sowie der Herausarbeitung des konkreten Schutzzumfangs des nemo tenetur-Grundsatzes. Vorangestellt ist eine normative Bestandsaufnahme und ein Überblick über die Entstehung und historische Entwicklung des Grundsatzes.

³⁸⁵ Ähnliche Überlegungen finden sich etwa bei *Dannecker*, ZStW 127 (2015), 370 (408 f.), der davon ausgeht, dass der nemo tenetur-Grundsatz prozessual fundiert ist und die Rolle des Beschuldigten als Prozesssubjekt gegen Desavouierung absichert.

³⁸⁶ Zu dieser rechtsethischen Begründung anhand konsequentialistischer Ethiktheorien *Buchholz*, Der nemo tenetur-Grundsatz, S. 200 ff., 251 ff.

³⁸⁷ Vgl. etwa LG Göttingen, Beschluss vom 11.12.2007 – 8 KLs 1/07, BeckRS 2008, 3494.

³⁸⁸ *Buchholz*, Der nemo tenetur-Grundsatz, S. 265 f.; auch der EGMR geht von einem Kernbereich des Rechts, sich nicht selbst beschuldigen zu müssen aus und misst bei dessen Bestimmung Art und Grad des Zwangs, Vorhandensein angemessener Verfahrensgarantien und Grund der Verwendung, maßgebliche Bedeutung zu; vgl. EGMR, NJW 2006, 3117 (3123) = *Jalloh/Germany*; kritisch hierzu etwa *Dannecker*, ZStW 127 (2015), 991 (997), der sich in

Postulat der Absolutheit festgehalten werde, nur einen eng umgrenzten Schutzbereich haben könne. Dies habe zur Folge, dass erneut eine Abwägung auf die Ebene der Schutzbereichseröffnung vorgezogen werde. Dadurch würden deutlich weniger Maßnahmen als Eingriffe qualifiziert werden und folglich auch weniger Maßnahmen am *nemo tenetur*-Grundsatz gemessen werden können.³⁸⁹ Interessengerecht sei vielmehr, eine Abwägung in Kauf zu nehmen und dafür deutlich mehr Eingriffe am Maßstab des *nemo tenetur*-Grundsatzes messen zu können.³⁹⁰ *Buchholz* nennt als wichtige Anknüpfungspunkte im Rahmen der Abwägung den Grundsatz der Wahrheitsermittlung und die Unschuldsvermutung. Bestünde ein Aussagezwang, erwüchsen hieraus zum einen erhebliche Zweifel am Wahrheitsgehalt der Aussage des unter Zwang vernommenen Beschuldigten. Zum anderen könnte der Zwang vielfach als vorweggenommene, die Unschuldsvermutung verletzende Strafe aufgefasst werden. Indem der Legitimationsbegründung des *nemo tenetur*-Grundsatzes *prima facie* großes Gewicht zukomme, nehme er gegenüber anderen rechtsstaatlichen Prinzipien – etwa der Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege – regelmäßig eine Vorrangstellung ein.³⁹¹

Nachdem der Absolutheit des *nemo tenetur*-Grundsatzes – mit durchaus überzeugender Argumentation – eine Absage erteilt wurde, setzt sich *Buchholz* mit der Frage auseinander, wie der Umfang des *nemo tenetur*-Grundsatzes definiert werden kann. In der derzeitigen Literatur und Rechtsprechung wird in der Regel danach abgegrenzt, ob der Beschuldigte zu einer aktiven Mitwirkung gezwungen werden soll oder ob er Zwangsmaßnahmen „bloß“ passiv dulden muss.³⁹² Die Differenzierung zwischen aktiven Mitwirkungs- und passiven Duldungspflichten bezeichnet *Buchholz* als ein nur „oberflächlich taugliches Abgrenzungskriterium“. ³⁹³ Dies untermauert er durch vier vermehrt vertretene Kritikpunkte am Vorgehen der herr-

seinem Beitrag insgesamt mit der Konturierung prozessualer Gewährleistungsgehalte des *nemo tenetur*-Grundsatzes anhand der Rechtsprechung des EGMR auseinandersetzt.

³⁸⁹ *Buchholz*, Der *nemo tenetur*-Grundsatz, S. 265 f.; so auch *Bosch*, Aspekte des *nemo tenetur*-Prinzips, S. 29.

³⁹⁰ *Buchholz*, Der *nemo tenetur*-Grundsatz, S. 266 f. *Buchholz* führt zur Untermauerung seines Vorschlags an, dass es auch in der höchstrichterlichen Rechtsprechung Anzeichen für eine Negierung der Frage der Unabwägbarkeit gäbe und auch verwaltungsrechtliche Vorschriften teilweise eine Auskunftspflicht statuieren, vgl. *Buchholz*, Der *nemo tenetur*-Grundsatz, S. 267 ff. In diesem Zusammenhang kann auch § 111 OWiG genannt werden, der von einer Ordnungswidrigkeit ausgeht, wenn jemand gegenüber einer zuständigen Behörde, einem zuständigen Amtsträger oder einem zuständigen Soldaten der Bundeswehr über seinen Vor-, Familien- oder Geburtsnamen, dem Ort oder Tag seiner Geburt, seinen Familienstand, seinen Beruf, seinen Wohnort, seine Wohnung oder seine Staatsangehörigkeit eine unrichtige Angabe macht oder die Angabe verweigert.

³⁹¹ *Buchholz*, Der *nemo tenetur*-Grundsatz, S. 269 f.

³⁹² Vgl. etwa BGH NStZ 2004, 392 (393); OLG Frankfurt a. M. NJW 1997, 1647 (1648); *Bärlein/Panais/Rehmsmeier*, NJW 2002, 1825 f.; *Stürmer*, NJW 1981, 1757; *Dannecker*, ZStW 2015, 991 (1001); *Rogall*, NStZ 1998, 66 (67 f.).

³⁹³ *Buchholz*, Der *nemo tenetur*-Grundsatz, S. 290.

schen Meinung.³⁹⁴ Zunächst habe die Abgrenzung nach der herrschenden Meinung keinen normativen Gehalt, was sich insbesondere an den von ihr als unbedenklich eingestuften Fällen der Duldungspflichten zeige, denen in aller Regel gewisse aktive Verhaltensweisen des Beschuldigten – sogenannte Vorbereitungs- und Begleithandlungen – zeitlich vorgelagert seien. Beispielhaft führt er die hoheitlich durchgeführte Blutprobe an, bei der den Beschuldigten die aktive Pflicht trifft, zum Ort der Entnahme mitzugehen, die Ärmel hochzukrempeln und eine die Blutentnahme ermöglichende Haltung einzunehmen. Darüber hinaus muss der Beschuldigte an der Hauptverhandlung teilnehmen, andernfalls kann er nach § 230 II StPO vorgeführt werden. Auch trifft ihn die Pflicht, Angaben über persönliche Verhältnisse zu machen, wobei gerade eine Aussage zum Beruf ganz erhebliche Tatindizien schaffen könne.³⁹⁵ Gegen die verhaltensorientierte Abgrenzung spreche zudem, dass nicht immer zweifelsfrei zwischen aktiver Mitwirkung und passiver Duldung abgegrenzt werden könne.³⁹⁶ Beispielhaft zieht *Buchholz* den Grimassen-Fall heran, bei dem der Beschuldigte in einer Gegenüberstellung eine bestimmte Körperhaltung einnehmen und nicht verändern soll.³⁹⁷ Hier werde der Beschuldigte nicht lediglich zur Aufgabe des Widerstandes gegen die Erfüllung der ihm obliegenden passiven Duldungspflichten gezwungen³⁹⁸, denn die Aufgabe von Widerstand sei mehr als Duldung, es sei Unterlassung. Als dritter Kritikpunkt wird – eng mit dem zweiten verbunden – die grundsätzliche Gleichwertigkeit der Verhaltensweisen angeführt. Des Weiteren könne der Beschuldigte zwar die aktive Mitwirkung – beispielsweise an einer Atemalkoholprobe – verweigern. Die Androhung einer in diesem Fall zu dulgenden Blutabnahme übe aber mittelbar derartigen Druck auf den Beschuldigten aus, dass sein Weigerungsrecht letztlich entwertet werde. Zuletzt wird noch angeführt, dass die Abgrenzung anhand der Verhaltensweise auch praktisch Schwierigkeiten bereiten würde. Bei vielen Zwangsmaßnahmen sei nicht klar, ob der Beschuldigte zu einem Tun oder Unterlassen gezwungen werden soll, sodass die Gefahr der Willkür bestehe.³⁹⁹

³⁹⁴ *Buchholz*, Der nemo tenetur-Grundsatz, S. 274 ff.

³⁹⁵ Vgl. zur verbalen Selbstbelastung durch Angaben zur Person ausführlich *Verrel*, Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren, S. 173 ff., der allerdings zu dem Ergebnis kommt, dass die von der Verpflichtung ausgehende Selbstbelastung auf eine bloße Beschleunigung der staatlichen Identitätsermittlung beschränkt sei und zudem keine einschneidenden faktischen Konsequenzen zu befürchten seien, da es keine strafprozessualen Zwangsmittel zu ihrer Durchsetzung gebe und der über § 111 OWiG entstehende mittelbare Aussagedruck in Anbetracht der der Bußgeldobergrenze vergleichsweise unbedeutend sei.

³⁹⁶ Vgl. hierzu auch *Radtke*, in: FS Meyer-Gossner 2001, 321 (346).

³⁹⁷ Vgl. BGH NStZ 1993, 47.

³⁹⁸ So aber KG NJW 1979, 1668 (1669).

³⁹⁹ *Buchholz*, Der nemo tenetur-Grundsatz, S. 288 f. führt hier unter anderem den Fall der zwangsweisen Verabreichung eines Brechmittels an. Während das OLG Frankfurt in der Verabreichung einen Zwang zum aktiven Sich-erbrechen gesehen hat [OLG Frankfurt a.M. NJW 1997, 1647 (1648)], heißt es in einem Nichtannahmebeschluss des Bundesverfassungsgerichts, dass die Maßnahme im Hinblick auf die durch Art. 1 I GG geschützte Menschenwürde und den in Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG enthaltenen Grundsatz der Selbstbelastungs-

Da die Abgrenzung nach aktiver Mitwirkung und passiver Duldung damit nicht geeignet sei, den Umfang des nemo tenetur-Grundsatzes zu definieren, untersucht *Buchholz*, ob die Verbalitätsthese hierzu in der Lage ist. Nach dieser erfasst der nemo tenetur-Grundsatz allein selbstbelastende Aussagen und ist damit inhaltlich auf die Aussagefreiheit begrenzt.⁴⁰⁰ Unzulässig sind danach Maßnahmen, die auf die Erzwingung einer Aussage gerichtet sind, sowie die Anknüpfung nachteiliger Folgen an die Ausübung des Schweigerechts. Hierfür soll zunächst der Wortlaut der Belehrungsvorschriften (§§ 136 I 2 bis 4, 163a III 2, IV 2, 243 V 1, 115 III 1 StPO) und des Art. 14 III lit. g IPBPR sprechen, der nur auf die Aussagefreiheit bezogen ist. Auch rechtshistorisch betrachtet habe sich die Diskussion immer auf das mit der Aussagefreiheit korrespondierende Schweigerecht bezogen.⁴⁰¹ Des Weiteren bilde die Aussagefreiheit im internationalen Vergleich einen allgemein anerkannten Zentralgehalt des nemo tenetur-Grundsatzes und biete dadurch den Vorteil, einer europäischen Harmonisierung und der internationalen Zusammenarbeit zugänglich und förderlich zu sein. Ihre rechtsethische Begründung ziehe die Verbalitätsthese nicht aus einer Unzumutbarkeit oder dem Autonomiedanken, sondern aus der konsequentialistisch zu berücksichtigenden Förderung der Wahrheitsermittlung und der Unschuldsvermutung, um das Strafverfahren insgesamt gegen eine Desavouierung abzusichern. Dazu müsse auf diejenigen Beweismittel verzichtet werden, auf deren Beweiswert der Beschuldigte einen erheblichen Einfluss hat.⁴⁰² Sie seien

freiheit grundsätzlich keinen verfassungsrechtlichen Bedenken begegne (BVerfG, Beschluss vom 15.09.1999 – 2 BvR 2360/95). Es könnte auch von einer Duldung einer unwillkürlichen körperlichen Reaktion ausgegangen werden [*Rogall*, NStZ 1998, 66 (68); *Buchholz*, Der nemo tenetur-Grundsatz, S. 289]. Ob in dieser Aussage des Bundesverfassungsgerichts ein obiter dictum liegt ist strittig (dafür etwa *Rixen*, NStZ 2000, 381, dagegen etwa *Naucke*, StV 2000, 1 f.). Jedenfalls entfaltet der Nichtannahmebeschluss keine Bindungswirkung, vgl. BVerfGE 92, 91 (107); *Rixen*, NStZ 2000, 381 (382). Vgl. zu der Problematik der Brechmittelvergabe ausführlich MüKo-StPO/Trück, § 81a Rn. 17.

⁴⁰⁰ *Buchholz*, Der nemo tenetur-Grundsatz, S. 291; *Lesch*, ZStW 111 (1999), 624 (638); *ders.* GA 2000, 355 (363); *Böse*, Wirtschaftsaufsicht und Strafverfolgung, S. 438 ff.; *Dannecker*, ZStW (127) 2015, 991 (1005 f.), 2015, 370 (392, 400, 409), der die prozessuale Fundierung des nemo tenetur-Grundsatzes allerdings um materielle Gehalte (umfassendere Selbstbelastungsfreiheitsgehalte) ergänzt.

⁴⁰¹ *Buchholz*, Der nemo tenetur-Grundsatz, S. 303, verweist hier auf das Beispiel des John Lilburne, dem es allein um die Freiheit keine Äußerung abzugeben ging und die Auseinandersetzung mit dem nemo tenetur-Grundsatz im Deutschland des späten 19. Jahrhunderts, die sich stets im Zusammenhang und mit der Vernehmungssituation und damit mit der Aussagefreiheit befasste.

⁴⁰² Auch der EGMR nimmt an, dass Beweismittel, die unabhängig vom Willen des Beschuldigten existieren grundsätzlich verwendet werden dürfen, er spricht insoweit von „[...] material [...] which has an existence independent of the will of the suspect such as, inter alia, documents acquired pursuant to a warrant, breath, blood and urine samples, a bodily tissue for the purpose of DNA testing“, EGMR, Urteil v. 17.12.1996, Az.: 19187/91 – *Saunders/United Kingdom*, Rn. 69; EGMR, Urteil v. 11.07.2006, Az.: 54810/00 – *Jalloh/Germany*; ebenso: Richtlinie (EU) 2016/343 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 über die Stärkung bestimmter Aspekte der Unschuldsvermutung und des Rechts auf Anwesenheit in der Verhandlung in Strafverfahren (Abl. L 65 vom 11.3.2016, Ziff. 29).

gerade nicht in der Lage, die Wahrheitsermittlung zu sichern oder zu fördern. Jedenfalls bei generalisierender Betrachtung kann dem zugestimmt werden. Zwar hat der Beschuldigte bei jeder seiner Aussagen Einfluss auf deren Richtigkeit. Wenn er aber nicht unter Zwang aussagt, sondern freiwillig, so ist der Aussage ein deutlich höherer Beweiswert zuzumessen – er hätte die Möglichkeit zu schweigen, anstatt sich selbst zu belasten. Auch der Unschuldsvermutung muss dergestalt Rechnung getragen werden, dass kein Zwang auf den Beschuldigten ausgeübt wird, der einer vorweggenommenen Strafe gleicht.

Beide der soeben aufgeführten Herleitungen des *nemo tenetur*-Grundsatzes können zu dessen Begründung und Schutzbereichsbestimmung herangezogen werden. Zuzustimmen ist zunächst der Grundannahme, dass der *nemo tenetur*-Grundsatz einer Abwägung zugänglich ist. Überzeugend ist sodann der Ansatz, Grund und Umfang des *nemo tenetur*-Grundsatzes an der Überlegung zu messen, dass das Verfahren vor der eigenen Desavouierung geschützt werden muss. Dafür ist es erforderlich, dass diejenigen Beweismittel, die der Beschuldigte selbst generiert hat, an den Maßstäben der Wahrheitsfindung und der Unschuldsvermutung gemessen werden. Hinsichtlich der konkreten Schutzbereichsbestimmung ist es nicht zwingend, allein auf die Aussagefreiheit abzustellen. Hier kann der Gedanke der Unschuldsvermutung herangezogen werden. Der Beschuldigte steht vom Beginn seiner Beschuldigteneigenschaft an in einem anderen Verhältnis zum Staat. Durch die Beeinträchtigung seines konstitutiven Teilhabestatus ist seine Pflichtenstellung dem Staat gegenüber reduziert, nicht aber vollkommen ausgesetzt. Vielmehr ist das von ihm zu verlangende Maß an Mitwirkung auf diejenigen Mitwirkungshandlungen beschränkt, bei denen in einer Abwägung das Interesse des Beschuldigten zurücktritt. Damit ist nicht gesagt, dass mit dieser Vorgehensweise und Schutzbereichsumgrenzung der *nemo tenetur*-Grundsatz eine Abwertung erfährt. Vielmehr haben die als Maßstab heranzuziehenden Grundsätze der Wahrheitsermittlung und der Unschuldsvermutung bereits für sich genommen ein hohes Gewicht. Des Weiteren wird die Stellung des Beschuldigten auch nicht allein durch den *nemo tenetur*-Grundsatz, sondern durch weitere verfassungsrechtlich zwingende Regelungen abgesichert. Zu denken ist etwa an das Rückwirkungsverbot und den Grundsatz in *dubio pro reo*.

(bb) Konflikt mit den steuerlichen Mitwirkungspflichten

Die Beteiligten des Besteuerungsverfahrens sind nach § 90 I 1 AO zur Mitwirkung bei der Ermittlung des Sachverhalts verpflichtet. Seiner Mitwirkungspflicht kommt der Beteiligte insbesondere durch vollständige und wahrheitsgemäße Auskunft über steuerlich relevante Tatsachen und Bezeichnung ihm bekannter Beweismittel nach.⁴⁰³ Bei Verletzung der Mitwirkungspflicht droht eine Strafbarkeit nach § 370 AO. Die steuerlichen Mitwirkungspflichten erstrecken sich auch auf die

⁴⁰³ BeckOK-AO/Kobor, § 90 Rn. 17; Klein-AO/Rütke, § 90 Rn. 6; Kopf/Szalai, NJ 2010, 363 (365).

Offenbarung gesetzes- oder sittenwidriger Handlungen (vgl. § 40 AO). Werden die vom Steuerpflichtigen selbst getätigten Angaben in einem Strafverfahren gegen ihn verwendet, kann ein Konflikt mit der Selbstbelastungsfreiheit entstehen. Insbesondere kann es zu einer Situation kommen, in der die Auskunftsperson sich entweder selbst einer strafbaren Handlung bezichtigen oder durch eine Falschaussage gegebenenfalls ein neues Delikt begehen muss.⁴⁰⁴ Allerdings kennt die geltende Rechtsordnung kein ausnahmsloses Gebot, dass niemand zu Auskünften oder sonstigen Handlungen gezwungen werden darf, durch die er eine von ihm begangene strafbare Handlung offenbart.⁴⁰⁵ Regelungen zum Schutz gegen unzumutbare Eingriffe und Beeinträchtigungen begegnen unterschiedlich hohen Anforderungen, je nach Rolle der Auskunftsperson und Zweckbestimmung der Auskunft.⁴⁰⁶ Die strafrechtliche Verwertung erzwungener Aussagen sei aber unzulässig. Das Interesse an wahrheitsgemäßer Auskunftserteilung rechtfertige es nicht, dass der Auskunftspflichtige zugleich zu seiner Verurteilung beitragen müsse und dass die staatlichen Strafverfolgungsbehörden weitergehende Möglichkeiten erhielten, als in anderen Fällen der Strafverfolgung.⁴⁰⁷

Einer zweckwidrigen Verwendung der im Besteuerungsverfahren erlangten Informationen stehen grundsätzlich das Steuergeheimnis (§ 30 AO) sowie das Zwangsmittelverbot und das strafprozessuale Verwendungsverbot nach § 393 I, II AO entgegen. Für die Verfolgung einer Tat, die keine Steuerstraftat ist, gilt nach § 393 II 1 AO, dass soweit der Staatsanwaltschaft oder dem Gericht in einem Strafverfahren aus den Steuerakten Tatsachen oder Beweismittel bekannt werden, die der Steuerpflichtige der Finanzbehörde vor Einleitung des Strafverfahrens oder in Unkenntnis der Einleitung des Strafverfahrens in Erfüllung steuerrechtlicher Pflichten offenbart hat, diese in der Regel nicht gegen den Steuerpflichtigen für die Verfolgung einer Tat verwendet werden dürfen, die keine Steuerstraftat ist. Die Vorschrift stellt eine Ergänzung des Steuergeheimnisses i. S. d. § 30 AO dar, indem sie den Schutz des Steuergeheimnisses durch ein Verwendungsverbot im Strafverfahren absichert.⁴⁰⁸ Damit regelt § 30 AO in welchen Fällen die steuerlichen Informationen von der Finanzverwaltung an Gericht und Staatsanwaltschaft weitergegeben werden dürfen, während sich § 393 II AO an Gericht und Staatsanwaltschaft richtet und ein Verwendungsverbot statuiert.⁴⁰⁹ Ein Zugriff auf die im Besteue-

⁴⁰⁴ BVerfGE 56, 37 ((41 f.); BeckO-AO/Schaefer, § 393 Rn. 31; Flore/Tsambikakis/Webel, § 393 Rn. 10.

⁴⁰⁵ BVerfGE 56, 37 (42); Flore/Tsambikakis/Webel, § 393 Rn. 13.

⁴⁰⁶ BVerfGE 56, 37 (42).

⁴⁰⁷ BVerfGE 56, 37 (51); LG Göttingen, Beschluss vom 11.12.2007 – 8 KLs 1/07.

⁴⁰⁸ Hübschmann/Hepp/Spitaler/Tormöhlen, § 393 Rn. 20.

⁴⁰⁹ Hierbei ist streitig, ob es sich um ein Verwertungs-/Verfolgungs- oder (m.E. nach zutreffender Auffassung) um ein Verwendungsverbot handelt, vgl. etwa Flore/Tsambikakis/Nikolaus, § 393 Rn. 118 ff.; MüKo-StPO/Pflaum, AO, § 393 Rn. 43; Graf/Jäger/Wittig/Bülte, § 393 Rn. 58, 80 ff.; Hübschmann/Hepp/Spitaler/Tormöhlen, § 393 Rn. 159; Rolletschke,

ungsverfahren gewonnenen Erkenntnisse ist aber unter den Voraussetzungen der §§ 30 IV, 393 II 2 AO möglich.⁴¹⁰

Eine weitere Absicherung des nemo tenetur-Grundsatzes findet sich in § 393 I AO. § 393 I 2 AO regelt, dass im Besteuerungsverfahren Zwangsmittel nach § 328 AO gegen den Steuerpflichtigen unzulässig sind, wenn er dadurch gezwungen würde, sich selbst wegen einer von ihm begangenen Steuerstraftat oder Steuerordnungswidrigkeit zu belasten. Im Gegensatz zu § 393 II 1 AO wird damit nicht erst die Verwendung der erhobenen Informationen im Strafverfahren untersagt, sondern bereits deren Erhebung durch Anwendung oder Androhung von Zwang. Die steuerlichen Mitwirkungspflichten an sich bleiben aber bestehen, allein ihre zwangsweise Durchsetzung ist nicht möglich. Auch steuerrechtliche Folgerungen wie eine Schätzung nach § 162 AO werden nicht ausgeschlossen.⁴¹¹ Zu den unzulässigen Zwangsmitteln zählen zunächst die in § 328 AO ausdrücklich genannten Mittel des Zwangsgeldes (§ 329 AO), der Ersatzzwangshaft (§ 334 AO), der Ersatzvornahme (§ 330 AO) und des unmittelbaren Zwangs (§ 331 AO).⁴¹² Strittig ist, ob auch Betretungs- und Besichtigungsrechte etwa nach den §§ 99, 200 III 2 AO und Nachschauen (§ 210 I AO, § 27b UStG) zu den Zwangsmitteln im Sinne des § 328 AO gehören. Teilweise wird dem entgegengehalten, dass der Steuerpflichtige durch eine solche Maßnahme nicht unmittelbar gezwungen werde, sich selbst zu belasten.⁴¹³ Der Einsatz von Zwangsmitteln ist ferner dann zulässig, wenn der Steuerpflichtige die Möglichkeit einer strafbefreienden Selbstanzeige nach § 371 AO hat und damit die Strafverfolgung verhindern kann.⁴¹⁴

(b) Der Grundsatz nemo tenetur und Ermittlungen in Verfahren nach § 170 I StGB

Nachdem der allgemeine Konflikt zwischen den steuerlichen Mitwirkungspflichten und der Selbstbelastungsfreiheit aufgezeigt wurde, soll nun darauf eingegangen werden, inwiefern ein Konflikt besteht, wenn die durch Mitwirkungs-

Steuerstrafrecht, 6. Teil, B.III. Rn. 20, S. 434. Dieser Streit hat vorliegend allerdings keine Auswirkungen, auf ihn wird daher nicht näher eingegangen.

⁴¹⁰ In dieser Norm liegt bereits eine Einschränkung des nemo tenetur-Grundsatzes. Näher zu der von § 393 II 2 AO eröffneten Verwendungsmöglichkeit in Fällen des zwingenden öffentlichen Interesses B.III.3.c)bb)(2)(b)(bb)(a).

⁴¹¹ Das ist strittig. – Wenn die Voraussetzungen einer Schätzung vorliegen und wenn keine (steuerrechtlich unzulässige) bewusst überhöhte Schätzung erfolgt, der Steuerpflichtige damit behandelt wird, wie jeder andere, der seine Mitwirkungspflichten unverschuldet versäumt, sollte dieses Instrument der Besteuerungsbehörde aber zustehen; vgl. Hübschmann/Hepp/Spitaler/*Tormöhlen*, § 393 Rn. 73 ff.; Flore/Tsambikakis/*Webel*, § 393 Rn. 21 ff.; Joecks/Jäger/Randt/*Joecks*, § 393 Rn. 36; kritisch: BeckOK-AO/*Schaefer*, § 393 Rn. 112.2 f.

⁴¹² Flore/Tsambikakis/*Webel*, § 393 Rn. 20.

⁴¹³ Flore/Tsambikakis/*Webel*, § 393 Rn. 25; Klein-AO/*Jäger*, § 393 Rn. 7; nach Hübschmann/Hepp/Spitaler/*Tormöhlen*, § 393 Rn. 72 ist danach zu differenzieren, ob der Steuerpflichtige zur aktiven Mitwirkung (z.B. Öffnen der Tür) veranlasst werden soll oder ob unmittelbarer Zwang angewendet wird.

⁴¹⁴ Klein-AO/*Jäger*, § 393 Rn. 13, 27; MüKo-StPO/*Pflaum*, AO, § 393 Rn. 12.

pfllichten erlangten Informationen speziell in einem Strafverfahren wegen Unterhaltspflichtverletzung verwendet werden. Damit eine Rechtsgrundlage geschaffen werden kann, die es den Ermittlungsbehörden und den Gerichten in einem Verfahren nach § 170 I StGB zu Ermittlungszwecken erlaubt, auf bei den Finanzbehörden vorhandene Informationen zugreifen zu können, darf in der Übermittlung und Verwendung der Daten zu diesem Zweck kein ungerechtfertigter Eingriff in die Selbstbelastungsfreiheit liegen. Daher ist zunächst zu klären, inwiefern ein Eingriff vorliegt, wenn bestimmte Steuerdaten in einem Verfahren nach § 170 I StGB zur Ermittlung der Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners verwendet werden. Sodann muss ggf. in einem zweiten Schritt geklärt werden, ob dieser Eingriff gerechtfertigt werden kann.

(aa) Eingriff in das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit

Durch eine Weiterleitung und Verwendung der Steuerinformationen in einem Verfahren nach § 170 I StGB, die zur Ermittlung der Leistungsfähigkeit erforderlich sind, könnte in den *nemo tenetur*-Grundsatz eingegriffen werden.

Die Ausgangssituation in einem Verfahren nach § 170 I StGB stellt sich zunächst wesentlich anders dar, als beispielsweise in einem Betrugsverfahren. Bei letzterem dient die einzelne Angabe der deliktischen Herkunft des Einkommens der Begründung eines (Anfangs-)Verdachts und der Steuerpflichtige ist sich der inkriminierenden Wirkung seines Offenbarungsverhaltens bewusst. In diesem Fall gibt er eine strafbare Handlung an die Finanzbehörden preis, die zu einer Strafverfolgung führen kann. Anders stellt sich die Situation in einem Verfahren wegen Verletzung der Unterhaltspflicht dar. Hier kommt es nicht auf die Quelle des Einkommens an. Ob die Einkünfte aus einer Straftat stammen oder nicht, ist für die Ermittlungen im Rahmen des § 170 I StGB irrelevant.⁴¹⁵ Vielmehr kommt es dort maßgeblich auf die

⁴¹⁵ Den Unterhaltsschuldner wegen der deliktischen Herkunft des Einkommens von seiner Pflicht zu befreien ist unbillig. Vorgeworfen wird dem Täter des § 170 I StGB, die ihm zur Verfügung stehenden Mittel nicht zur Erfüllung seiner Unterhaltspflicht genutzt zu haben, vgl. SK-StGB/Schall, § 170 Rn. 32; LG Berlin NStZ 2006, 294 (295); Lackner/Kühl/Heger, § 170 Rn. 8. Der Unterhaltspflichtige, der aus verbotenen oder strafbaren Tätigkeiten Einkünfte erzielt, darf nicht besser stehen, als Unterhaltsschuldner, die legalen Erwerbstätigkeiten nachgehen, vgl. MüKo-StGB/Ritscher, § 170 Rn. 41. Grds. zustimmend auch Matt/Renzikowski/Kuhli, § 170 Rn. 10, der dann Einkünfte aus krimineller Tätigkeit ausnimmt, wenn die Tatopfer identifizierbar sind, die Ersatzansprüche sind dann als Schulden des Täters in die Berechnung einzubeziehen (gleiches soll bei einer Einziehung gelten). Nicht erfasst ist allerdings noch nicht erzieltetes Einkommen – zu einer Fortsetzung der kriminellen Tätigkeit kann der Unterhaltsschuldner nicht gezwungen werden.

Nach a. A. müssten Einkünfte aus krimineller Tätigkeit unberücksichtigt bleiben, weil man einem Unterhaltsverpflichteten strafrechtlich nicht vorwerfen könne, er habe Einkünfte aus Straftaten, die den Opfern zustehen (§ 73 I 2 StGB) nicht *plichtgemäß* an den Unterhaltsberechtigten abgeführt, so etwa Fischer, § 170 Rn. 8a; LK-StGB/Dippel, § 170 Rn. 44. Dies kann dann allerdings nur gelten, wenn Rückforderungs-/Schadensersatzansprüche Geschädigter bestehen und diese auch durchgesetzt werden. Vgl. hierzu auch Sch/Sch/Bosch/Schittenhelm, § 170 Rn. 21, die zwischen einem sittenwidrigen Erwerb und der Verletzung einer sich aus dem Erwerb ergebenden Pflicht unterscheiden.

beziehbare Höhe der Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Unterhaltspflichtigen an und damit in concreto auf das Zwischenergebnis im Besteuerungsverfahren.⁴¹⁶

Dennoch liegt in der Angabe der erzwingbaren steuerlich relevanten Informationen, die dann in einem Strafverfahren gegen den Unterhaltsschuldner zur Ermittlung seiner Leistungsfähigkeit verwendet werden könnten, ein aktives Verhalten des Unterhaltsschuldners. Dadurch wird sein Recht auf Passivität und sein umfassendes Recht auf Mitwirkungsfreiheit beeinträchtigt. Indem auch Aussagen des steuerpflichtigen Unterhaltsschuldners zur Bestimmung der Besteuerungsgrundlage verwendet werden dürften, liegt auch bei Zugrundelegung der Verbalitätsthese ein Eingriff in die Selbstbelastungsfreiheit vor. In der Weiterleitung und Verwendung von Steuerinformationen zur Ermittlung der Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners, liegt folglich ein Eingriff in die Selbstbelastungsfreiheit – unabhängig davon, welche Herleitung und Schutzbereichsumgrenzung zugrunde gelegt wird. Eine Durchbrechung de lege ferenda wäre dennoch möglich, wenn diese gerechtfertigt werden kann.

(bb) Rechtfertigung des Eingriffs

Bisher steht damit Folgendes fest: In dem Strafverfahren selbst muss der Angeklagte keine Auskünfte über seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse erteilen. Nach § 136 I 2 StPO ist der Beschuldigte darauf hinzuweisen, dass es ihm nach dem Gesetz freisteht, sich zu der Beschuldigung zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen und jederzeit, auch schon vor seiner Vernehmung, einen von ihm zu wählenden Verteidiger zu befragen. Das Problem liegt folglich darin, dass der Unterhaltspflichtige zur Angabe der relevanten Informationen an die Steuerbehörde verpflichtet war und diese Pflicht regelmäßig zwangsweise durchgesetzt werden konnte, während ihm eine solche zwangsweise durchsetzbare Pflicht zur Aussage im Strafverfahren selbst nicht auferlegt werden kann.

Nochmals zur Klarstellung: Der nemo tenetur-Grundsatz ist nach hier vertretener Ansicht einer Abwägung zugänglich. Andernfalls dürfte auf eine mögliche Rechtfertigung überhaupt nicht mehr eingegangen werden.⁴¹⁷ Ob de lege ferenda eine

⁴¹⁶ Die Übermittlungs- und Verwendungsbefugnis kann allerdings nicht vollständig auf rein betragsmäßige Angaben der Einkommens- und Vermögensverhältnisse bzw. auf das Besteuerungsergebnis beschränkt werden, vgl. hierzu ausführlich die Ausführungen unter B.III.3.c)bb)(1)(c)(aa).

⁴¹⁷ Interessant ist in diesem Zusammenhang auch Folgendes: Bei Betrachtung der umfangreichen Ermittlungsmöglichkeiten, die der Staatsanwaltschaft zur Verfügung stehen, werden auch an anderer Stelle Informationen des Unterhaltsschuldners im Strafverfahren verwendet, zu deren Angabe er verpflichtet war. Beispielsweise besteht nach § 14 I 1 GewO die Pflicht, den selbstständigen Betrieb eines stehenden Handelsgewerbes, einer Zweigniederlassung oder einer unselbstständigen Zweigstelle der zuständigen Behörde anzuzeigen. Nur unter dieser Voraussetzung kann ein derartiges Gewerbe betrieben werden. Diese Informationen werden teilweise auch im Besteuerungsverfahren hinsichtlich der daraus generierten Einkünfte relevant, dort unterliegen sie de lege lata allerdings einem Verwendungsverbot.

Übermittlung und Verwendung der relevanten Steuerinformationen in einem § 170 I StGB betreffenden Verfahren ohne Verletzung des *nemo tenetur*-Grundsatzes möglich ist, soll im Folgenden geklärt werden. Dazu soll vorgelagert drei Fragen nachgegangen werden. Zunächst wird auf die bereits *de lege lata* bestehenden Durchbrechungsmöglichkeiten eingegangen. Sodann werden die Steuerdaten näher beleuchtet, die als nicht vom Verwendungsverbot des § 393 II 1 AO erfasst angesehen werden. Losgelöst vom Strafrecht wird zudem überprüft, in welchen anderen (etwa zivil- und sozialrechtlichen) Vorschriften eine Verwendung der Steuerdaten zur Durchsetzung von Unterhaltsansprüchen vorgesehen ist.

Nach eingehender Erörterung dieser grundlegenden Fragen, soll speziell auf die Möglichkeit eingegangen werden, auch in einem Strafverfahren nach § 170 I StGB auf die Steuerdaten zugreifen zu können. Hierzu soll die vorgeschlagene Einführung einer Durchbrechung *de lege ferenda* anhand eines Vergleichs mit den vorstehenden Fragen sowie der Ratio des *nemo tenetur*-Grundsatzes und weitergehenden Erwägungen auf ihre Zulässigkeit untersucht werden.

(α) Bestehende Durchbrechungsmöglichkeiten des Steuergeheimnisses

Das Steuergeheimnis erfährt keinen ausnahmslosen Schutz. Bereits *de lege lata* bestehen verschiedene Durchbrechungsmöglichkeiten, die es gestatten, in einem Strafverfahren auf Steuerdaten zugreifen zu können. Dies deutet darauf hin, dass der *nemo tenetur*-Grundsatz der Verwendung von Steuerdaten nicht in jedem Fall entgegensteht.

Zunächst kann in einem Steuerstrafverfahren auf Steuerdaten zurückgegriffen werden. Es werden damit im Steuerstrafverfahren Informationen offenbart und verwendet, die der Steuerpflichtige zuvor aufgrund ihm obliegender Mitwirkungs- und Offenbarungspflichten der Steuerbehörde mitgeteilt hat. Hinsichtlich der Verfolgung von Allgemeinstrafataten gilt zwar grundsätzlich das Verwendungsverbot des § 393 II 1 AO, dies aber nicht ausnahmslos. Eine Einschränkung findet sich insbesondere im zweiten Satz für Straftaten, an deren Verfolgung ein zwingendes öffentliches Interesse besteht. Weitere Durchbrechungen finden sich beispielsweise in den §§ 31a, 31b AO, § 4 V Nr. 10 S. 3 EStG. Warum in diesen Fällen ein Rückgriff auf die Steuerdaten möglich ist, soll sogleich beleuchtet werden, um hieraus Rückschlüsse für die Legitimation einer weiteren Ausnahme in einem strafrechtlichen Unterhaltsverfahren ziehen zu können.⁴¹⁸

Auch hieran zeigt sich, dass in gewissem Umfang der *nemo tenetur*-Grundsatz bereits durchbrochen wird.

⁴¹⁸ Auch außerhalb des Steuerrechts finden sich Ausnahmen vom *nemo tenetur*-Grundsatz, etwa im Wehrrecht. Nach § 13 I SG muss der Soldat in dienstlichen Angelegenheiten die Wahrheit sagen. Tut er dies nicht, verletzt er schuldhaft seine Pflichten und begeht damit ein Dienstvergehen. Er hat damit lediglich die Wahl, sich wegen des von ihm bereits begangenen Dienstvergehens selbst zu belasten oder ein neues Dienstvergehen zu begehen. In der Literatur wird diesem Konflikt durch die Einführung eines Beweisverwertungsverbotes *de lege ferenda*

Weil das Steuerstrafverfahren und das Besteuerungsverfahren gleichzeitig, gleichrangig und grundsätzlich unabhängig, aber nicht völlig unbeeinflusst nebeneinander laufen, ist die Gefahr der Selbstbelastung im Steuerstrafverfahren besonders groß.⁴¹⁹ Im Steuerstrafverfahren selbst kann nach dem Gesetzeswortlaut grundsätzlich auf die im Besteuerungsverfahren erlangten Informationen zurückgegriffen werden. § 393 II 1 AO verbietet nur die Verwendung von Tatsachen oder Beweismitteln zur Verfolgung einer Nicht-Steuerstraftat. Demgegenüber ist die Offenbarung und Verwendung geschützter Daten nach § 30 IV Nr. 1 i. V. m. § 30 II Nr. 1 AO zulässig, soweit sie der Durchführung eines Verwaltungsverfahrens, eines Rechnungsprüfungsverfahrens oder eines gerichtlichen Verfahrens in Steuer-sachen oder eines Strafverfahrens wegen einer Steuerstraftat oder eines Bußgeldverfahrens wegen einer Steuerordnungswidrigkeit dient. Allerdings kann der Steuerpflichtige nach § 393 I 2 AO nach Einleitung des Steuerstrafverfahrens nicht mehr mit Zwangsmitteln zur Abgabe von Erklärungen gehalten werden, mit denen er sich selbst einer Straftat bezichtigen würde.⁴²⁰ Das Zwangsmittelverbot greift dann, wenn die Erfüllung der Mitwirkungspflicht einen Anfangsverdacht für die Verfolgung einer Straftat begründen könnte.⁴²¹ Ansonsten sind die Angaben des Steuerpflichtigen in den in § 30 II Nr. 1 AO genannten Verfahren verwendbar. Die Berechtigung der Durchbrechungsmöglichkeit nach § 30 IV Nr. 1 AO soll darin liegen, dass das Steuergeheimnis nicht allein dem Schutz des Steuerpflichtigen, sondern auch dazu diene, die Richtigkeit der Besteuerung sicherzustellen. Das Steuergeheimnis dürfe der Ermittlung von Besteuerungsgrundlagen nicht entgegenstehen.⁴²² Ohne einen Informationsaustausch für besteuersrechtliche Zwecke zwischen den einzelnen Behörden könne das Ziel, Steuerquellen möglichst vollständig zu erfassen und eine weitgehend gesetzmäßige und gleichmäßige Besteuerung zu ermöglichen, nicht erreicht werden.⁴²³ Erforderlich sei ein unmittelbarer funktionaler Zusammenhang zwischen der Offenbarung und einem steuerlichen Verfahren. Denn die Regelung solle die Funktionsfähigkeit der Verfahren nach § 30 II Nr. 1 a und b AO sicherstellen, indem die Finanzbehörden und die mit Steuerstraf- und mit Steuerord-

begegnet, vgl. *Heinz*, Steuerrechtliche Mitwirkungspflichten und der Nemo-tenetur-Grundsatz, S. 51.

⁴¹⁹ BFH NJW 2002, 847 f.; Graf/Jäger/Wittig/Bülte, § 393 Rn. 3; MüKo-StGB/Pflaum, AO, § 393 Rn. 7.

⁴²⁰ Aus der Mitwirkungsverweigerung können allerdings weiterhin nachteilige Schlüsse etwa im Rahmen einer Schätzung nach § 162 AO gezogen werden; vgl. etwa Graf/Jäger/Wittig/Bülte, § 393 Rn. 10; Klein-AO/Jäger, § 393 Rn. 20 f.; Flore/Tsambikakis/Webel, § 393 Rn. 16.

⁴²¹ Joecks/Jäger/Randt/Joecks, § 393 Rn. 21.

⁴²² Hübschmann/Hepp/Spitaler/Alber, § 30 Rn. 149; Entwurf einer Abgabenordnung (AO 1974), BT-Drs. VI/1982, S. 101.

⁴²³ Ruegenberg, Das nationale und internationale Steuergeheimnis im Schnittpunkt von Besteuerungs- und Strafverfahren, S. 51.

nungswidrigkeiten befassten Gerichte bei der Erfüllung ihrer Aufgaben nicht durch das Steuergeheimnis behindert werden.⁴²⁴

Teilweise wird ein unzulässiger Mitwirkungszwang in der Sanktionsdrohung des § 370 I Nr. 2 AO gesehen. Durch die strafbewehrte Pflicht wäre der Steuerpflichtige zur Abgabe einer Steuererklärung gezwungen, mit der er – bei wahrheitsgemäßer Darstellung – vorangegangene Hinterziehungen aufdecken müsste.⁴²⁵ Da die Androhung von Kriminalstrafe häufig in ihren Auswirkungen die in § 393 I 2 AO i. V. m. § 328 AO bezeichneten Zwangsmittel übertreffen würde, gebiete eine an Sinn und Zweck dieser Bestimmung orientierte Auslegung den Steuerpflichtigen auch im Falle einer notwendigen Selbstbelastung von einer strafbewehrten Pflicht zur Selbstbezeichnung freizustellen.⁴²⁶ Eine Lösung des Konflikts wird in einer erweiterten Auslegung des § 393 I 2 AO gesehen.⁴²⁷ Einschränkend soll die steuerliche Erklärungsspflicht aber nur dann suspendiert sein, wenn sie sich auf denselben steuerlichen Sachverhalt bezieht. Nach dem BGH findet das Zwangsmittelverbot dort seine Grenze, wo es nicht mehr um ein bereits begangenes steuerliches Fehlverhalten geht, für das ein Steuerstrafverfahren bereits eingeleitet ist. Selbst wenn die Abgabe zutreffender Steuerklärungen für nachfolgende Besteuerungszeiträume mittelbare Auswirkungen auf das laufende Steuerstrafverfahren haben könnte, rechtfertige das nicht ihre Unterlassung, weil andernfalls neues Unrecht geschaffen werde und dem Täter gegenüber anderen Steuerpflichtigen eine ungerechtfertigte Besserstellung eingeräumt werden würde.⁴²⁸ Dann befindet sich der Steuerpflichtige allerdings in der Konfliktsituation, entweder erneut falsche Angaben zu machen und eine weitere Steuerhinterziehung zu begehen oder nunmehr eine wahrheitsgemäße Erklärung abzugeben, mit der Gefahr, dass seine Angaben Rückschlüsse auf die tatsächlichen Besteuerungsgrundlagen für Besteuerungszeiträume zulassen, in denen er sich strafbar gemacht hat.⁴²⁹ Zur Gewährleistung eines Schutzes des Steuerpflichtigen hinsichtlich drohender Selbstbelastung bezüglich anderer steuerlicher Sachverhalte wird unter anderem die Ausweitung der in § 30 AO normierten Offenbarungsverbote beziehungsweise der in § 393 II AO normierten Verwer-

⁴²⁴ BVerwG NVwZ 1982, 503 (505); BFH NVwZ, 474 (476); BeckOK-AO/Matthes, § 30 Rn. 98; Klein-AO/Jäger, § 30 Rn. 73; MüKo-StPO/Pflaum, AO § 393 Rn. 18.

⁴²⁵ BGH NJW 2001, 3638 (3641); BeckOK-AO/Schaefer, § 393 Rn. 21.2.

⁴²⁶ BGH NJW 2001, 3638 (3641).

⁴²⁷ BGH NSTZ 2002, 437 f.; vgl. hierzu und zum Folgenden ausführlich Aselmann, NSTZ 2003, 71 ff.

⁴²⁸ BGH NSTZ 2002, 436; hierfür spricht auch der Wille des Gesetzgebers, der mit § 393 I 1 AO zum Ausdruck gebracht hat, dass dem Steuerpflichtigen trotz Einleitung eines Steuerstrafverfahrens gerade kein Aussageverweigerungsrecht zustehen soll. Die verfahrensrechtliche Stellung des Steuerpflichtigen im Besteuerungsverfahren soll sich durch die Einleitung eines Steuerstrafverfahrens vielmehr nicht ändern. Vgl. BT-Drs. VII/4292, S. 46; BeckOK-AO/Schaefer, § 393 Rn. 34.1.

⁴²⁹ Vgl. Jäger, NSTZ 2005, 552 (557).

tungsverbote durch den Gesetzgeber vorgeschlagen.⁴³⁰ In seinem Beschluss vom 12.1.2005⁴³¹ hat der BGH in seinem Leitsatz erneut festgestellt, dass bei Anhängigkeit eines Steuerstrafverfahrens das Zwangsmittelverbot es nicht rechtfertige, die Abgabe von Steuererklärungen für nachfolgende Besteuerungszeiträume zu unterlassen. Allerdings bestehe für die zutreffenden Angaben des Steuerpflichtigen, soweit sie zu einer mittelbaren Selbstbelastung für zurückliegende strafbefangene Besteuerungszeiträume führe, ein – unmittelbar aus dem verfassungsrechtlichen Verbot des Selbstbelastungszwangs herzuleitendes – strafrechtliches Verwendungsverbot.⁴³² Mangels gesetzlicher Fixierung wird teilweise angenommen, dass – solange der Gesetzgeber ein Verwendungsverbot nicht statuiert – bei einem nachkonstitutionellen Gesetz wie der Abgabenordnung ein solches nicht durch gerichtliche Ergänzung aufgestellt werden könne.⁴³³

Neben der Durchbrechung des Steuergeheimnisses zugunsten von Ermittlungen in einem Steuerstrafverfahren finden sich solche Durchbrechungen auch zugunsten von Ermittlungen in Nicht-Steuerstraftaten. Zu nennen ist diesbezüglich insbesondere die Ausnahme wegen zwingenden öffentlichen Interesses gemäß § 393 II 2 AO. Die in § 393 II 2 AO statuierte Ausnahme vom Verwendungsverbot des § 393 II 1 AO wegen zwingenden öffentlichen Interesses wird in der Literatur vielfach als verfassungswidrig angesehen.⁴³⁴ Der Schutz der Menschenwürde gebiete es, gewonnenermaßen offenbarte Umstände nicht zur Strafverfolgung gegen die betreffende Person zu verwenden.⁴³⁵ Das Bundesverfassungsgericht hat sich bisher zur verfassungsrechtlichen Legitimation der Norm nicht explizit geäußert. Eine Vorlage des Landgericht Göttingens hat es als unzulässig abgewiesen (Art. 101 I 1 GG, § 81a BVerfGG), weil das vorlegende Gericht die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung von § 393 II 2 AO nicht hinreichend erörtert und damit die für die Zulässigkeit der Vorlage erforderliche Entscheidungserheblichkeit nicht ausreichend

⁴³⁰ Aselmann, NStZ 2003, 71 (75). Aselmann meint, dass solange eine Änderung der derzeitigen Gesetzeslage nicht stattfindet, der Konfliktlage, der sich der Angeklagte gegenübersteht (strafrechtliche Selbstbelastung durch wahrheitsgemäße Angaben oder Strafbarkeit nach § 370 I AO) dadurch begegnet werden könnte, dass an die Verletzung der Mitwirkungspflichten keine strafrechtlichen Sanktionen geknüpft werden.

⁴³¹ BGH, Beschluss vom 12.1.2005 – 5 StR 191/04, NJW 2005, 763.

⁴³² BGH NJW 2005, 763 (765), so auch Graf/Jäger/Wittig/Bülte, § 393 Rn. 51; Klein-AO/Jäger, § 393 Rn. 29; MüKo-StPO/Pflaum, AO, § 393 Rn. 29; Erbs/Kohlhaas-AO/Hadamitzky/Senge, § 393 Rn. 3.

⁴³³ BeckOK-AO/Schaefer, § 393 Rn. 34.4.; Aselmann, NStZ 2003, 71 (75); vgl. auch Kopff/Szalai, NJ 2010, 363 (369).

⁴³⁴ So etwa Hübschmann/Hepp/Spitaler/Tormöhlen, § 393 Rn. 181.; Joecks/Jäger/Randt/Joecks, Rn. 97; Graf/Jäger/Wittig/Bülte, § 393 Rn. 103; MüKo-AO/Pflaum, § 393 Rn. 97 ff.; Leitner/Rosenau/Sprenger, § 393 Rn. 10; Böse, Wirtschaftsaufsicht und Strafverfolgung, S. 535; Knippel, Das nemo-tenetur-Prinzip bei außerstrafrechtlicher Pflichterfüllung, S. 156 ff.

⁴³⁵ LG Göttingen, Beschluss vom 11.12.2007 – 8 KLS 1/07, BeckRS 2008, 3494.

dargelegt hat.⁴³⁶ Der BGH sieht demgegenüber keine unzulässige Beeinträchtigung des Steuergeheimnisses, sofern an die Konkretisierung der steuerlichen Erklärungen niedrigere Anforderungen als sonst üblicherweise gestellt werden, etwa in Form von rein betragsmäßigen Angaben zum Einkommen ohne Nennung der jeweiligen Quelle.⁴³⁷ In Anbetracht der überragenden Bedeutung der in § 30 IV Nr. 5 AO genannten Rechtsgüter werde dem Steuerpflichtigen die Erklärung auch solcher Einkünfte zugemutet, durch deren Offenbarung er in den Verdacht einer Straftat geraten und durch die er sich der Gefahr der Strafverfolgung aussetzen kann. Durch die Herabsetzung der Anforderungen an die steuerlichen Erklärungspflichten könne ein Ausgleich zwischen der Gefahr schwerer Nachteile für das allgemeine Wohl (§ 30 IV Nr. 5 AO), dem Schutz vor erzwungener Selbstbelastung und dem Steuergeheimnis geschaffen werden.⁴³⁸ Da in den Steuererklärungen (§ 150 AO) keine Angaben zu einzelnen Geschäftsvorfällen verlangt werden, werde kein unzulässiger Zwang zur Selbstbelastung wegen einer Nichtsteuerstraftat ausgeübt und die Strafbewehrung der Erklärungspflicht bleibe erhalten.⁴³⁹ Im Hinblick auf weitergehende Mitwirkungspflichten sei zu differenzieren.⁴⁴⁰ Aufzeichnungs- und Vorlagepflichten berührten schon den Kernbereich der Selbstbelastungsfreiheit nicht.⁴⁴¹ Hinsichtlich anderer Mitwirkungshandlungen sei der Selbstbelastungsfreiheit durch eine Einschränkung der Zwangsmittelbefugnis im Besteuerungsverfahren zu entsprechen.⁴⁴² Um die Selbstbelastungsfreiheit nicht zu weit in das Besteuerungsverfahren zu tragen, wird auf die Möglichkeit der Schätzung von Besteuerungsgrundlagen beziehungsweise der Nichtanerkennung von Ausgaben (§ 160 I S. 1 AO) verwiesen.⁴⁴³

Gegen diesen Lösungsweg wird eingewandt, dass er praktisch kaum umsetzbar sei.⁴⁴⁴ Unter anderem könnten die Finanzbehörden bei unvollständigen Angaben in den Steuererklärungsvordrucken nach § 93 AO auch über die Art der Einkünfte Auskunft verlangen, wenn ein hinreichender Anlass zur Kontrolle aufgrund konkreter Anhaltspunkte oder allgemeiner Erfahrungen besteht. Zudem wird befürchtet, der Steuerpflichtige könne sich dann – auch willkürlich – auf die Gefahr einer strafrechtlichen Selbstbelastung berufen und der Finanzbehörde wäre eine weitere

⁴³⁶ BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 27.04.2010 – 2 BvL 13/07, Rn. 36 ff.

⁴³⁷ BGH, Urteil v. 5.5.2004 – 5 StR 139/03, NStZ-RR 2004, 242 (243 f.); BGH NJW 2006, 925 (932 f.); hierzu auch *Jäger*, NStZ 2005, 552 (558).

⁴³⁸ BGH NStZ-RR 2004, 242 (243).

⁴³⁹ MüKo-StPO/Pflaum, AO, § 393 Rn. 65.

⁴⁴⁰ MüKo-StPO/Pflaum, AO, § 393 Rn. 67 f.

⁴⁴¹ Vgl. hierzu näher B.III.3.c)bb)(2)(b)bb)(β).

⁴⁴² MüKo-StPO/Pflaum, AO, § 393 Rn. 68.

⁴⁴³ MüKo-StPO/Pflaum, AO, § 393 Rn. 68.

⁴⁴⁴ Hierzu ausführlich etwa *Wulf*, wistra 2006, 89 (93 f.), der zu dem Ergebnis kommt, dass dieser Weg einer niedrigeren Konkretisierungsschwelle nur in einfach gelagerten Fällen durchzuhalten ist.

Überprüfung der Einkünfte entzogen.⁴⁴⁵ Als anderer Lösungsansatz wird vorgeschlagen, die Nichterfüllung der Erklärungspflicht in Bezug auf Besteuerungsgrundlagen aus verbotenem Verhalten wegen Unzumutbarkeit der Pflichterfüllung straffrei zu stellen.⁴⁴⁶ Wieder andere sehen eine Lösung des Konflikts darin, dem Steuerpflichtigen das Recht einzuräumen, eine weitere Mitwirkung unter Hinweis auf den *nemo tenetur*-Grundsatz zu verweigern, beziehungsweise in einer Ausweitung des Zwangsmittelverbots des § 393 I 1 AO auf Fälle des § 393 II 2.⁴⁴⁷ Dies widerspricht allerdings bereits dem Wortlaut des § 393 I 2 AO sowie der Existenz des § 40 AO und würde zudem vom Steuerpflichtigen verlangen zu erkennen, wann an der Verfolgung einer Straftat ein zwingendes öffentliches Interesse besteht.⁴⁴⁸

Auch die §§ 31a II, 31b S. 2 AO sowie § 4 V Nr. 10 S. 3 EstG enthalten Offenbarungspflichten hinsichtlich von § 30 AO geschützter Daten.

§ 31a AO stellt eine Ausnahme vom in § 30 IV Nr. 2 AO verankerten Steuergeheimnis dar und ermöglicht eine Offenbarung von Kenntnissen, die der Bekämpfung von illegaler Beschäftigung und Schwarzarbeit, der Unterbindung unzulässiger

⁴⁴⁵ *Heinz*, Steuerrechtliche Mitwirkungspflichten und der *Nemo-tenetur*-Grundsatz, S. 139 f., die als Lösung des Konflikts eine restriktive Auslegung der Vorschrift vorschlägt und zwar derart, dass § 393 II 2 AO nicht zur Anwendung kommen soll, wenn die Informationen durch Auskünfte des Steuerpflichtigen oder Unterlagen, die der Steuerpflichtige nur zum Zwecke der Erfüllung seiner steuerrechtlichen Mitwirkungspflichten erstellt hat, in die Steuerakte gelangt sind oder ein Beschlagnahmeverbot nach § 97 StPO greift, vgl. *Heinz*, Steuerrechtliche Mitwirkungspflichten und der *Nemo-tenetur*-Grundsatz, S. 143 f. sowie die Ausführungen in B.III.3.c)bb)(2)(b)(bb)(β).

⁴⁴⁶ *Wulf*, wistra 2006, 89 (96), der diese Lösung zwar hinsichtlich des Schutzes des Steueraufkommens als unbefriedigend einstuft, im Ergebnis aber (wegen des seiner Einschätzung nach unzureichend ausgestalteten Verwertungsverbots) als einzigen Weg zum Schutz des Kernbereichs des *nemo tenetur*-Grundsatzes ansieht.

⁴⁴⁷ *Wulf*, wistra 2006, 89 (95), der die praktische Umsetzbarkeit allerdings anzweifelt; *Rolletschke*, Steuerstrafrecht, 6. Teil, C.III. Rn. 88; vgl. hierzu auch *Joecks/Jäger/Randt/Joecks*, § 393 Rn. 101, der sich gegen eine derartige Lösung ausspricht, nicht nur § 40 AO spreche gegen eine Ausweitung des § 393 I 2 AO, sondern auch der Umstand, dass der Steuerpflichtige kaum wissen könne, in welchem Fall ein „zwingendes öffentliches Interesse“ vorliegt, sodass ihm diese Lösung keine Orientierung bieten könne.

⁴⁴⁸ *MüKo-StPO/Pflaum*, AO, § 393 Rn. 102; *Böse*, Wirtschaftsaufsicht und Strafverfolgung, S. 533. Diese Überlegungen würden zudem jedenfalls in Fällen des § 170 I StGB nicht weiterführen. Selbst wenn das Zwangsmittelverbot auch auf Allgemeinstrafataten ausgeweitet werden würde, so ändert dies nichts daran, dass in einem Verfahren nach § 170 I StGB nicht konkrete Informationen über die einzelne möglicherweise begangene steuerlich relevante Straftat offenbart und verwendet werden sollen, sondern diejenigen Daten, die Rückschlüsse auf die Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen zulassen. Demnach würde ein Verbot der Anwendung von Zwangsmitteln nach § 393 I 2 AO die Konfliktsituation nicht sonderlich entschärfen, wenn dem Steuerpflichtigen, der möglicherweise einer Unterhaltspflichtverletzung strafbar ist, nicht ein vollständiges Zwangsmittelverbot zugebilligt werden soll. Dem dürfte aber bereits das hohe fiskalische Interesse des Staates an einer möglichst vollständigen Besteuerung entgegenstehen und es wäre auch nicht einzusehen, warum ein möglicherweise einer Unterhaltspflichtverletzung strafbarer Steuerpflichtiger besser stehen soll, als ein „normaler“ Steuerpflichtiger, dessen Angaben weiter erzwungen werden können.

Arbeitnehmerüberlassungen oder der Verhinderung eines Sozialleistungs- oder Subventionsmissbrauchs dienen.⁴⁴⁹ Ziel der Regelung ist es, die Finanzbehörden stärker in die Verfolgung von Schwarzarbeit und damit einhergehender Steuerhinterziehungen einzubeziehen, um damit unter anderem einer Verminderung des Steuereinkommens entgegenzuwirken.⁴⁵⁰ Alle mit der Bekämpfung von Schwarzarbeit befassten Stellen sollen zusammenarbeiten und im gegenseitigen Informationsaustausch stehen.⁴⁵¹ § 31b AO stellt ebenfalls eine Ausnahme vom Steuergeheimnis nach § 30 IV Nr. 2 AO dar.⁴⁵² Zweck des § 31b AO ist die Bekämpfung von Geldwäsche einschließlich der damit zusammenhängenden Straftaten der organisierten Kriminalität im Sinne des § 261 StGB und terroristischer Aktivitäten, indem frühzeitig, ohne Einschränkung durch das Steuergeheimnis, ein Informationsverbund zwischen den Finanzbehörden und den Strafverfolgungsbehörden hergestellt werden kann.⁴⁵³ § 4 V Nr. 10 S. 3 EstG statuiert Mitteilungs- und Unterrichtungspflichten der Finanzbehörden gegenüber der Staatsanwaltschaft und der Verwaltungsbehörde bezüglich Tatsachen, die den Verdacht eines tatbestandsmäßigen und rechtswidrigen Zuwendungsverhaltens begründen. Hintergrund der Regelung ist das generalpräventiv geprägte Ziel der Durchsetzung des Strafanspruchs zur Korruptionsbekämpfung.⁴⁵⁴

Problematisch ist der Zusammenhang dieser Vorschriften mit § 393 II 2 AO. Sofern nicht auch ein Fall des zwingenden öffentlichen Interesses vorliegt, verbietet der Wortlaut des § 393 II 2 AO eine Verwendung von aus den Steuerakten bekannt gewordenen Tatsachen oder Beweismitteln, die der Steuerpflichtige der Finanzbehörde vor Einleitung des Strafverfahrens in Erfüllung steuerrechtlicher Pflichten offenbart hat, zum Zwecke der Verfolgung einer Tat, die keine Steuerstraftat ist. Hinsichtlich § 4 V Nr. 10 S. 3 EstG wird zur Lösung des Konflikts teilweise darauf hingewiesen, dass dieser auf Fällen steuerlicher Geltendmachung von Betriebsausgaben beschränkt werden könne, da die betreffenden Angaben nicht in Erfüllung steuerlicher Pflichten gemacht worden sind.⁴⁵⁵ Dann liegt kein Fall erzwungener Selbstbeichtigung vor und die Norm kollidiert nicht mit der Offenbarungspflicht des § 393 II 1 AO. Bezüglich der §§ 31a, 31b AO bestehen hingegen nur zwei Möglichkeiten. Entweder § 393 II 2 AO wird entgegen seinem eindeutigen Wortlaut

⁴⁴⁹ Hübschmann/Hepp/Spitaler/Alber, § 31a Rn. 3.

⁴⁵⁰ Hübschmann/Hepp/Spitaler/Alber, § 31a Rn. 5.

⁴⁵¹ BeckOK-AO/Matthes, § 31a Rn. 12.

⁴⁵² Hübschmann/Hepp/Spitaler/Alber, § 31b Rn. 14; Koenig-AO/Intemann, § 31b Rn. 1; MüKo-StPO/Pflaum, AO, § 31b Rn. 4.

⁴⁵³ Hübschmann/Hepp/Spitaler/Alber, § 31b Rn. 5.

⁴⁵⁴ BFH NJW 2008, 3517 (3518); BeckOK-EStG/Meyer, § 4 Rn. 2826.2.

⁴⁵⁵ Joecks, DStR 1997, 1030; Wulf, wistra 2006, 89 (91 Fn. 20); grundsätzlich zustimmend, aber auch eine Ausnahme nennend: Böse, Wirtschaftsaufsicht und Strafverfolgung, S. 539 ff.

contra legem auch auf Fälle der §§ 31a, 31b AO ausgeweitet⁴⁵⁶ oder man hält § 393 II 2 AO für eine abschließende Regelung⁴⁵⁷, sodass eine Offenbarung allein in Fällen eines zwingenden öffentlichen Interesses möglich ist.⁴⁵⁸ Nach der Gesetzesbegründung soll in Fällen der Verfolgung illegaler Beschäftigung i. S. d. § 31a AO das Steuergeheimnis zurücktreten.⁴⁵⁹ Dies würde zwar für eine Ausweitung des § 393 II 2 AO sprechen. Dagegen wird aber eingewandt, dass dem Gesetzgeber die Problematik bezüglich § 4 V Nr. 10 EtSG bekannt war, er aber dennoch keine Ausweitung des § 393 II 2 AO vorgenommen hat. Zudem liefen die Vorschriften der §§ 31a, 31b AO nicht vollkommen leer, wenn diese als Ermessenskonkretisierung dahingehend verstanden werden, dass bei ihrem Vorliegen keine bloße Offenbarungsbefugnis, sondern eine Offenbarungspflicht besteht.⁴⁶⁰ Auch könnten die übermittelten Daten als Grundlage zur Ermittlung weiterer Beweise genutzt werden.⁴⁶¹ Andererseits und insbesondere im Hinblick auf § 31b AO können die in europäischen Richtlinien⁴⁶² an die Mitgliedstaaten gestellten Anforderungen, wirkungsvolle Maßnahmen gegen Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung zu treffen und den Informationsaustausch zwischen Finanz- und Strafverfolgungsbehörden zuzulassen, deutlich effektiver umgesetzt werden, wenn die Offenbarung und Verwendung der Steuerdaten zu Ermittlungszwecken zugelassen wird.⁴⁶³ Des Weiteren

⁴⁵⁶ So etwa Klein-AO/Rüsken, § 31a Rn. 1; Wulf, wistra 2006, 89 (92) geht davon aus, dass nach dem Gesetzeszusammenhang davon ausgegangen werden müsse, dass in diesen Fällen stets ein Fall des „zwingenden öffentlichen Interesses“ i. S. v. § 393 II 2 AO vorliegen soll.

⁴⁵⁷ So etwa BeckOK-AO/Matthes, § 31a Rn. 61; Böse, Wirtschaftsaufsicht und Strafverfolgung, S. 539.

⁴⁵⁸ Graf/Jäger/Wittig/Bülte, § 393 Rn. 106; vgl. auch BVerfG, Beschluss der zweiten Kammer des Zweiten Senats vom 27.04.2010 – 2 BvL 13/07, Rn. 47.

⁴⁵⁹ BT-Drs. 14/8221, S. 20.

⁴⁶⁰ Graf/Jäger/Wittig/Bülte, § 393 Rn. 107.

⁴⁶¹ Jedenfalls dann, wenn eine Fernwirkung des § 393 II 1 AO abgelehnt wird; Böse, Wirtschaftsaufsicht und Strafverfolgung, S. 538.

⁴⁶² Richtlinie 91/308/EWG des Rates vom 10. Juni 1991 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche (Abl. L 166 vom 28.06.1991); Richtlinie 2001/97/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Dezember 2001 zur Änderung der Richtlinie 91/308/EWG des Rates zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche – Erklärungen der Kommission (Abl. L 344 vom 28.12.2001); Richtlinie 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2005 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung (Abl. L 309/15 vom 25.11.2005); Richtlinie (EU) 2015/849 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2015 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie 2006/70/EG der Kommission (Abl. L 141/73 vom 5.06.2015); Richtlinie (EU) 2018/843 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2018 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2015/849 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung und zur Änderung der Richtlinie 2009/138/EG und 2013/36/EU (Abl. L 156/43 vom 19.06.2018).

⁴⁶³ Hübschmann/Hepp/Spitaler/Alber, § 31b Rn. 38.

könnte auch in diesen Fällen die vom BGH angestellte Überlegung greifen, dass ein Steuerpflichtiger seiner strafbewehrten Erklärungspflicht bei aus Straftaten stammenden Einkünften dadurch nachkommt, dass er nur betragsmäßige Angaben zu seinen Einkünften machen muss.⁴⁶⁴

Zwar soll eine möglichst umfassende Sicherstellung des *nemo tenetur*-Grundsatzes gewährleistet werden, es hat sich aber gezeigt, dass bereits jetzt – teils stark kritisierte – Durchbrechungsmöglichkeiten des Steuergeheimnisses bestehen. Zum Teil wird versucht, durch einschränkende Anwendung der Normen oder Statuierung von Mitwirkungs- oder Verwendungsverboten die Konflikte zu entschärfen. Die hierzu bestehende Literatur und Rechtsprechung lässt zwar Leitlinien erkennen und handelt nicht kasuistisch. Dennoch zeigen die bestehenden Durchbrechungsmöglichkeiten, dass die Einführung einer weiteren Ausnahmeregelung nicht von vornherein ausgeschlossen ist.

(B) Nicht vom Verwendungsverbot erfasste Angaben

Nunmehr soll ein Blick darauf geworfen werden, welche Daten bereits nicht vom Verwendungsverbot erfasst werden und warum.

Nicht von § 393 II 1 AO erfasst werden Angaben, die der Steuerpflichtige mitgeteilt hat, ohne dass eine *erzwingbare* Mitwirkungspflicht bestand sowie freiwillig getätigte Angaben, beispielsweise Anträge auf Steuererstattung oder Steuervergütung, und Angaben, die unter Verzicht auf ein Auskunftsverweigerungsrecht erfolgt sind.⁴⁶⁵ Grundsätzlich ist allein die Verknüpfung von zwangsweise durchsetzbaren Offenbarungspflichten und einer Verwertung der dadurch erlangten Informationen im Strafverfahren verfassungsrechtlich unzulässig. Strittig ist, ob auch Informationen, die der Steuerpflichtige durch eine Selbstanzeige im Sinne des § 371 AO erteilt hat, als in Erfüllung steuerlicher Pflichten erteilt gelten und damit dem Verwendungsverbot unterliegen. Der BGH hat diesbezüglich entschieden, dass sofern der Steuerpflichtige im Rahmen einer Selbstanzeige eine allgemeine Straftat offenbart, die er zugleich mit der Steuerhinterziehung begangen hat, mangels Erzwingbarkeit kein Verwendungsverbot hinsichtlich des Allgemeindelikts besteht.⁴⁶⁶ Das Bundesverfassungsgericht hat in dieser Entscheidung keinen Verstoß gegen den *nemo tenetur*-Grundsatz gesehen.⁴⁶⁷ Ebenfalls nicht vom Verwendungsverbot erfasst ist

⁴⁶⁴ MüKo-StPO/Pflaum, AO, § 393 Rn. 66.

⁴⁶⁵ Hübschmann/Hepp/Spitaler/Tormöhlen, § 393 Rn. 137, 139; Rolletschke, Steuerstrafrecht, 6. Teil, C.II.3. Rn. 60; Simon/Vogelberg/Vogelberg, S. 169, weist darauf hin, dass der Schutz des Steuergeheimnisses disponibel ist, was sich eindeutig aus § 30 IV Nr. 3 AO ergebe; zur Beschränkung auf *erzwungene* Selbstbelastungen vgl. auch Radtke, GA 2020, 406 (413).

⁴⁶⁶ BGHSt 49, 136; dem zustimmend Rolletschke, Rn. 849; Simon/Vogelberg/Vogelberg, S. 168; a. A. etwa Hübschmann/Hepp/Spitaler/Tormöhlen, § 393 Rn. 140.

⁴⁶⁷ BVerfG NJW 2005, 352.

eine Verwendung, die mit Einverständnis des Steuerpflichtigen oder zu dessen Gunsten erfolgt.⁴⁶⁸

Die Selbstbelastungsfreiheit soll zudem nicht der Zulässigkeit der Verwendung von Informationen entgegenstehen, die auf gesetzlichen Aufzeichnungs-, Dokumentations- und Vorlagepflichten beruhen.⁴⁶⁹ In diesen Fällen sei der Kernbereich der grundgesetzlich gewährleisteten Selbstbelastungsfreiheit auch dann nicht berührt, wenn die zu erstellenden oder vorzulegenden Unterlagen auch zur Ahndung von Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten verwendet werden dürfen.⁴⁷⁰ Hierzu zählen etwa Kontrollmitteilungen, die im Rahmen einer Außenprüfung nach § 193 AO gefertigt werden. Deren Grundlagen sind regelmäßig Unterlagen, die aufgrund gesetzlicher, nicht ausschließlich der Sicherstellung der Besteuerung dienender Aufzeichnungspflichten, etwa § 140 AO i. V. m. § 238 HGB erstellt und in Erfüllung der Mitwirkungspflichten aus § 200 AO vorgelegt werden.⁴⁷¹ Das Verwaltungsgericht Berlin hat in einem Verfahren zu einem Auskunftsverweigerungsrecht nach § 44 IV KWG konstatiert, den Zwang zur Mitwirkung an der Aufklärung bestimmter Sachverhalte müsse sich ein Betroffener oder Beschuldigter gefallen lassen, weil er insoweit nur das Risiko einer für ihn ungünstigen Tatsachenwürdigung trage.⁴⁷² Dieses Risiko der Tatsachenwürdigung sei mit einer Selbstbezeichnung, bei der das entwürdigende Moment unmittelbar einleuchte, nicht vergleichbar. Weiter führt das Gericht aus, dass die Rechte und Möglichkeiten des Betroffenen in diesem Fall im Vergleich zu den erlaubten Möglichkeiten in einem „normalen“ Ermittlungsverfahren eingeschränkt seien, sodass der Betroffene schlechter als ein „normaler“ Beschuldigter gestellt sei. Hierbei handele es sich aber um eine verfassungsrechtlich unbedenkliche „gewollte Härte“, weil die Rechte des Beschuldigten oder Auskunftsverweigerungsberechtigten nicht in gleicher Weise für solche Personen gelten würden, die aus besonderen Rechtsgründen und damit abweichend vom „Normalbürger“ gesetzlich verpflichtet sind, einer Behörde die für deren Aufgabenerfüllung notwendigen Informationen zu liefern. Fraglich ist aber, warum außerstrafrechtliche, erzwingbare Mitwirkungspflichten, die sich außerhalb des Steuerrechts beispielsweise auch im Insolvenzrecht und Wirtschaftsverwaltungsrecht finden und die dazu dienen, dass die entsprechenden Aufsichtsbehörden ihre Aufgaben erfüllen können, dazu führen sollen, dass der Betroffene eine schlechtere Stellung im Strafverfahren innehat. Derartige Pflichten bestehen auch nicht nur für einzelne Bürger im Ausnahmefall, sodass wegen der Besonderheit der Konstellation eine Schlechterstellung

⁴⁶⁸ Hübschmann/Hepp/Spitaler/Tormöhlen, § 393 Rn. 147 f.; Rolletschke, *Steuerstrafrecht* 6. Teil, C.II.3. Rn. 81, 83.

⁴⁶⁹ BVerfGE 55, 144 (151); BGH, Urteil vom 16.04.2014 – 1 StR 516/13 Rn. 35 Wabnitz/Janovsky/Schmitt/Pflaum, *Steuerstrafrecht*, 21. Kapitel Rn. 255; Klein-AO/Jäger, § 393 Rn. 59.

⁴⁷⁰ BVerfG, Entscheidung vom 27.04.2010 – 2 BvL 13/07 Rn. 56; BGH, Urteil vom 16.04.2014 – 1 StR 516/13 Rn. 35.

⁴⁷¹ Erbs/Kohlhaas-AO/Hadamitzky/Senge, § 393 Rn. 8.

⁴⁷² VG Berlin NJW 1988, 1105 (1107).

begründbar wäre. Öffentlich-rechtliche Auskunftspflichten, insbesondere im Bereich des Wirtschaftsverwaltungsrechts, sind vielmehr die Regel.

Der Annahme, gesetzliche Aufzeichnungs- und Dokumentations- und Vorlagepflichten seien vom Verwendungsverbot grundsätzlich nicht erfasst, widersprechen – jedenfalls in dieser Pauschalierung – auch große Teile der Literatur.⁴⁷³ Verfassungskonform seien allein die präventiven Überwachungsmaßnahmen im Rahmen der verwaltungsrechtlichen Aufsicht. Wird hingegen der repressive Bereich der Strafverfolgung oder bußgeldrechtlichen Ahndung beschritten, müssten dem Berechtigten sämtliche Beschuldigtenrechte zustehen.⁴⁷⁴ Ausführlich beschäftigt sich auch *Heinz* mit der Thematik. Sie nimmt dann einen Verstoß gegen den *nemo tenetur*-Grundsatz an, wenn eine erzwingbare außerstraßprozessuale Auskunfts- oder sonstige Mitwirkungspflicht besteht, sich oder einen Angehörigen durch eine aktive geistige Leistung einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit zu bezichtigen, und diese Angaben ungehindert in einem gegen ihn oder seinen Angehörigen geführten Strafverfahren genutzt werden können.⁴⁷⁵ Nur wenn kumulativ (1.) die Informationen über die nichtsteuerliche Straftat oder Ordnungswidrigkeit der Finanzbehörde dadurch zur Kenntnis beziehungsweise in die Steuerakte gelangt sind, dass der Steuerpflichtige dem Prüfer im Rahmen einer steuerlichen Außenprüfung die Einsichtnahme in seine Unterlagen ermöglicht hat, (2.) der Steuerpflichtige Gewahrsamsinhaber über die Dokumente ist und es sich (3.) nicht um solche Dokumente handelt, die der Steuerpflichtige nur zur Erfüllung seiner steuerrechtlichen Mitwirkungspflichten angefertigt hat, d. h. dass der Steuerpflichtige diese auch ohne die steuerrechtliche Mitwirkungspflicht zu führen hätte, sei eine Verwendung möglich.⁴⁷⁶ Durch diese restriktiven Voraussetzungen soll ein verfassungskonformer Ausgleich zwischen dem Recht des Beschuldigten, nicht aktiv an der Sachverhaltsaufklärung mitwirken zu müssen einerseits und dem Interesse an effektiver Strafverfolgung andererseits geschaffen werden.

Es gibt damit Steuerdaten, die nicht vom Verwendungsverbot erfasst werden. Während eine extensive Verwendungsmöglichkeit gesetzlicher Aufzeichnungs-, Dokumentations- und Vorlagepflichten teilweise stark kritisiert wird, begegnet jedenfalls die Verwendung von Daten, die keiner *zwangsweise* durchsetzbaren Mitteilungspflicht unterlagen, keinen besonderen Bedenken. Die Weitergabe dieser Daten stellt schon keinen Eingriff in den *nemo tenetur*-Grundsatz dar, sodass diesbezüglich der Einführung eines Offenbarungs- und (ausdrücklichen) Verwendungsstatbestands keine Bedenken gegenüberstehen.

⁴⁷³ Siehe etwa *Heinz*, Steuerrechtliche Mitwirkungspflichten und der *Nemo-tenetur*-Grundsatz, S. 48 ff.; *Bärlein/Panaris/Rehmsmeier*, NJW 2002, 1825 ff.; zur Eigenüberwachung insb. im Umweltverwaltungsrecht *Michalke*, NJW 1990, 417 ff.

⁴⁷⁴ *Bärlein/Panaris/Rehmsmeier*, NJW 2002, 1825 (1828).

⁴⁷⁵ *Heinz*, Steuerrechtliche Mitwirkungspflichten und der *Nemo-tenetur*-Grundsatz, S. 58.

⁴⁷⁶ *Heinz*, Steuerrechtliche Mitwirkungspflichten und der *Nemo-tenetur*-Grundsatz, S. 142 ff., nennt hier beispielhaft Aktennotizen, Gehaltslisten, Kontoauszüge, Lieferscheine, Rechnungen, Verträge und Quittungen.

(γ) Vergleich mit anderen Vorschriften zur Auskunftserteilung

Im Folgenden soll zum einen untersucht werden, inwieweit außerhalb des Strafverfahrens zur Feststellung eines Unterhaltsanspruchs auf Daten aus dem Besteuerungsverfahren zurückgegriffen werden kann. Zum anderen sollen – über den Zugriff auf bei den Finanzämtern vorhandene Steuerdaten hinaus – auch andere Konstellationen herangezogen werden, in denen dem Informationsbedürfnis bestimmter Personen Vorrang vor dem Interesse des Auskunftspflichtigen eingeräumt wird.

Im Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) ist der Rückgriff auf Steuerdaten (anders als in der StPO) explizit geregelt. Kommt ein Antragssteller oder Antragsgegner der Anordnung des Gerichts nach § 235 FamFG, Auskunft über Einkünfte, Vermögen, persönliche und wirtschaftliche Verhältnisse zu erteilen und bestimmte Belege vorzulegen, soweit dies für die Bemessung des Unterhalts von Bedeutung ist, nicht nach, kann nach § 236 FamFG Auskunft bei Dritten eingeholt werden. Nach § 236 I Nr. 5 FamFG kann das Gericht – wieder nur soweit dies für die Bemessung des Unterhalts erforderlich ist – über die Höhe der Einkünfte Auskunft und bestimmte Belege bei den Finanzämtern anfordern. Hierbei können entweder die Bilanzen nach § 4 I EStG oder die Einnahmen-Überschuss-Rechnung nach § 4 III EStG sowie Einkünfte über die sich aus der Einkommenssteuererklärung ergebenden sonstigen Einkünfte aus Immobilien, Kapitalvermögen, Aktien und dergleichen verlangt werden.⁴⁷⁷ Über den Bestand des Vermögens und die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse hingegen kann keine Auskunft verlangt werden.⁴⁷⁸ In der Norm wird (im familiengerichtlichen Verfahren) der Sicherung der wirtschaftlichen Basis des Unterhaltsberechtigten Vorrang vor der Wahrung des Steuergeheimnisses des Unterhaltspflichtigen (im familiengerichtlichen Verfahren) zugesprochen.⁴⁷⁹ § 30 AO steht einer derartigen Auskunftserteilung nicht entgegen.⁴⁸⁰ Es handelt sich um eine gesetzlich ausdrücklich geregelte Offenbarungsbefugnis i. S. v. § 30 IV Nr. 2 AO.⁴⁸¹

Durch die Zugriffsmöglichkeit auf bestimmte Steuerdaten im zivilgerichtlichen Unterhaltsverfahren könnte es damit zu der Konstellation kommen, dass die Strafverfolgungsbehörden die Zivilakte anfordern und über diesen Umweg an Daten aus dem Besteuerungsverfahren gelangen. Sollten Staatsanwaltschaft und Gericht auf diese Informationen zugreifen können, spräche dies für eine Legitimierbarkeit der hier vorgeschlagenen Regelung de lege ferenda. Ansonsten wäre ein Zugriff auf die

⁴⁷⁷ Musielak/Borth/Frank/Borth, § 236 Rn. 4.

⁴⁷⁸ MüKo-FamFG/Pasche, § 236 Rn. 5.

⁴⁷⁹ Musielak/Borth/Frank/Borth, § 236 Rn. 8; Johannsen/Heinrich/Althammer-FamFG/Maier, § 236 Rn. 9.

⁴⁸⁰ BT-Drs. 13/7338, 36.

⁴⁸¹ MüKo-FamFG/Pasche, § 236 Rn. 14; Johannsen/Heinrich/Althammer-FamFG/Maier, § 236 Rn. 9.

benötigten Steuerdaten immer dann zulässig, wenn bereits ein zivilgerichtliches Verfahren durchgeführt worden ist. Wurde ein Zivilverfahren hingegen noch nicht durchgeführt, könnten die Strafverfolgungsbehörden nicht auf die Informationen zugreifen. Damit entstünde eine willkürliche Zugriffsmöglichkeit auf bestimmte Steuerdaten im Rahmen eines Verfahrens nach § 170 I StGB.

Ob die sich in der Zivilakte befindlichen Steuerinformationen im Strafverfahren nach § 170 I StGB verwendet werden dürfen, ist von der Reichweite des Verwertungsverbots i. S. d. § 393 II 1 AO abhängig. Voraussetzung für das Eingreifen des Verwertungsverbots gem. § 393 II 1 AO ist ein Bekanntwerden der Tatsachen oder Beweismittel aus den Steuerakten. Bei den Akten des (zivilgerichtlichen) Unterhaltsverfahrens müsste es sich damit um eine „Steuerakte“ im Sinne des § 393 II 1 handeln. Steuerakten sind zunächst die Akten des gesamten Besteuerungsverfahrens sowie die Akten des finanzgerichtlichen Verfahrens.⁴⁸² Darüber hinaus gebietet der Schutzzweck des § 393 II 1 AO einen funktionellen Aktenbegriff. Gelangen Akteile aus dem Besteuerungsverfahren etwa in die Strafverfahrensakte, nehmen diese Informationen am Schutz der Steuerakte teil. Es soll nicht darauf ankommen, woher die Strafverfolgungsbehörde die Akten erhalten hat, sondern woher die Tatsachen und Beweismittel ursprünglich stammen und damit, ob eine Zweckentfremdung der aufgrund der Mitwirkungspflicht des Steuerpflichtigen erlangten Informationen droht.⁴⁸³ Damit fallen auch Steuerinformationen, die sich in einer Zivilakte befinden unter das Verwertungsverbot des § 393 II 1 AO.

Verfassungsrechtlich ist dieses im Rahmen der Auslegung der einfachrechtlichen Regelung gefundene Ergebnis zwingend. Der nemo tenetur-Grundsatz verbietet grundsätzlich eine strafprozessuale Verwendung derjenigen Daten, die originär aus der Mitwirkung des Steuerpflichtigen herrühren, wenn kumulativ eine Mitwirkungspflicht besteht und diese zwangsweise durchsetzbar ist. Allein in Fällen, in denen die konkrete Existenz der Beweismittel und Tatsachen nicht aus der Steuerakte bekannt geworden ist oder in denen entweder bereits keine Mitwirkungspflicht besteht oder diese nicht zwangsweise durchsetzbar ist, kann ohne weiteres ein Zugriff auf die steuerlichen Informationen erfolgen. Solange damit keine allgemeine Offenbarungs- und Verwertungsmöglichkeit der Steuerdaten in einem Strafverfahren nach § 170 I StGB geschaffen wird, kann auf diese nicht über den Umweg der Zivilakte zugegriffen werden.

⁴⁸² Graf/Jäger/Wittig/Bülte, § 393 Rn. 59.

⁴⁸³ Graf/Jäger/Wittig/Bülte, § 393 Rn. 59. Allerdings sind nur Informationen, die dem Steuergeheimnis unterliegen, als aus den Steuerakten bekannt anzusehen. Nicht aus den Steuerakten bekannt geworden sind Beweismittel und Tatsachen, deren konkrete Existenz den Strafverfolgungsbehörden nicht durch die Steuerakte bekannt geworden ist, etwa zu den Steuerakten gereichte Quittungen, Bilanzen, Kontoauszüge, Verträge etc., vgl. Graf/Jäger/Wittig/Bülte, § 393 Rn. 62 f. Ist die Mitwirkung (beispielsweise nach § 393 I 2 AO) nicht erzwingbar, ist § 393 II 1 AO nach dem Schutzzweck der Norm – Sicherung des nemo tenetur-Grundsatzes – nicht anwendbar (str.); vgl. hierzu BGHSt 49, 136 (146 f.); BGH NJW 2005, 2720 (2723); Graf/Jäger/Wittig/Bülte, § 393 Rn. 67; Flore/Tsambikakis/Nikolaus, § 393 Rn. 90.

Unabhängig von einer gerichtlichen Anordnung zur Auskunftserteilung nach § 235 FamFG und der Möglichkeit, bei Weigerung des Unterhaltspflichtigen Auskunft beim Finanzamt anzufordern, sind Verwandte in gerader Linie nach § 1605 I 1 BGB einander verpflichtet, auf Verlangen über ihre Einkünfte oder ihr Vermögen Auskunft zu erteilen, soweit dies zur Feststellung eines Unterhaltsanspruchs oder einer Unterhaltsverpflichtung erforderlich ist. Über die Höhe der Einkünfte sind nach Satz zwei der genannten Vorschrift auf Verlangen Belege, insbesondere Bescheinigungen des Arbeitgebers, vorzulegen. Bei der Norm handelt es sich um eine Ausprägung des durch Treu und Glauben im Rechtsverkehr gebotenen Grundsatzes, dass innerhalb eines bestehenden vertraglichen oder gesetzlichen Schuldverhältnisses derjenige, der entschuldbar über das Bestehen und den Umfang seiner Ansprüche in Unkenntnis ist, von dem Verpflichteten eine entsprechende Auskunft verlangen kann, wenn dieser zur Erteilung unschwer in der Lage ist.⁴⁸⁴ Der Auskunftsanspruch geht zudem gemeinsam mit dem Unterhaltsanspruch gem. § 6 UVG auf den Sozialleistungsträger über, wenn dieser an den Unterhaltsberechtigten Leistungen erbracht hat.⁴⁸⁵

Des Weiteren besteht während eines laufenden (zivil-)gerichtlichen Verfahrens für den Unterhaltsverpflichteten und den Unterhaltsberechtigten wegen der nach § 113 I FamFG, § 138 I ZPO bestehenden Wahrheitspflicht die Verpflichtung, alle Einkünfte oder Umstände, die sich auf den geltend gemachten Anspruch auswirken, wahrheitsgemäß anzugeben.⁴⁸⁶ Aus dem unterhaltsrechtlichen Treueverhältnis zwischen dem Pflichtigen und dem Bedürftigen wird sogar eine Verpflichtung angenommen, den anderen Teil ungefragt über wesentliche Veränderungen der Verhältnisse zu informieren, wenn die Voraussetzungen für eine Abänderung eines Titels nach §§ 238, 239 FamFG vorliegen.⁴⁸⁷ Der jeweils Auskunftsverpflichtete soll sich grundsätzlich auch nicht auf ein eigenes schützenswertes Geheimhaltungsinteresse berufen können, da das Interesse des Auskunftsbegehrenden dem Geheimhaltungsinteresse des Verpflichteten vorgehe.⁴⁸⁸

Zahlt das Jugendamt oder eine sonstige Unterhaltsvorschussstelle anstelle des primären Unterhaltsschuldners, geht der Unterhaltsanspruch auf diese Stelle über. Zur Durchsetzung des übergegangenen Unterhaltsanspruchs kann ein Anspruch auf Auskunftserteilung über die den Finanzbehörden bekannten Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Antragstellers, des Leistungsempfängers, des Unterhaltsverpflichteten, des Unterhaltsberechtigten oder der zum Haushalt rechnenden Familienmitglieder nach § 30 IV Nr. 2 AO, § 21 IV SGB X bestehen, soweit es im

⁴⁸⁴ BGH NJW 1982, 1642; BGH NJW 1971, 656.

⁴⁸⁵ BeckOGK-BGB/Winter, § 1605 Rn. 39 ff.

⁴⁸⁶ BeckOGK-BGB/Winter, § 1605 Rn. 47 ff.

⁴⁸⁷ BeckOGK-BGB/Winter, § 1605 Rn. 48, m. w. N. insbesondere zur differenzierenden Rechtsprechung des BGH.

⁴⁸⁸ BeckOGK-BGB/Winter, § 1605 Rn. 98; MüKo-BGB/Langeheine, § 1605 Rn. 46.

Verfahren nach dem SGB VIII erforderlich ist.⁴⁸⁹ Über § 30 IV Nr. 2 AO, § 21 IV SGB X kann beispielsweise bei einem nach § 93 SGB XII übergegangenen Anspruch der Sozialhilfeträger ein entsprechendes Auskunftersuchen stellen. Nach § 6 UnterhVG ist der Elternteil, bei dem der Berechtigte nicht lebt, verpflichtet, der zuständigen Stelle auf Verlangen die Auskünfte zu erteilen, die zur Durchführung des Unterhaltsvorschussgesetzes erforderlich sind. Der Anspruch auf Kindesunterhalt geht nach § 7 I UnterhVG mit Zahlung des Unterhaltsvorschusses auf das Land über.

Auch außerhalb unterhaltsrechtlicher Ansprüche kollidiert das Informationsinteresse einer Partei regelmäßig mit dem Interesse des Auskunftspflichtigen auf Geheimhaltung. In seinem Gemeinschuldnerbeschluss⁴⁹⁰ hat das Bundesverfassungsgericht Zeugen, Prozessparteien und Beschuldigten durchweg ein Schweige- oder Aussageverweigerungsrecht für den Fall der Selbstbezichtigung zugebilligt. Dies soll hingegen nicht für Personen gelten, die aus besonderen Rechtsgründen rechtsgeschäftlich oder gesetzlich verpflichtet sind, einem anderen oder einer Behörde die für diese notwendigen Informationen zu erteilen. Hier kollidiert das Interesse des Auskunftspflichtigen mit dem Informationsbedürfnis Anderer, deren Belange in unterschiedlicher Weise berücksichtigt werden müssten. Dabei handle es sich in der Regel um Fälle, in denen allein der Auskunftspflichtige zu der erforderlichen Information im Stande ist und der Auskunftsberechtigte ohne diese Auskunft erheblich benachteiligt wäre oder seine Aufgaben nicht ordnungsgemäß wahrnehmen könnte. Nicht legitimierbar sei hingegen die Verwendung der unter Zwang herbeigeführten Selbstbezichtigung im Rahmen eines Strafverfahrens.⁴⁹¹

Im Vergleich mit der Konstellation einer Einholung von Steuerinformationen in einem Verfahren nach § 170 I StGB bestehen zwei erhebliche Unterschiede. Zunächst sollen die Informationen zwar nicht in einem Konkursverfahren, sondern in einem Strafverfahren verwendet werden. Es handelt sich gleichwohl nicht um einen klassischen Fall der Selbstbezichtigung, weil dem Beschuldigten nicht die direkte aktive Bezichtigung einer von ihm begangenen Straftat abverlangt wird.

An den genannten Regelungen, insbesondere an § 236 I Nr. 5 FamFG, zeigt sich, dass außerhalb des Strafverfahrens auf Steuerdaten zurückgegriffen werden kann. Des Weiteren bestehen Auskunftspflichten insbesondere in Konstellationen, in denen ein Ungleichgewicht zwischen den Parteien herrscht. Dies gilt umso mehr, wenn es der einen Partei unschwer möglich ist, der anderen Partei die für diese notwendigen Auskünfte zu erteilen. Einen Unterhaltsverpflichteten trifft aufgrund des zwischen ihm und dem Unterhaltsberechtigten bestehenden Treueverhältnisses eine besondere Auskunftsverpflichtung. An diesen Informationsmöglichkeiten wird besonders deutlich, welche Probleme eine Norm wie § 170 I StGB bereitet, die für das Strafrecht untypisch die Erfüllung einer (allerdings qualifizierten) zivilrechtlichen Pflicht sanktioniert und absichert. Während der Zivilrichter, der sich ebenfalls

⁴⁸⁹ Vgl. Hübschmann/Hepp/Spitaler/Alber, § 30 Rn. 370; 503.

⁴⁹⁰ BVerfGE 56, 37 ff.

⁴⁹¹ BVerfGE 56, 37 (45 f.).

mit der Frage auseinandersetzt, ob ein Unterhaltsanspruch besteht, auf bestimmte Steuerdaten zugreifen kann, ist dem Strafrichter dies grundsätzlich verwehrt. Ihm und den Ermittlungsbehörden wird (aktuell) ein relevantes Ermittlungsinstrument vorenthalten, das außerhalb der strafrechtlichen Verfolgung von Unterhaltspflichtverletzungen bereits genutzt wird.

- (δ) Legitimierbarkeit eines Eingriffs in den Grundsatz *nemo tenetur* und damit einer Durchbrechungsmöglichkeit des Steuergeheimnisses in einem Verfahren nach § 170 I StGB

Nachdem die vorstehenden Fragen eingehend erörtert wurden, kann nun auf den Kern des Problems eingegangen werden, ob der Eingriff in den *nemo tenetur*-Grundsatz durch Verwendung bestimmter Steuerdaten in einem Verfahren nach § 170 I StGB gerechtfertigt werden kann und damit eine Durchbrechung des Steuergeheimnisses *de lege ferenda* legitimierbar ist.

Vorab: Bei der Verwendung der Steuerdaten, die zur Ermittlung der Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners benötigt werden, ist zu beachten, dass es nicht um die Frage nach der Möglichkeit eines Aussagezwangs im Strafverfahren geht. Vielmehr geht es um die Verwertbarkeit von aus Mitwirkungshandlungen gewonnenen Informationen, die dem Strafverfahren vorgelagert sind – d. h. in einem Stadium erhoben wurden, in dem die Beschuldigteneigenschaft noch nicht vorlag – und unabhängig von diesem existieren. Es soll weder eine Aussagepflicht im Prozess noch eine Art Voruntersuchungsverfahren statuiert werden, das vor der Einleitung eines Verfahrens intentional darauf gerichtet ist, die Voraussetzungen einer Strafbarkeit nach § 170 I StGB zu ermitteln und damit den Grundsatz *nemo tenetur* zu umgehen.⁴⁹² Die Erhebung von Steuerdaten dient dazu, die Gesetzmäßigkeit und Gleichmäßigkeit der Besteuerung sicherzustellen. Es sind außerstrafrechtliche

⁴⁹² In dem vom EGMR zu entscheidenden Fall *Saunders v. United Kingdom* fand eine (nicht-gerichtliche) Voruntersuchung statt, die explizit darauf gerichtet war, Beweise hinsichtlich strafbarer Handlungen unter Aussagezwang zu erlangen. Derartige Voruntersuchungen stellen nach dem EGMR – m. E. n. zu Recht – eine Verletzung des *nemo tenetur*-Grundsatzes dar. Der EGMR führt hierzu auch aus: „the fact that statements were made by the applicant prior to his being charged does not prevent their later use in criminal proceedings from constituting an infringement of the right [not to incriminate oneself]“, EGMR, Urteil v. 17. 12. 1996, Az.: 19187/91 – *Saunders/United Kingdom*, Rn. 74. In dem Fall *O'Halloran and Francis v. United Kingdom* hat der EGMR dargelegt, dass nicht jede Form direkten Zwangs automatisch zu einer Verletzung des Rechts, sich nicht selbst zu beschuldigen führe, sondern es auf die Gesamtumstände ankomme. In dem Fall waren die Angeklagten wegen Geschwindigkeitsüberschreitungen verurteilt worden, nachdem sie zuvor von der Polizei aufgefordert wurden, Name und Adresse des Fahrers für die Vorfälle zu nennen, andernfalls machten sie sich nach § 172 des Road Traffic Act von 1988 eines strafrechtlichen Vergehens schuldig; EGMR, Urteil v. 29.06.2007 – *O'Halloran an Francis v. United Kingdom*, Az.: 15809/02 und 25624/02; EGMR, DAR 2008, 581 f.; die Verpflichtung sei unter anderem deshalb mit dem Schweigerecht vereinbar, weil nur sehr begrenzt Informationen abgefragt würden und dem Halter hinreichende Verfahrensgarantien verblieben; vgl. Karpenstein/Mayer/Mayer, Art. 6 Rn. 134.

Mitwirkungspflichten, die alle Personen gleichermaßen treffen und die unabhängig von einem konkreten Strafvorwurf bestehen. Die Aussagefreiheit im Prozess als Kernbereich des *nemo tenetur*-Grundsatzes ist folglich nicht berührt. Zudem ist – trotz des festgestellten Eingriffs in den *nemo tenetur*-Grundsatz – der Hauptkonfliktpunkt zwischen der Nutzung der Steuerdaten in einem Strafverfahren und der Selbstbelastungsfreiheit nicht tangiert. Das in § 393 II 1 AO angeordnete Verwendungsverbot soll gerade im Hinblick auf die nach § 40 AO im Besteuerungsverfahren zu offenbarenden Handlungen, die gegen ein gesetzliches Ver- oder Gebot oder die guten Sitten verstoßen, Schutz bieten. Grundsätzlich besteht die besondere Problematik folglich in der Angabe der deliktischen Quelle der Einkünfte selbst. Diese Angaben sind, im Unterschied zu den für ein Verfahren nach § 170 I StGB benötigten Informationen, für sich genommen bereits belastend. Auch sind die Konfliktsituationen, in der sich der Steuerpflichtige jeweils befindet, nicht vergleichbar. In dem einen Fall legt der Steuerpflichtige bestimmte strafbare Handlungen offen, durch die er seine Einkünfte erzielt hat. In dem anderen Fall wird von ihm lediglich erwartet, gegenüber dem Finanzamt wahrheitsgemäße Angaben über sein Einkommen zur Festsetzung der Einkommenssteuer zu erteilen. Ob diese Einkünfte aus Straftaten stammen, spielt dabei keine Rolle und ist auch im Verfahren nach § 170 I StGB zur Bemessung der Leistungsfähigkeit nicht von Relevanz.⁴⁹³

Die vorstehenden Ausführungen haben zunächst Folgendes gezeigt:

1. Bereits *de lege lata* wird das Steuergeheimnis nicht vollumfänglich geschützt. Neben einer Verwendung der Daten in einem Steuerstrafverfahren ist teilweise auch eine Verwendung zur Verfolgung von Allgemeinstraftaten bereits einfachrechtlich ohne Verstoß gegen Verfassungsrecht gestattet. Jeweils dient die Durchbrechung einem wichtigen Zweck.
2. Sodann hat sich gezeigt, dass es bestimmte Steuerinformationen gibt, die nicht in Konflikt mit der geschützten Selbstbelastungsfreiheit stehen. Die Möglichkeit eines Rückgriffs auf diese Daten ist damit unter den Einschränkungen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung grundsätzlich unter erleichterten Voraussetzungen möglich. Insbesondere besteht dann kein Konflikt, wenn die Angaben nicht unter dem Druck *erzwingbarer* Mitwirkungspflichten getätigt wurden. In einem solchen Fall ist ein strafrechtliches Verwendungs- oder Verwendungsverbot verfassungsrechtlich nicht erforderlich.⁴⁹⁴
3. Für die Einführung einer Ausnahme vom Verwendungsverbot *de lege ferenda*, die es erlaubt, Steuerdaten in einem strafrechtlichen Unterhaltspflichtverletzungsverfahren zu verwenden, spricht auch, dass außerhalb der Strafrechtsordnung verschiedene Verpflichtungen bestehen, die vom Unterhaltsschuldner Angaben hinsichtlich seiner finanziellen Verhältnisse verlangen beziehungsweise Vorschriften, die einen Rückgriff auf Steuerdaten erlauben. Dies ist insbesondere im

⁴⁹³ Vgl. B. Fn. 415.

⁴⁹⁴ Vgl. auch Radtke, GA 2020, 406 (412 f.).

zivilrechtlichen Unterhaltsverfahren nach den §§ 235, 236 I Nr. 5 FamFG bereits möglich. Da der Straftatbestand des § 170 I StGB auf der Nichterfüllung der zivilrechtlichen Unterhaltspflicht aufbaut, besteht eine enge Verknüpfung zwischen den Verfahren. Sie beschäftigen sich im Kern mit der gleichen Frage, dem Bestehens eines Unterhaltsanspruchs, und sind auf dieselben Informationen angewiesen. Auch wurde gesehen, dass gegenüber Verwandten in gerader Linie nach § 1605 BGB eine materiellrechtliche Auskunftspflicht des Unterhaltsschuldners besteht, soweit die Auskunftserteilung zur Feststellung eines Unterhaltsanspruchs oder einer Unterhaltsverpflichtung erforderlich ist. Damit könnte der Unterhaltsberechtigte grundsätzlich den Auskunftsanspruch einklagen, um dann als Zeuge im Strafverfahren vernommen zu werden. Die in den Steuerdaten enthaltenen Informationen sind damit bereits im engen Zusammenhang mit der strafrechtlichen Thematik außerhalb des Besteuerungsverfahrens zulässigerweise offenbart worden und sind schon jetzt nicht vollumfänglich vor einer Einführung in das Strafverfahren geschützt. Neben dem mit der Unterhaltsstreitigkeit befassten Zivilgericht können auch die Unterhaltsvorschusskassen, die regelmäßig durch ihre Zahlungen den Lebensbedarf des Unterhaltsberechtigten vor einer tatsächlichen Gefährdung bewahren, zur Durchsetzung der auf sie übergegangenen Unterhaltsansprüche Auskunft von den Finanzbehörden verlangen. Aus dem Zusammenspiel dieser Vorschriften zeigt sich, dass in der übrigen Rechtsordnung zur Ermittlung eines Unterhaltsanspruchs bereits auf Steuerinformationen zurückgegriffen werden kann. Diese Erkenntnis kann für sich genommen zwar nicht zur Legitimation der Verwendung von Steuerdaten in einem *Strafverfahren* ausreichen, sie ist aber ein wichtiger Schritt zu dessen Begründung.

Weiter hat sich in diesem Kontext gezeigt, dass ein Auskunftsanspruch immer dann bestehen kann, wenn eine besondere rechtsgeschäftliche oder gesetzliche Pflicht zur Informationserteilung besteht. Dies gilt insbesondere in Fällen, in denen der Auskunftsberechtigte unschwer zur Information im Stande ist und der Auskunftsberechtigte ohne die Information erheblich benachteiligt wäre. Anders als beispielsweise in einem Konkursverfahren genügt es im Rahmen von Unterhaltspflichtverletzungsverfahren regelmäßig nicht, wenn die Informationen außerstrafrechtlich offenbart und verwendet werden dürfen. Damit ist dem Informationsbedürfnis des Unterhaltsberechtigten in den Fällen nicht gedient, in denen der zivilgerichtliche Rechtsschutz den Lebensbedarf des Unterhaltsberechtigten nicht ausreichend schützt. Zudem liegt in der strafbaren Verletzung der Unterhaltspflicht, unabhängig davon, ob zivilgerichtlicher Schutz im Einzelfall besteht, ein derart gewichtiger Verhaltensnormverstoß, dass mit (effektiven!) Mitteln eine Sanktion in Form von Schuldspruch und Strafe durchzusetzen ist.⁴⁹⁵ Das Interesse an einer effektiven Strafverfolgung zum Schutz des durch Art. 6 GG abgesicherten Rechts des Unterhaltsberechtigten auf Sicherung seines Lebensbedarfs steht damit im Konflikt

⁴⁹⁵ Vgl. hierzu bereits ausführlich die Ausführungen unter B.I.3.

mit der Selbstbelastungsfreiheit des Unterhaltsschuldners. Das Interesse an einer effektiven Strafverfolgung zum Schutz des Rechts des Unterhaltsbedürftigen muss aber auch in diesem Fall gegenüber dem zu ihm in einer besonderen Pflichtenstellung stehenden Unterhaltsverpflichteten Vorrang haben.⁴⁹⁶

Die angestellten Überlegungen machen deutlich, dass ein Rückgriff auf die Steuerdaten des Unterhaltsverpflichteten in einem Verfahren nach § 170 I StGB nicht in einem unauflösbaren Widerspruch zum *nemo tenetur*-Grundsatz steht. Vielmehr erscheint eine Regelung zur Durchbrechung des Steuergeheimnisses – auch in den Punkten, in denen der *nemo tenetur*-Grundsatz tangiert ist – verhältnismäßig ausgestaltbar und zum strafbewehrten Schutz des Lebensbedarfs des Unterhaltsberechtigten erforderlich.

Hierfür spricht bereits der herausgearbeitete Sinn und Zweck der Selbstbelastungsfreiheit. Der Zweck, das Strafverfahren vor der eigenen Desavouierung zu schützen, verlangt zunächst, dass die Verwendung zulässiger Mitwirkungshandlungen eines Beschuldigten an den Maßstäben der Wahrheitsermittlung einerseits und der Unschuldsvermutung andererseits gemessen werden.⁴⁹⁷ Daten, die im Besteuerungsverfahren von Mitarbeitern der Finanzbehörde erhoben werden, haben bereits einen hohen Wahrheitsgehalt bzw. sind besonders verlässlich. Insbesondere durch die von § 393 I 2 AO angeordnete Suspendierung der Zwangsmittelbefugnis gegen den Steuerpflichtigen im Besteuerungsverfahren, wenn er dadurch gezwungen würde, sich selbst wegen einer von ihm begangenen Steuerstraftat oder Steuerordnungswidrigkeit zu belasten und des grundsätzlich bestehenden Verwendungsverbots nach § 393 II 1 AO, befindet sich der Steuerpflichtige regelmäßig nicht in einer derartigen Bedrängnis, durch die er zu unrichtigen Angaben genötigt werden würde. Die Einführung eines Rückgriffs im Verfahren nach § 170 I StGB führt nicht zu einer Schmälerung des Wahrheitsgehalts bzw. der Verlässlichkeit der im Besteuerungsverfahren getätigten Angaben. Falsche Angaben macht der Steuerpflichtige insbesondere, wenn er sich unmittelbar im konkreten Fall einer Straftat bezichtigen würde. Im Fall der Unterhaltspflichtverletzung müsste er zunächst die konkrete Höhe des Unterhaltsanspruchs, die Höhe der zu seiner Inanspruchnahme erforderlichen Leistungsfähigkeit sowie die Bedürftigkeit des Unterhaltsberechtigten genau kennen. Sodann würde ihm auch eine bestimmte fehlerhafte Angabe kaum weiterhelfen, vielmehr müsste er seine Gesamteinkünfte derart reduzieren, dass sie nicht für eine Verurteilung nach § 170 I StGB ausreichen. Eine derartige Situation ist aber kaum vorstellbar. Am Beispiel der Einkünfte aus Schwarzarbeit verdeutlicht, wird der Steuerpflichtige diese regelmäßig nicht deshalb verheimlichen, weil er ansonsten im Unterhaltsverfahren für leistungsfähig befunden wird, sondern weil er die durch Schwarzarbeit begangene konkrete Straftat verdecken will. Zudem dürfen bestimmte

⁴⁹⁶ Vgl. zur besonderen Schutzwürdigkeit einer effektiven Strafverfolgung i.R.d. § 170 I StGB und der Schutzbedürftigkeit des Rechts des Unterhaltsberechtigten bereits die Ausführungen unter B.III.3.c)bb)(1)(c)(bb).

⁴⁹⁷ Vgl. zur Herleitung und zum Umfang des *nemo tenetur*-Grundsatzes B.III.3.c)bb)(2)(a)(aa).

Steuerdaten auch im zivilgerichtlichen Unterhaltsverfahren verwendet werden. Dies deutet darauf hin, dass die Verwendung der Daten zur Bemessung der Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners einer ordnungsgemäßen Besteuerung nicht entgegenstehen, d. h. dass offenbar nicht zu befürchten ist, dass Steuerpflichtige falsche Angaben machen, weil im Unterhaltsverfahren auf Steuerdaten zugegriffen werden kann. Dass sich dies durch die Einführung einer Zugriffsmöglichkeit auf die Steuerdaten auch im Strafverfahren ändert, ist nicht anzunehmen. Der Wahrheitsermittlung im Strafverfahren wird damit Genüge getan. Ebenso wird bei der Verwendung der Steuerdaten im Unterhaltsverfahren die Unschuldsvermutung gewahrt. Die Erhebung von Steuerdaten im Besteuerungsverfahren dient weder als eine vorweggenommene (unmittelbare oder mittelbare) Strafe noch wird dadurch auf andere Weise die Unschuldsvermutung beeinträchtigt. Vielmehr soll durch die Steuerdaten objektiv festgestellt werden, ob der Beschuldigte leistungsfähig ist oder nicht. Die (zwangsweise durchsetzbaren) Mitwirkungspflichten im Besteuerungsverfahren sind keine vorweggenommene Strafe für Unterhaltspflichtverletzungen. Ferner wird auch das Distanzinteresse des Beschuldigten nicht übermäßig beeinträchtigt. Die Informationen, die in den Steuerdaten verankert sind, dienen neben dem staatlichen Strafanspruch gerade dem effektiven Schutz des Unterhaltsanspruchs und damit dem Schutz des Lebensbedarfs des Unterhaltsberechtigten. Zu diesem steht der Unterhaltsschuldner in einer besonderen, grundgesetzlich verbürgten Rechtsstellung und es kann von ihm verlangt werden, die dem Unterhaltsberechtigten gegenüber bestehenden Pflichten zu erfüllen. Mit der Vorschrift des § 170 I StGB kann die Nichterfüllung dieses besonders schützenswerten Anspruchs sanktioniert und der Anspruch kann für die Zukunft geschützt werden. Zu dessen effektiver Durchsetzung bedarf es allerdings auch entsprechend wirksamer Ermittlungsmöglichkeiten – dazu zählt auch der Zugriff auf relevante Steuerinformationen.

Missst man die Verwendung der Steuerdaten in einem Verfahren nach § 170 I StGB an dem herausgearbeiteten Sinn und Zweck des *nemo tenetur*-Grundsatzes, steht dieser der Möglichkeit einer Einführung eines weiteren Ausnahmetatbestands i. R. d. §§ 30 IV, 393 II AO folglich nicht entgegen.

Auch allgemeine Erwägungen können zur Rechtfertigung des Eingriffs in die Selbstbelastungsfreiheit und damit für die Zulässigkeit der Einführung einer Offenbarungs- und Verwendungsmöglichkeit in Fällen des § 170 I StGB herangezogen werden. So sind beispielsweise die Verwendungszwecke der Datennutzung im Besteuerungsverfahren einerseits und Unterhaltsverfahren andererseits in ihren Grundzügen vergleichbar. Tragendes Grundprinzip des Steuerrechts ist die Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen.⁴⁹⁸ Auch bei der Frage nach dem Bestehen und der Höhe der Unterhaltspflicht kommt es maßgeblich auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners an. Beide Pflichten – Zahlung der Steuern und Zahlung des geschuldeten Unterhalts – sind von der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Steuerschuldners beziehungs-

⁴⁹⁸ Wulf, wistra 2006, 89.

weise Unterhaltsschuldners abhängig. Zur Ermittlung, ob sich der Steuerschuldner der seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit geschuldeten Zahlungsverpflichtung in strafrechtlich relevanter Weise entzieht, kann auf die Steuerdaten zurückgegriffen werden. Zur Beurteilung, ob sich ein Unterhaltsschuldner seiner ebenfalls von der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit abhängigen Leistungspflicht entzieht, ist dies regelmäßig hingegen nicht möglich. Zwar besteht zwischen der Erhebung der Daten zu Besteuerungszwecken und anschließender Sanktionierung von Steuerhinterziehungen ein enger Zusammenhang zwischen dem Zweck der Erhebung und dem Zweck der Sanktionierung. Dennoch kann die teilweise bestehende Gleichläufigkeit der Zwecke – Bemessung der Steuer- beziehungsweise Unterhaltsverpflichtung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Schuldners – als Argument für einen Rückgriff auf die Steuerdaten herangezogen werden. In beiden Fällen soll die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Schuldners festgestellt werden, sodass mit der jeweiligen Verwendung keine diametral gegenläufigen Zwecke verfolgt werden.

Dem – ohnehin durch andere Teilrechtsordnungen bereits eingeschränkten – Recht auf Wahrung der Selbstbelastungsfreiheit steht die Effektivität der Strafverfolgung und damit zusammenhängend der Schutz des notwendigen Lebensbedarfs des Unterhaltsberechtigten gegenüber. Die Ausführungen haben gezeigt, dass ein Eingriff in die Selbstbelastungsfreiheit durch Durchbrechung des Steuergeheimnisses möglich ist, wenn hierfür gewichtige Gründe bestehen, die in einer Abwägung das Steuergeheimnis überwiegen. Ebenfalls wurde bereits auf die besondere Schutzwürdigkeit des Unterhaltsberechtigten eingegangen, zu dem der Unterhaltsschuldner in einer grundrechtlich verbürgten Pflichtenstellung steht.⁴⁹⁹ In einer Abwägung überwiegt die effektive Strafverfolgung, durch die der notwendige Lebensbedarf des Unterhaltsberechtigten geschützt wird, das Interesse des Unterhaltspflichtigen, dass bestimmte Steuerdaten nicht zur Bestimmung seiner Leistungsfähigkeit verwendet werden können. Durch die Offenlegung bestimmter Steuerdaten wird zwar in die Selbstbelastungsfreiheit des Unterhaltsschuldners eingegriffen. Dieser Eingriff wiegt allerdings weniger schwer und ist ihm im Interesse des grundsätzlich unverschuldet auf Hilfe angewiesenen Unterhaltsberechtigten zuzumuten.

Der Verwendung von Teilergebnissen des Besteuerungsverfahrens in einem Verfahren nach § 170 I StGB, soweit dies für die Ermittlung der Leistungsfähigkeit des Unterhaltsverpflichteten notwendig ist, stehen damit keine durchgreifenden Bedenken entgegen. Die Ausführungen haben vielmehr gezeigt, dass eine Verwendungsmöglichkeit in diesen Verfahren nicht nur zum Schutz des Unterhaltsberechtigten geboten ist. Sie bietet auch eine Möglichkeit, zur Einheit der Rechtsordnung beizutragen, da die fraglichen Informationen in sozial- und zivilrechtlichen Rechtsbereichen bereits offenbart und verwendet werden dürfen. Gerade vor dem Hintergrund der ohnehin in der Praxis bestehenden Probleme, die sich auch aus dem Nichtbestehen einer Bindungswirkung an zivilrechtliche Unterhaltsentscheidungen

⁴⁹⁹ Vgl. hierzu bereits die Ausführungen unter B.III.3.c)bb)(1)(c)(bb).

ergeben⁵⁰⁰, ist die Einführung einer Offenbarungs- und Verwendungsmöglichkeit de lege ferenda eine sinnvolle Ergänzung der bereits bestehenden strafprozessualen Ermittlungsmöglichkeiten.

(3) Grundsatz gleichmäßiger und gesetzmäßiger Besteuerung

Das Steuergeheimnis dient nicht nur dem Schutz der Rechte des Steuerpflichtigen, sondern zugleich einer gleichmäßigen Besteuerung. Aufgrund des Steuergeheimnisses muss der Steuerpflichtige grundsätzlich nicht befürchten, dass die von ihm zu steuerlichen Zwecken getätigten Angaben anderweitig offenbart und verwendet werden. Dies soll ihn zur wahrheitsgemäßen und vollständigen Auskunft über seine steuerlich bedeutsamen Verhältnisse veranlassen, auf die der Staat im Interesse ausreichender Steuereinnahmen sowie unter dem Gesichtspunkt einer gesetzmäßigen und gleichmäßigen Besteuerung angewiesen ist.⁵⁰¹

Für eine strafrechtliche Sanktionierung nach § 170 I StGB kommt es maßgeblich auf die Höhe der Einkünfte des Unterhaltsschuldners an, aus welchen Quellen die Mittel stammen ist nur für die Berechnung des Unterhaltsanspruchs relevant. Kommt in dem Verfahren ein Verdacht hinsichtlich möglicher weiterer Straftaten auf, dürfen die zur Berechnung des Unterhaltsanspruchs offenbarten und verwendeten Daten zu deren Verfolgung nicht verwendet werden. Auch besteht keine Gefahr für die Gleichmäßigkeit der Besteuerung, wenn Steuerdaten zur Ermittlung der Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners i.R.d. § 170 I StGB verwendet werden können. Bestünde eine derartige Gefahr, müsste dies bereits durch die im zivilrechtlichen und sozialrechtlichen Bereich bestehende Möglichkeit, den Unterhaltsanspruch unter Verwendung von Steuerdaten zu ermitteln, jedenfalls im Ansatz erkennbar sein. Der Grundsatz der gleichmäßigen und gesetzmäßigen Besteuerung steht der vorgeschlagenen Offenbarungs- und Verwendungsmöglichkeit der Steuerdaten in einem Verfahren wegen Unterhaltspflichtverletzung nach § 170 I StGB nicht entgegen.

cc) Schätzung nach § 162 AO

Neben der Offenbarungs- und Verwendungsmöglichkeit von Tatsachen und Beweismitteln, die der Steuerpflichtige selbst in Erfüllung steuerlicher Pflichten offenbart hat, stellt sich die Frage, inwieweit Schätzungen der Besteuerungsgrundlage seitens der Finanzbehörde vom Gericht herangezogen werden können.

Nach § 162 I AO hat die Finanzbehörde die Besteuerungsgrundlagen zu schätzen, soweit sie diese nicht ermitteln oder berechnen kann. Dabei sind alle Umstände zu berücksichtigen, die für die Schätzung von Bedeutung sind. Eine Schätzung der Besteuerungsgrundlage kommt folglich immer dann in Betracht, wenn der Steuer-

⁵⁰⁰ Hierzu eingehend B.II.3.b)aa).

⁵⁰¹ BVerfGE 67, 100 (140); Hübschmann/Hepp/Spitaler/Alber, § 30 Rn. 7.

pflichtige – verschuldet oder unverschuldet – seinen steuerlichen Mitwirkungspflichten nicht nachkommt. Im Falle einer ordnungsgemäßen Schätzung ist der *nemo tenetur*-Grundsatz damit gerade nicht berührt.⁵⁰²

Für die Möglichkeit eines Rückgriffs auf die Schätzgrundlage und das Schätzergebnis spricht insbesondere, dass das Finanzgericht den fachspezifischen Sachverstand hat, um eine korrekte Schätzung durchführen zu können. Bewusst überhöhte Schätzungen sind unzulässig, der Steuerpflichtige wird behandelt, wie jeder andere, der seine Mitwirkungspflichten unverschuldet versäumt.⁵⁰³ Der Strafrichter ist dann selbstverständlich nicht an das Schätzergebnis gebunden, sondern muss in jedem Fall eine eigenständige Prüfung durchführen. In dieser kann er aber der vom Finanzamt geschätzte Besteuerungsgrundlage maßgebliche Bedeutung beimessen und in seine Bemessung der Leistungsfähigkeit einfließen lassen. Damit eine (revisionsfeste) Prüfung des Urteils möglich ist, müssen auch die Schätzgrundlagen mitgeteilt werden.⁵⁰⁴

In der Verwendung der Schätzgrundlagen und dem Schätzergebnis liegt auch kein Verstoß gegen den *in-dubio pro reo*-Grundsatz. Der Grundsatz stellt eine Entscheidungsregel dar, die das Tatgericht erst dann zu befolgen hat, wenn es nach abgeschlossener Beweiswürdigung nicht die volle Überzeugung vom Vorliegen einer für den Schuld- und Rechtsfolgenausspruch unmittelbar entscheidungserheblichen Tatsache gewonnen hat bzw. der entsprechende rechtsgenügende Beweis *nicht* erbracht ist.⁵⁰⁵ Indizien, die lediglich gewisse Wahrscheinlichkeitsaussagen ermöglichen oder sonst unsicher sind, sind dabei immer nur mit der ihr zukommenden Ungewissheit in die Gesamtwürdigung einzustellen.⁵⁰⁶ Die Schätzgrundlagen und das Schätzergebnis können daher als Indizien in die Beweiswürdigung einbezogen werden und wie alle anderen (Indiz-)Tatsachen vom Strafrichter behandelt werden.

d) Ergebnis

Zwar kann *de lege lata* in einem Verfahren nach § 170 I StGB regelmäßig nicht auf Steuerdaten des Unterhaltsverpflichteten zugegriffen werden. Die Einführung einer Durchbrechung des Steuergeheimnisses zur Bemessung der Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners in einem Verfahren nach § 170 I StGB ist allerdings *de lege*

⁵⁰² Graf/Jäger/Wittig/Bülte, § 393 Rn. 22; Joecks/Jäger/Randt/Joecks, § 393 Rn. 36; vielfach wird allerdings die zumindest faktische Zwangswirkung, die bei für den Steuerpflichtigen nachteiligen Schätzungen eintreten kann, kritisiert; vgl. etwa BeckOK-AO/Schaefer, § 393 Rn. 112.1.

⁵⁰³ Vgl. hierzu bereits B. Fn. 411.

⁵⁰⁴ Vgl. hierzu für das Steuerstrafverfahren Klein-AO/Jäger, § 370 Rn. 468.

⁵⁰⁵ BGH NJW 2005, 2322 (2324); KK-StPO/Ott, § 261 Rn. 63, 84; BeckOK-StGB/v. Heintschel-Heinegg, § 1 Rn. 45.

⁵⁰⁶ BGH NStZ-RR 2015, 83 (85 f.); KK-StPO/Ott, § 261 Rn. 84.

ferenda möglich und geboten.⁵⁰⁷ Zum Schutz des Lebensbedarfs des Unterhaltsberechtigten ist eine effektive Verfolgung von Unterhaltspflichtverletzungen erforderlich. Diese kann zusätzlich zu den bisher bestehenden Ermittlungsmaßnahmen maßgeblich durch einen Zugriff auf die zur Bestimmung der Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners erforderlichen Steuerdaten realisiert werden. Dem stehen weder das informationelle Selbstbestimmungsrecht noch der nemo tenetur-Grundsatz entgegen. Auch der Grundsatz gleichmäßiger Besteuerung bleibt gewahrt.

Daneben steht einer Verwendung der Schätzungen der Besteuerungsgrundlage des Finanzamtes in einem Verfahren nach § 170 I StGB die Selbstbelastungsfreiheit nicht entgegen. Sie kann zur Ermittlung der Leistungsfähigkeit des Unterhaltsverpflichteten herangezogen werden.

4. Sozialdaten nach dem SGB X

Im Hinblick auf die Ermittlungstätigkeit von Staatsanwaltschaft und Gericht im Rahmen eines Verfahrens nach § 170 I StGB wäre ein Rückgriff auf die bei den Leistungsträgern vorhandenen Sozialdaten hilfreich. Dadurch könnte insbesondere die Feststellung der Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners erleichtert werden.

Sozialdaten unterliegen nach der Grundsatzbestimmung des § 35 SGB I dem Sozialgeheimnis. Jeder hat hiernach einen Anspruch darauf, dass die ihn betreffenden Sozialdaten von den Leistungsträgern nicht unbefugt verarbeitet werden.

Im Folgenden soll zunächst dargestellt werden, was unter dem Begriff „Sozialdaten“ zu verstehen ist, beziehungsweise welche Daten von dem Schutz des Sozialgeheimnisses umfasst sind, um dann klären zu können, welchem Zweck der Schutz dient. Anschließend sollen die vorhandenen Möglichkeiten, in einem Verfahren nach § 170 I StGB zur Ermittlung der Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners an die geschützten Sozialdaten zu gelangen, näher betrachtet werden.

a) „Sozialdaten“

§ 67 II 1 SGB X enthält eine Legaldefinition des Begriffs Sozialdaten. Danach sind Sozialdaten personenbezogene Daten, die von einer in § 35 SGB I genannten Stelle im Hinblick auf ihre Aufgaben nach dem SGB X verarbeitet werden. Nach der unionsweit einheitlichen Definition in Art. 4 der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO)⁵⁰⁸ sind personenbezogene Daten alle Informationen, die sich auf eine

⁵⁰⁷ Im Zusammenspiel mit § 161 StPO ist auch dem sog. „Doppeltürmodell“ genüge getan, vgl. zum Doppeltürmodell insb. BVerfG, Beschluss v. 24.01.2012 – 1 BvR 1299/05.

⁵⁰⁸ Die Verordnung (EU) 2016/679 des europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung) (Abl. L 119/1 v. 04.05.2016) ist ohne weiteren Umsetzungsakt unmittelbar anwendbares Recht und hat damit Einfluss auf das SGB, insbesondere sind Begriffsbestim-

identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen. Als identifizierbar wird eine natürliche Person angesehen, die direkt oder indirekt, insbesondere mittels Zuordnung zu einer Kennung wie einem Namen, zu einer Kennnummer, zu Standortdaten, zu einer Online-Kennung oder zu einem oder mehreren besonderen Merkmalen, die Ausdruck der physischen, physiologischen, genetischen, psychischen, wirtschaftlichen, kulturellen oder sozialen Identität dieser natürlichen Person sind, identifiziert werden kann. Hierbei genügt die Identifizierbarkeit der betroffenen Person.⁵⁰⁹ Erforderlich ist damit zum einen der Bezug zu einer individualisierbaren Einzelperson (Personenbezug) und zum anderen muss das Datum von einem Sozialleistungsträger für seine Aufgabenerfüllung verwendet werden (Sachbezug).⁵¹⁰ Eine bestimmte Relevanz oder Sensibilität der Daten ist nicht notwendig; grundsätzlich gibt es kein „belangloses“ Datum im Sozialbereich.⁵¹¹ Das heißt jedoch nicht, dass alle Daten gleichermaßen bedeutsam sind. So werden in Art. 9 der DSGVO besondere Kategorien personenbezogener Daten genannt, namentlich solche aus denen sich die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen oder die Gewerkschaftszugehörigkeit ergeben, sowie die Verarbeitung von genetischen Daten, biometrischen Daten zur eindeutigen Identifizierung einer natürlichen Person, Gesundheitsdaten oder Daten zum Sexualleben oder der sexuellen Orientierung. Nicht vom Sozialgeheimnis umfasst sind zunächst, wie sich bereits deutlich aus Art. 4 DS-GVO ergibt, Sammeldaten ohne Bezug zu einer Einzelperson.⁵¹² Auch fallen anonymisierte Daten nicht unter den Sozialdatenschutz und das Datenschutzrecht der Union.⁵¹³

mungen unmittelbar der Verordnung zu entnehmen und nur ergänzend kann auf die Definitionen des zweiten Kapitels des SGB X zurückgegriffen werden; vgl. hierzu etwa Diering/Timme/Stähler-SGB X/Stähler, Vor § 67 bis 85a Rn. 10ff., § 67 Rn. 2; BeckOK-Sozialrecht/Westphal, § 67 SGB X Rn. 3.

⁵⁰⁹ Wann diese Identifizierbarkeit vorliegt ist anhand eines relativen, an den vernünftigerweise nutzbaren Möglichkeiten zur Identifizierung orientiertem Begriff des Personenbezugs unter Einbeziehung des Wissens und der Fähigkeiten Dritter zu beurteilen, vgl. KassKomm-SGB/Leopold, § 67 SGB X Rn. 9.

⁵¹⁰ Diering/Timme/Stähler-SGB X/Stähler, § 67 Rn. 4.

⁵¹¹ Diering/Timme/Stähler-SGB X/Stähler, § 67 Rn. 4; BeckOK-Sozialrecht/Westphal, § 67 SGB X Rn. 6; KassKomm-SGB/Leopold, § 67 SGB X Rn. 6; in BVerfGE 65, 1 stellt das Gericht klar, dass es unter den Bedingungen der automatischen Datenverarbeitung kein „belangloses“ Datum mehr gibt, entscheidend sind ihre Nutzbarkeit und Verwendungsmöglichkeit, die einerseits vom Zweck, dem die Erhebung dient, und andererseits von den der Informationstechnologie eigenen Verarbeitungs- und Verknüpfungsmöglichkeiten abhängen; vgl. hierzu auch Kircher, S. 28 f.

⁵¹² BeckOK-Sozialrecht/Westphal, § 67 SGB X Rn. 7.

⁵¹³ BeckOK-Sozialrecht/Westphal, § 67 SGB X Rn. 10; KassKomm-SGB/Leopold, § 67 SGB X Rn. 10.

b) Zweck des Sozialgeheimnisses

Die seit dem 1. 1. 1976 bestehende Vorschrift zum Schutz der Sozialdaten wurde vielfach inhaltlichen Änderungen unterzogen, wobei insbesondere die, als Reaktion auf das Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts⁵¹⁴, durch das zweite SGB-Änderungsgesetz vom 13. 6. 1994 erfolgte Ausweitung des bis dahin bestehenden Geheimnisschutzes hin zum Schutz aller Sozialdaten zu nennen ist.⁵¹⁵ In dem Urteil statuiert das Bundesverfassungsgericht, dass unter den Bedingungen der modernen Datenverarbeitung der Schutz des Einzelnen gegen unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe seiner persönlichen Daten vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG umfasst ist. Das Grundrecht gewährleiste insoweit die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen.⁵¹⁶ Durch den Sozialdatenschutz nach § 35 SGB I wird das in dem Urteil entwickelte Recht auf informationelle Selbstbestimmung geschützt.⁵¹⁷

Zweck des Sozialgeheimnisses ist es, die Informationen zu schützen, die im sozialrechtlichen Verfahren über den Einzelnen erhoben werden, insbesondere indem sichergestellt wird, dass die Sozialdaten nicht durch die Verwaltung unbefugt verarbeitet werden. Die Daten sollen nicht unbefugt nach außen an Dritte (z. B. den Arbeitgeber) oder andere Verwaltungsträger übermittelt werden.⁵¹⁸

c) Übermittlungsbefugnisse *de lege lata*

Grundsätzlich hat nach § 35 SGB I jeder einen Anspruch darauf, dass die ihn betreffenden Sozialdaten von Leistungsträgern nicht unbefugt verarbeitet werden. Eine Übermittlung der Sozialdaten richtet sich nach den § 35 SGB I, §§ 67 ff. SGB X und ist nur möglich, sofern entweder die Einwilligung des Betroffenen oder eine gesetzliche Übermittlungsbefugnis vorliegt.⁵¹⁹ Nach § 68 I 1 SGB X können begrenzt Daten zur Erfüllung von Aufgaben der Polizeibehörden, der Staatsanwaltschaften, der Gerichte und der Behörden der Gefahrenabwehr übermittelt werden. Umfasst sind Name, Vorname, Geburtsdatum, Geburtsort, derzeitige Anschrift der betroffenen Person, ihr derzeitiger oder zukünftiger Aufenthaltsort sowie Namen, Vornamen oder Firma und Anschriften ihrer derzeitigen Arbeitgeber. Ob für eine darüberhinausgehende Übermittlung eine Rechtsgrundlage besteht, soll im Folgenden geklärt werden.

⁵¹⁴ BVerfGE 65, 1.

⁵¹⁵ BGBl. I, S. 1229 ff.; Vgl. hierzu BeckOK-Sozialrecht/Gutzler, § 35 SGB I Rn. 1 f.

⁵¹⁶ BVerfGE 65, 1 (43).

⁵¹⁷ Vgl. auch Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann/Greiner; § 35 Rn. 9; zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung im Zusammenhang mit den Steuerdaten vgl. B.III.3.c) bb)(1).

⁵¹⁸ KassKomm-SGB/Schifferdecker, § 35 SGB I Rn. 2.

⁵¹⁹ Zeibig, NSTZ 1999, 339.

aa) § 69 I Nr. 1 Fall 2 SGB X

Nach § 69 I Nr. 1 SGB X ist eine Übermittlung von Sozialdaten zulässig, soweit sie für die Erfüllung der Zwecke für die sie erhoben worden sind oder für die Erfüllung einer gesetzlichen Aufgabe der übermittelnden Stelle nach diesem Gesetzbuch oder einer solchen Aufgabe eines Dritten, an den die Daten übermittelt werden, wenn er eine in § 35 SGB I genannte Stelle ist, erforderlich ist. Eine Übermittlung der Sozialdaten an die Staatsanwaltschaft durch den Sozialleistungsträger ist in der zweiten Verwirklichungsform des § 69 I Nr. 1 SGB X dann möglich, wenn sie zur Erfüllung eigener sozialgesetzlicher Aufgaben erforderlich ist.⁵²⁰ Teilweise wird davon ausgegangen, dass ein Verfahren wegen Verletzung der Unterhaltspflicht nach § 170 I StGB nicht mit der Erfüllung einer gesetzlichen Aufgabe nach dem Sozialgesetzbuch zusammenhänge.⁵²¹ Es gehört aber zu den gesetzlichen Aufgaben des Sozialleistungsträgers den Sozialaufwand nach Kräften zu mindern, indem Erstattungs- und Ersatzansprüche sowie übergeleitete Ansprüche nach § 93 SGB XII (§ 90 BSHG a.F.) effektiv geltend gemacht werden.⁵²² Durch den Druck einer strafrechtlichen Verfolgung und einer Verurteilung beispielsweise mit der Weisung, seine Unterhaltspflicht zu erfüllen und Rückstände zu tilgen, kann der zahlungsverweigernde Unterhaltsschuldner zur Erfüllung seiner Pflichten gebracht werden.⁵²³ Zudem kann das Strafverfahren durchaus auch der Erfüllung sozialgesetzlicher Aufgaben dienen. Hierfür spricht bereits § 69 I Nr. 2 SGB X, der davon ausgeht, dass ein Strafverfahren mit der Erfüllung einer Aufgabe nach Nr. 1 zusammenhängen kann. Wird angenommen, dass der Schutz der Sozialbehörden vor Inanspruchnahme zumindest sekundär geschütztes Rechtsgut der Norm ist⁵²⁴, dann ist es nur konsequent anzunehmen, dass ein Strafverfahren wegen Unterhaltspflichtverletzung der Erfüllung der gesetzlichen Aufgabe des Sozialleistungsträgers dient.⁵²⁵ Aber auch, wenn – richtigerweise – allein der Lebensbedarf des Unterhaltsberechtigten als geschütztes Rechtsgut der Norm angesehen wird, dient die Durchsetzung des Strafanspruchs aus § 170 I StGB zweifellos faktisch auch der Erfüllung einer sozialgesetzlichen Aufgabe. Nur weil der Schutz der Sozialbehörden nicht zur Legitimation der strafrechtlichen Sanktionierung geeignet ist, kann gleichwohl ein rein mittelbarer, faktischer Schutz der Sozialbehörden vor Inanspruchnahme durch die Norm geleistet werden. Insbesondere muss die zur Übermittlung erforderliche sozialgesetzliche Aufgabe auch nur der übermittelnde Sozialleistungsträger erfüllen, § 69 I Nr. 1 SGB X spricht von einer „gesetzlichen Aufgabe der *übermittelnden* Stelle“. Es kann hingegen nicht darauf ankommen, ob auch die Strafnorm – und

⁵²⁰ *Kerl*, NJW 1984, 2444 (2245).

⁵²¹ LG Hamburg NJW 1984, 1570; *Hardung*, NJW 1992, 211 (212).

⁵²² *Kerl*, NJW 1984, 2444 (2445).

⁵²³ *Kerl*, NJW 1984 2444 (2445).

⁵²⁴ Vgl. hierzu die Ausführungen unter B.I.3.a)aa).

⁵²⁵ *Kerl*, NJW 1984, 2444 (2445).

damit letztlich die (angedrohte) Sanktionierung in Form von Schuldspruch und Strafe – den Schutz der konkreten sozialgesetzlichen Aufgabe bezweckt.

Des Weiteren stellt sich die Frage, ob das Offenbarungsrecht immer nur dann besteht, wenn das Ermittlungsverfahren durch eine eigene Strafanzeige des Sozialleistungsträgers initiiert wurde. Dagegen spricht, dass es von Zufälligkeiten abhängen kann, von wem das Verfahren angestoßen wird – den Sozialleistungsträgern, privaten Dritten oder den Strafverfolgungsbehörden.⁵²⁶ Zudem besteht die sozialgesetzliche Aufgabe des Sozialleistungsträgers, den Sozialaufwand gering zu halten, unabhängig davon weiter fort. Er hat allerdings vor der Übermittlung selbstständig zu prüfen, ob die Voraussetzungen vorliegen, d. h. ob das Verfahren für die Erfüllung einer gesetzlichen Aufgabe erforderlich und die Übermittlung der Sozialdaten verhältnismäßig ist.⁵²⁷ Dies wird in Verfahren nach § 170 I StGB regelmäßig der Fall sein. Zahlt der Unterhaltsschuldner nicht, wird zumeist der Sozialleistungsträger für diesen einspringen. Dies zu verhindern – hier durch Unterstützung eines Ermittlungs- und Strafverfahrens – ist zum Kreis der sozialgesetzlichen Aufgaben zu zählen.⁵²⁸

§ 69 I Nr. 1 Fall 2 SGB X beinhaltet für ein Verfahren nach § 170 I StGB mithin ein Übermittlungsrecht grundsätzlich aller Sozialdaten, soweit dies zur Erfüllung sozialgesetzlicher Aufgaben erforderlich ist. Die Entscheidung zur Übermittlung und damit auch die Prüfungskompetenz liegt allein beim Sozialleistungsträger, der dabei den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu wahren hat.⁵²⁹

bb) § 69 I Nr. 2 SGB X

Darüber hinaus ist die Übermittlung von Sozialdaten nach § 69 I Nr. 2 SGB X zulässig, soweit sie für die Durchführung eines mit der Erfüllung einer Aufgabe nach Nr. 1 zusammenhängenden gerichtlichen Verfahrens einschließlich eines Strafverfahrens erforderlich ist. Nr. 1 nennt als Aufgaben die Erfüllung des Erhebungszwecks der Sozialdaten und die Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben des Sozialleistungsträgers nach dem SGB.

Erforderlich für eine Übermittlung nach § 69 I Nr. 2 SGB X in einem Verfahren nach § 170 I StGB ist damit, dass die Übermittlung der Erfüllung einer gesetzlichen Aufgabe nach dem SGB dient. Es muss ein Zusammenhang zwischen dem strafrechtlichen Unterhaltspflichtverletzungsverfahren und einer sozialrechtlichen Aufgabe bestehen. Als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal wird teilweise eine Unmittelbarkeit zwischen der Offenbarung und der Erfüllung einer gesetzlichen Aufgabe nach dem SGB verlangt.⁵³⁰

⁵²⁶ *Kerl*, NJW 1984, 2444 (2446 f.).

⁵²⁷ BeckOK-Sozialrecht/*Westphal*, § 69 SGB X Rn. 5.

⁵²⁸ *Kerl*, NJW 1984, 2444 (2447).

⁵²⁹ *Kerl*, NJW 1984, 2444 (2447).

⁵³⁰ *Zeibig*, NSTZ 1999, 339 (340).

Dass ein Verfahren nach § 170 I StGB einer sozialgesetzlichen Aufgabe der übermittelnden Stelle dienen kann, wurde bezüglich der Übermittlungsbefugnis nach § 69 I Nr. 1 Fall 2 SGB X bereits festgestellt. Ein sachlicher Zusammenhang besteht insbesondere dann, wenn eine Leistung seitens des Sozialleistungsträgers wegen des Verhaltens eines Dritten erbracht werden muss – bei § 170 I StGB die Leistung an den Unterhaltsberechtigten, weil der Unterhaltsschuldner seiner Pflicht nicht nachkommt.⁵³¹ Auch wird der Zusammenhang insbesondere dann bejaht, wenn das Verfahren durch eine Stelle nach § 35 SGB I angestoßen wird.⁵³² Es kann bereits als widersprüchlich angesehen werden, wenn die Sozialleistungsträger bei der Staatsanwaltschaft zwar ein Strafverfolgungsbegehren vorbringen und nachdrücklich Ahndung suchen können und sollen, aber sich zugleich sperren müssten, die dafür notwendigen Fakten mitzuliefern.⁵³³

Wenn nun grundsätzlich eine Offenbarung der relevanten Sozialdaten nach § 69 I Nr. 2 SGB X in einem Verfahren nach § 170 I StGB möglich ist, bleibt zu klären, ob ein entsprechendes Auskunftsbeghären allein vom Gericht oder auch von der Staatsanwaltschaft gestellt werden kann. Teilweise wird angenommen, § 69 I Nr. 2 SGB X sei nur in einem „gerichtlichen Verfahren“ und nicht in einem staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren anwendbar.⁵³⁴ Die Regelungen in der StPO würden deutlich machen, dass es sich um zwei voneinander getrennte Verfahren handle und dass die Entscheidung, ob und welche Daten angefordert werden, bei einem weisungsunabhängigen Richter liegen solle.⁵³⁵ Dagegen wird angeführt, dass in der strafrechtlichen Terminologie unter Strafverfahren auch das Ermittlungsverfahren verstanden wird (vgl. etwa §§ 41, 42 II OWiG, Überschriften vor § 43 JGG) und dass es, hätte der Gesetzgeber eine entsprechende Begrenzung gewollt, einer Erweiterung um den Begriff des Strafverfahrens nicht bedurft hätte. Dies wäre bereits durch die Formulierung des „gerichtlichen Verfahrens“ hinreichend deutlich geworden.⁵³⁶ Vielmehr ist das gesamte Strafverfahren und mit diesem auch das strafrechtliche Ermittlungsverfahren erfasst. Im SGB wird „einschließlich“ auch an anderen Stellen in entsprechend weitem Sinn verstanden.⁵³⁷ Zudem beginnt die Durchführung des gerichtlichen Verfahrens mit dessen Einleitung im Ermittlungsverfahren und damit auch durch eine Anzeige, sodass eine Übermittlungsbefugnis

⁵³¹ Kunkel/Kepert/Pattar-SGB VIII/Kunkel, § 61 Rn. 124.

⁵³² Zeibig, NStZ 1999, 339 (340).

⁵³³ Kerl, NJW 1984, 2444, dem es hier aber nicht um die Anwendbarkeit des § 69 SGB X, sondern um die Frage der Notwendigkeit der Einschaltung des Strafrichters geht.

⁵³⁴ KassKomm-SGB/Martin, § 69 SGB X Rn. 11; Diering/Timme/Stähler-SGB X/Stähler, § 69 Rn. 7; Zeibig, NStZ 1999, 339 (340).

⁵³⁵ Zeibig, NStZ 1999, 339 (340); für eine Einbeziehung des Ermittlungsverfahrens auch AG Saarbrücken, Beschluss vom 01.09.1997 – 7 Gs 1464/97; BeckOK-Sozialrecht/Westphal, § 69 SGB X Rn. 11.

⁵³⁶ Krahmer/Strothmann, § 69 Rn. 10; Hardtung, NJW 1992, 211 (212).

⁵³⁷ Etwa in den §§ 22 I Nr. 2, 29 I Nr. 1c SGB I; vgl. Krahmer/Strothmann, § 69 Rn. 10; ausführlich hierzu auch Hardtung, NJW 1992, 211 (212).

auch gegenüber der Polizei und Staatsanwaltschaft besteht.⁵³⁸ Eine Beschränkung auf das strafgerichtliche Hauptverfahren unterliegt zudem einer weiteren Schwäche. Der Staatsanwaltschaft obliegt nach § 160 StPO die Pflicht zur Sachverhaltserforschung. Bestünde im Ermittlungsverfahren keine Möglichkeit an die erforderlichen Sozialdaten zu gelangen, könnte die Staatsanwaltschaft unter Umständen mangels hinreichendem Tatverdachts keine Klage erheben und der Richter würde nie mit der Sache befasst werden.⁵³⁹ Zuletzt ergibt sich auch aus der ausdrücklichen Anordnung eines Richtervorbehalts in § 73 II SGB X nicht anderes. Dieser wird nicht dadurch umgangen, dass die Staatsanwaltschaft – ohne vorherige richterliche Anordnung – auf die Sozialdaten zugreifen kann. Die Normen unterscheiden sich wesentlich voneinander. Während § 73 SGB X die Übermittlung für die Durchführung eines Strafverfahrens wegen grundsätzlich jeder Straftat zulässt, erlaubt § 69 SGB X dies nur bei Verfahren mit Sozialbezug. In letzterem Fall geht die zweckentsprechende Nutzung dem Sozialgeheimnis vor, da die Übermittlung und die Verwendung der Daten gerade der Erfüllung einer sozialgesetzlichen Aufgabe dienen.⁵⁴⁰

Die Prüfung, ob im Einzelfall die Voraussetzungen des § 69 I Nr. 2 SGB X erfüllt sind, liegt auch in diesem Fall im Kompetenzbereich des zuständigen Sozialleistungsträgers.⁵⁴¹ Ob die Übermittlung erforderlich ist, hat das Gericht hingegen selbst zu prüfen.⁵⁴² Das Gericht (oder die Staatsanwaltschaft) kann ein Amtshilfeersuchen zur Sozialdatenübermittlung stellen.⁵⁴³ Dass die Sozialdaten nicht außerhalb des Verfahrens, in dem sie übermittelt wurden, verwendet werden können, folgt bereits aus der in § 78 SGB X normierten Zweckbindung.⁵⁴⁴ Liegen die Voraussetzungen des § 69 I Nr. 2 SGB X vor, besteht eine Übermittlungspflicht. Dies ergibt sich aus den allgemeinen Vorschriften zur Amtshilfe, deren Voraussetzungen sich aus § 4 II–IV SGB X ergeben.⁵⁴⁵ Einen eigenen Ermessensspielraum hat die ersuchte Behörde nicht, dies ergibt sich aus § 4 IV SGB X.

⁵³⁸ Kunkel/Kepert/Pattar-SGB VIII/Kunkel, § 61 Rn. 125; vgl. BVerfG NJW 2005, 2289 (2300).

⁵³⁹ Hardtung, NJW 1992, 211 (213).

⁵⁴⁰ Hardtung, NJW 1992, 211 (213).

⁵⁴¹ Kunkel/Kepert/Pattar-SGB VIII/Kunkel, § 61 Rn. 124.

⁵⁴² Schütze-SGB X/Bieresborn, § 69 Rn. 31; dies sei zur effektiven Kontrolle der Verwaltungstätigkeit erforderlich, was sich aus Art. 19 IV GG sowie dem Gewaltenteilungsgrundsatz nach Art. 20 III GG ergebe.

⁵⁴³ Vgl. Diering/Timme/Stähler-SGB X/Stähler, § 69 Rn. 6.

⁵⁴⁴ Bittermann, NJW 1988, 3138 (3139).

⁵⁴⁵ Hardtung, NJW 1992, 211 (214).

cc) § 73 SGB X

Eine weitere Möglichkeit an Sozialdaten des Unterhaltsschuldners zu gelangen findet sich in § 73 SGB X. Die Regelung ist nicht *lex specialis* zu § 69 SGB X, da die Normen unterschiedliche Sachverhalte regeln.⁵⁴⁶

Der Begriff des „Strafverfahrens“ erfasst auch das Ermittlungsverfahren.⁵⁴⁷ Die nach § 73 I SGB X bestehende Möglichkeit, eine Übermittlung von Sozialdaten anzufordern, ist aber nur zulässig, soweit die Übermittlung zur Durchführung eines Strafverfahrens wegen eines Verbrechens oder wegen einer sonstigen Straftat von erheblicher Bedeutung erforderlich ist. Da § 170 I StGB mit seinem Strafrahmen von Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe kein Verbrechen i. S. d. § 12 I StGB ist, kommt allein das Tatbestandsmerkmal der Straftat von erheblicher Bedeutung in Betracht. Bei der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffes „erheblich“, kommt es auf die objektiven und subjektiven Gesichtspunkte in der Person des Täters an. Von primärer Relevanz sind aber die Tat selbst und ihre Auswirkungen auf das Opfer.⁵⁴⁸ Das Vergehen muss dergestalt sein, dass es in seinem Unrechtsgehalt einem Verbrechen zumindest nahekommt.⁵⁴⁹ Parallel zu den Anforderungen, die an eine Straftat von „erheblicher Bedeutung“ i. S. d. §§ 81g, 98a I, 110a I, 163e I S. 1 StPO gestellt werden, muss die Tat mindestens dem Bereich der mittleren Kriminalität zugeordnet werden können, den Rechtsfrieden empfindlich stören und dazu geeignet sein, das Gefühl der Rechtssicherheit der Bevölkerung erheblich zu beeinträchtigen.⁵⁵⁰ Das LG Berlin hat in einem Fall die erhebliche Bedeutung der Unterhaltspflichtverletzung insbesondere aufgrund des langen Tatzeitraums von sieben Jahren angenommen und damit begründet, dass die Voraussetzung einer Gefährdung des Lebensbedarfs des Unterhaltsberechtigten die Erheblichkeitsschwelle überschreite.⁵⁵¹ In einem Urteil des LG Bückeburg geht das Gericht sogar davon aus, dass es sich bei § 170 I StGB (grundsätzlich) um eine sonstige Straftat von erheblicher Bedeutung handle, da die Gefährdung des Lebensbedarfs eines Menschen erhebliche Bedeutung habe.⁵⁵² Der Verletzung der Unterhaltspflicht liege nicht in erster Linie ein „Beziehungsdelikt“ zugrunde, sondern die Gefährdung des Lebensbedarfs eines minderjährigen Kindes. Teilweise wird hingegen davon ausgegangen, dass die Verletzung von Unterhaltspflichten grundsätzlich kein Vergehen von erheblicher Bedeutung sei, dessen Begehung eine Übermittlung aller Sozialdaten nach § 73 I

⁵⁴⁶ Diering/Timme/Stähler-SGB X/Stähler, § 73 Rn. 6.

⁵⁴⁷ Zeibig, *NStZ* 1999, 339 (340); vgl. hierzu bereits die Ausführungen unter B.III.4.c)bb).

⁵⁴⁸ LG Berlin, Beschluss vom 14.04.2004 – 511 Qs 40/04; Schütze-SGB X/Bieresborn, § 73 Rn. 4; Wiesner-Berg, *NStZ* 2010, 243 (248).

⁵⁴⁹ Schütze-SGB X/Bieresborn, § 73 Rn. 4.

⁵⁵⁰ Erbs/Kohlhaas-SGB X/Wache/Lutz, § 73 Rn. 2; BVerfG *NJW* 2001, 879 (880).

⁵⁵¹ LG Berlin, Beschluss vom 14.04.2004 – 511 Qs 40/04.

⁵⁵² LG Bückeburg, Beschluss vom 18.01.2016 – 4 Qs 50/15; zustimmend Hillenbrand, *NZfFam* 2020, 545 (547).

SGB X ermöglichen könne.⁵⁵³ In einem Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung des Bundestages heißt es, dass die Übermittlung von Sozialdaten bei Vergehen nur sehr eingeschränkt möglich sei.⁵⁵⁴ Dem lässt sich zunächst eine eher restriktive Interpretation der „Erheblichkeit“ entnehmen, sodass jedenfalls nicht jede auch geringere Unterhaltspflichtverletzung erfasst sein kann. Weiter heißt es in dem Bericht, dass eine sachliche Differenzierung der Erheblichkeit nicht allein über die Straftatbestände erfolgen könne, sondern andere Kriterien wie die Schadenshöhe einzubeziehen seien. Mithin ist in jedem Einzelfall zu prüfen, ob die Erheblichkeitsschwelle überschritten wird, wobei die Annahme einer „erheblichen Straftat“ weiter die Ausnahme bleiben muss und nicht zur Regel werden darf. Es kommt darauf an, ob die Gefahr für den Lebensbedarf des Unterhaltsberechtigten ein derartiges Maß an Auswirkung auf den Unterhaltsberechtigten und beispielsweise an zeitlichem Rahmen erlangt, dass ein Eingriff in das Sozialgeheimnis des Betroffenen gerechtfertigt werden kann.

Liegt keine Straftat von erheblicher Bedeutung vor, kann nach § 73 II SGB X zur Durchführung des Strafverfahrens vom Sozialleistungsträger die Übermittlung von Sozialdaten verlangt werden, soweit die Übermittlung auf die in § 72 I 2 SGB X genannten Angaben und die Angaben über erbrachte oder demnächst zu erbringende Geldleistungen beschränkt ist. In § 72 I 2 SGB X zur Übermittlung freigegeben sind Angaben über Namen und Vornamen sowie früher geführte Namen, Geburtsdatum, Geburtsort, derzeitige und frühere Anschriften der betroffenen Person sowie Namen und Anschriften ihrer derzeitigen und früheren Arbeitgeber.

dd) § 74 SGB X

Nach § 74 I Nr. 1a SGB X ist eine Übermittlung von Sozialdaten zulässig, soweit sie für die Durchführung eines gerichtlichen Verfahrens oder eines Vollstreckungsverfahrens wegen eines gesetzlichen oder vertraglichen Unterhaltsanspruchs oder eines an seine Stelle getretenen Ersatzanspruchs erforderlich ist. Unzweifelhaft erlaubt § 74 SGB X bei Verletzung einer Unterhaltspflicht die Übermittlung von Sozialdaten im Zivilverfahren. Im Strafverfahren wegen Verletzung der Unterhaltspflicht nach § 170 I StGB wird die Anwendung dieser Regelung hingegen teilweise abgelehnt.⁵⁵⁵ Überzeugender ist es allerdings, auch im Strafverfahren die Übermittlungsmöglichkeit nach § 74 SGB X anzunehmen und damit eine Übermittlung der Sozialdaten in diesen Verfahren zu ermöglichen.⁵⁵⁶ Unter die

⁵⁵³ LG Berlin, Beschluss vom 30.01.2004 – 510 Qs 6/04; *Wiesner-Berg*, NStZ 2010, 243 (248).

⁵⁵⁴ BT-Drs. 12/6334, S. 10.

⁵⁵⁵ LG Hamburg, Beschluss vom 17.02.1984 – (32) QS 30/84; Diering/Timme/Stähler-SGB X/Stähler, § 74 Rn. 5; *Bittmann*, NJW 1988, 3138 (3139).

⁵⁵⁶ So auch LG Stade MDR 1981, 960 f.; KassKomm-SGB/Martin, § 74 SGB X Rn. 5; wohl auch Schütze-SGB X/Bieresborn, § 74 Rn. 5; 14. Tätigkeitsbericht, Sächsischer Datenschutzbeauftragter des Sächsischen Landtags Drs. 5/451, 136 f.

„Durchführung eines gerichtlichen Verfahrens [...] wegen eines gesetzlichen [...] Unterhaltsanspruchs“, fällt dem Wortlaut nach auch das Strafverfahren. § 74 SGB X verfolgt den Zweck, die Durchsetzung der Unterhaltsansprüche zu erleichtern und eine Inanspruchnahme von Sozialleistungen dadurch zu verhindern, dass durch Leistung des Unterhaltsschuldners eine Bedürftigkeit des Unterhaltsberechtigten vermieden wird.⁵⁵⁷ Die Norm dient der Sicherung des Lebensbedarfs des Unterhaltsberechtigten sowie der Verhinderung der Inanspruchnahme der Sozialbehörden.⁵⁵⁸ Der Schutz des notwendigen Lebensbedarfs des Unterhaltsberechtigten ist ebenfalls geschütztes Rechtsgut des § 170 I StGB.⁵⁵⁹ Wenn auch der Schutz der Sozialbehörden nicht vom Schutzzweck des § 170 I StGB erfasst ist, bewirkt die Norm doch faktisch einen mittelbaren Schutz der Sozialbehörden vor Inanspruchnahme.⁵⁶⁰

Teilweise wird angenommen, dass § 74 SGB X zwar nicht im Strafverfahren anwendbar ist. Wurde aber in einem Zivilverfahren von der Übermittlungsmöglichkeit Gebrauch gemacht, sollen die dort gewonnenen Erkenntnisse in einem nachfolgenden Strafverfahren verwendet werden können.⁵⁶¹ Dies stehe mit der Zweckbindungsregelung des § 78 SGB X in Einklang, denn § 170 I StGB diene dem Schutz des Lebensbedarfs des Unterhaltsberechtigten und damit dem bürgerlichen Unterhaltsanspruchs, sodass die Verwertung im Strafverfahren ebenfalls dem Zweck diene, zu dem die Daten im Zivilverfahren übermittelt wurden.⁵⁶² Diese Vorgehensweise führt zu unbefriedigenden Ergebnissen. Es würde im Strafverfahren darauf ankommen, ob bereits ein Zivilverfahren durchgeführt wurde und ob in diesem von der Übermittlungsmöglichkeit nach § 74 SGB X Gebrauch gemacht wurde. Da es erkennbar schon an rechtfertigenden Gründen für eine derartige Differenzierung fehlt, ist sie abzulehnen.

Für eine Anwendbarkeit im Strafverfahren spricht insbesondere der Sinn und Zweck der Norm. § 74 SGB X beruht auf dem Gedanken, dass Unterhaltsleistungen in ihrer sozialen Funktion mit den Sozialleistungen vergleichbar sind, bei denen an die Stelle der Familie die Versichertengemeinschaft oder der Staat tritt, und soll vermeiden, dass Unterhaltsberechtigte bedürftig werden.⁵⁶³ Durch eine effektive Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs in einem Verfahren nach § 170 I StGB kann der Unterhaltsverpflichtete ebenfalls – durch den Druck der Strafverfolgungsbehörden und einer möglichen Verurteilung – dazu gebracht werden, seiner

⁵⁵⁷ KassKomm-SGB/Martin, § 74 SGB X Rn. 2, 5.

⁵⁵⁸ KassKomm-SGB/Martin, § 74 SGB X Rn. 5.

⁵⁵⁹ Hierzu ausführlich B.I.3.a)bb)(1)(a).

⁵⁶⁰ Zum Schutz der Sozialbehörden vor Inanspruchnahme als (nicht) erfasstes Rechtsgut der Norm näher B.I.3.a)aa).

⁵⁶¹ Bittmann, NJW 1988, 3138 (3139).

⁵⁶² Bittmann, NJW 1988, 3138 (3139).

⁵⁶³ BT-Drs. 8/4022 S. 86; Schütze-SGB X/Bieresborn, § 74 Rn. 2; Diering/Timme/Stähler-SGB X/Stähler, § 74 Rn. 2.

Verpflichtung nachzukommen. Auch kann in der Rechtsfolge die Auflage erteilt werden, der Unterhaltspflicht nachzukommen.⁵⁶⁴ Unter einem „gerichtlichen Verfahren“ im Sinne des § 74 SGB X ist damit auch ein *strafgerichtliches* Verfahren zu verstehen. Eine Übermittlung der Sozialdaten ist demnach in einem Unterhaltsverletzungsverfahren nach § 170 I StGB über § 74 SGB X möglich.

Die Übermittlungsmöglichkeit besteht nicht nur gegenüber dem Gericht, sondern bereits gegenüber der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren.⁵⁶⁵ Ebenso wie bereits im Rahmen des § 69 I Nr. 2 SGB X erörtert⁵⁶⁶, ist unter einem (gerichtlichen) Strafverfahren terminologisch auch das Ermittlungsverfahren zu verstehen. Zudem ist es allein sinnvoll, den Zugriff auf die Sozialdaten bereits im Ermittlungsverfahren zu gewähren, denn bereits hier wird von der Staatsanwaltschaft entschieden, ob ein Anfangsverdacht besteht. Für diesen ist aber auch entscheidend, ob der Unterhaltsschuldner leistungsfähig ist.

ee) Zwischenergebnis

Eine Übermittlung der Sozialdaten kann damit in einem Strafverfahren wegen Verletzung der Unterhaltspflicht nach § 170 I StGB grundsätzlich sowohl auf §§ 69 I Nr. 1 Fall 2, Nr. 2 SGB X als auch auf § 74 SGB X gestützt werden. Im Einzelfall können auch die Voraussetzungen des § 73 SGB X erfüllt sein.

Davon ausgehend, dass § 74 SGB X auch im Strafverfahren nach § 170 I StGB anwendbar ist, erlaubt diese Norm ausdrücklich eine Übermittlung der Sozialdaten, soweit dies für die Durchführung des Verfahrens erforderlich ist. § 74 SGB X ist damit die sachnächste Vorschrift, sodass eine Übermittlung vorrangig auf diese Norm gestützt werden sollte.

IV. Ergebnisse

Fassen wir die gefundenen Ergebnisse noch einmal zusammen:

1. Geschütztes Rechtsgut des § 170 I StGB ist der *notwendige Lebensbedarf des gesetzlich Unterhaltsberechtigten*.
2. *Familienrechtliche Statusurteile sowie Statusentscheidungen*, die im Rahmen eines zivilrechtlichen Unterhaltsprozesses inzident getroffen werden, *binden* den Strafrichter. Er kann keine abweichende Entscheidung hinsichtlich familiärer Verhältnisse treffen.
3. Die *weiteren in Unterhaltsentscheidungen getroffenen Feststellungen binden* den Strafrichter hingegen *nicht*. Ihm sowie insbesondere der Staatsanwaltschaft und

⁵⁶⁴ Hierzu näher B.V.

⁵⁶⁵ So auch LG Stade MDR 1981, 960 f.; a. A. Kass/Komm-SGB X/Martin, § 74 Rn. 5.

⁵⁶⁶ Vgl. hierzu B.III.4.c)bb).

ihren Ermittlungsorganen stehen eine Reihe von Ermittlungsmaßnahmen zur Verfügung.

4. Wünschenswert ist eine *Lockerung des Steuergeheimnisses* durch die Einführung eines weiteren Ausnahmetatbestandes in § 30 IV AO oder durch den Erlass einer bundesgesetzlichen Regelung im Sinne des § 30 IV Nr. 2 AO sowie eine Erweiterung der Ausnahmeregelung vom Verwendungsverbot nach § 393 II 2 AO. Damit könnte in einem Verfahren nach § 170 I StGB auf die relevanten Steuerdaten zurückgegriffen werden. Dem stehen weder das informationelle Selbstbestimmungsrecht noch der Grundsatz nemo tenetur entgegen.
5. Eine *Übermittlung von Sozialdaten* zur Durchführung eines Verfahrens nach § 170 I StGB ist insbesondere nach § 74 SGB X möglich. Ebenfalls kann eine Übermittlung grundsätzlich auf die §§ 69 I Nr. 1 Fall 2, Nr. 2, 73 SGB X gestützt werden.

V. Legitimation konkreter Strafbarkeitsanordnungen auf der Basis der Sanktionsnorm des § 170 I StGB

Dass es einer strafrechtlichen Sanktionierung in Form von Schuldspruch und Strafe als angemessene Reaktion auf das vom Täter des § 170 I StGB begangene Unrecht – namentlich einer Gefährdung des notwendigen Lebensbedarfs des Unterhaltsberechtigten – bedarf, wurde bereits eingehend erörtert.⁵⁶⁷ Damit kommt es nicht mehr auf die Frage nach dem „Ob“, sondern vielmehr nach dem konkreten „Wie“ einer strafrechtlichen Sanktionierung an.

Nach § 170 I StGB wird derjenige, der sich einer gesetzlichen Unterhaltspflicht entzieht, so dass der Lebensbedarf des Unterhaltsberechtigten gefährdet ist oder ohne die Hilfe anderer gefährdet wäre, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

Grundsätzlich kommen damit als konkrete Strafbarkeitsfolgen die Verhängung einer Geld- oder Freiheitsstrafe in Betracht. Teilweise wird konstatiert, es würde keine sinnvolle strafprozessuale Reaktion auf das vom Täter begangene Unrecht i. S. d. § 170 I StGB geben.⁵⁶⁸ Diese Behauptung greift allerdings zu kurz. Die Verhängung einer sinnvollen und angemessenen Strafbarkeitsanordnung mag bei der (strafbaren) Verletzung der Unterhaltspflicht zwar durchaus Probleme bereiten. Bereits de lege lata enthält das Straf- und Strafverfahrensrecht zwar stark begrenzte, aber durchaus flexible Möglichkeiten, um auch in diesen Fällen zu einer sachgerechten Lösung zu gelangen. Im Folgenden sollen zum einen die Schwierigkeiten, die eine Sanktionierung regelmäßig bereitet, dargestellt werden. Zum anderen soll

⁵⁶⁷ Vgl. hierzu insb. B.I.3.a)bb)(1)(b).

⁵⁶⁸ Vgl. etwa Seebode, NJW 1960, 389 (391) sowie Ostermann, ZRP 1995, 204 (206 f.), der meint, es gäbe keine Strafe, die gerecht, rechtlich zulässig und nicht kontraproduktiv ist.

aufgezeigt werden, dass gerade bei flexibler Handhabung der Sanktionsmöglichkeiten, die die Straf- und Strafverfahrensrecht bereitstellt, im Einzelfall durchaus sinnvolle Reaktionsmöglichkeiten vorhanden sind.

Die Verhängung einer Geldstrafe ist häufig kontraproduktiv, weil die Leistungsfähigkeit des Täters dadurch weiter eingeschränkt wird. Der Verurteilte soll das ihm verfügbare Geld zur Erfüllung seiner Unterhaltspflicht einsetzen.⁵⁶⁹ Wird dem Unterhaltsschuldner durch Auferlegung einer Geldstrafe die Wiederaufnahme der Unterhaltsleistung weiter erschwert, haften letztlich die bedürftigen Unterhaltsgläubiger faktisch mit.⁵⁷⁰ Allerdings hat die Verhängung einer Geldstrafe nicht in jeden Fall nachteilige Auswirkungen auf die Leistungsfähigkeit und spätere Zahlungsbereitschaft des Unterhaltsschuldners. Zunächst kann eine Geldstrafe immer dann sinnvoll sein, wenn der nichtleistende Unterhaltsschuldner vermögend ist und seine Unterhaltsverpflichtung nicht deshalb vernachlässigt, weil ihm deren Erfüllung rein finanziell nicht ohne Weiteres möglich wäre. In diesem Fall ist die Verhängung einer Geldstrafe – zusätzlich zu der weiterhin bestehenden Verpflichtung zur Unterhaltszahlung – regelmäßig eine sinnvolle Sanktionsmöglichkeit. Des Weiteren wird angeführt, dass die Geldstrafe auch deshalb nicht immer kontraproduktiv ist, weil der Geldstrafenschuldner nach Ausschöpfung der Zahlungserleichterungen (§ 42 StGB i. V. m. §§ 459 ff. StPO) entweder doch noch zur Preisgabe bisher verheimlichter Geldmittel oder – zur Vermeidung einer ansonsten gem. § 43 StGB drohenden Ersatzfreiheitsstrafe – zur Erbringung gemeinnütziger Arbeit veranlasst werden kann.⁵⁷¹ Letztlich stellt die Verhängung einer Geldstrafe zwar in den Fällen vermögensloser Schuldner regelmäßig keine sinnvolle Rechtsfolge dar. Dies kann sich im Einzelfall hingegen durchaus anders darstellen und ist vom Gericht für den jeweiligen Fall festzustellen. In diesem Zusammenhang ist es zudem möglich, eine Verwarnung mit Strafvorbehalt nach §§ 59, 59a II Nr. 2 StGB auszusprechen.⁵⁷²

Ist die Geldstrafe uneinbringlich, tritt an ihre Stelle grundsätzlich gem. § 43 StGB die Ersatzfreiheitsstrafe. Die Vollstreckung lediglich kurzzeitiger Freiheitsstrafen wird überwiegend als der spezialpräventiven Wirksamkeit der Strafe abträglich erachtet – dies nicht zuletzt, weil die Resozialisierungsangebote des Vollzugs den Verurteilten oftmals nicht hinreichend erreichen beziehungsweise nicht ausreichend umgesetzt werden können.⁵⁷³ Gerade im Rahmen des § 170 I StGB ist die Verhängung von Freiheitsstrafen regelmäßig kontraproduktiv – hierzu sogleich mehr. Der Gesetzgeber hat zur Vermeidung der negativen Begleiterscheinungen des Vollzugs kurzzeitiger Freiheitsstrafen mit der Schaffung des Art. 293 EGSStGB die Landes-

⁵⁶⁹ Lackner/Kühl/Heger, § 170 Rn. 14; BeckOK-StGB/Heuchemer, § 170 Rn. 29.1.

⁵⁷⁰ Ehrbeck, Der Straftatbestand der Unterhaltsentziehung aus rechtsvergleichender Sicht, S. 189.

⁵⁷¹ SK-StGB/Schall, § 170 Rn. 69.

⁵⁷² SK-StGB/Schall, § 170 Rn. 68; MüKo-StGB/Ritscher, § 170 Rn. 83, der allerdings zu bedenken gibt, ob es sinnvoll ist, den Unterhaltsschuldner durch den Vorbehalt einer Geldstrafe zu einer Geldzahlung anzuhalten; LK-StGB/Dippel, § 170 Rn. 80.

⁵⁷³ MüKo-StGB/Radtke, § 43 Rn. 2; Guthke, ZRP 2018, 58; Radtke, ZRP 2018, 58.

regierungen ermächtigt, per Rechtsverordnung Regelungen über die Vermeidung der Vollstreckung von Ersatzfreiheitsstrafen durch Ableistung gemeinnütziger Arbeit zu schaffen.⁵⁷⁴ Von dieser Verordnungsermächtigung haben bereits sämtliche Bundesländer Gebrauch gemacht.⁵⁷⁵ Bei Uneinbringlichkeit der Geldstrafe kann der Verurteilte daher durch Leistung gemeinnütziger Arbeit die Vollstreckung der Ersatzfreiheitsstrafe abwenden. Das Angebot, die Ersatzfreiheitsstrafe durch gemeinnützige Arbeit abzuleisten, wird entweder vom Rechtspfleger per Formblatt und einer beigefügten Adressliste potentieller Arbeitsplätze übersandt oder die Information, Beratung und Organisation der freien Arbeit wird durch einen Gerichtshelfer durchgeführt.⁵⁷⁶

Bisher kann die Ableistung gemeinnütziger Arbeit nach dem Gesagten nur die Ersatzfreiheitsstrafe ersetzen und ist damit letztlich das Surrogat eines Surrogats. Reformvorschläge, gemeinnützige Arbeit als primäres Surrogat uneinbringlicher Geldstrafen einzusetzen, konnten sich bislang nicht durchsetzen.⁵⁷⁷ Insbesondere aufgrund der recht hohen Zahlen der Vollstreckung von Ersatzfreiheitsstrafen und deren bereits erwähnter negativer Konsequenzen, wäre es zu befürworten, die gemeinnützige Arbeit als primäre Ersatzstrafe bei Uneinbringlichkeit der Geldstrafe einzuführen.⁵⁷⁸

Die Verhängung von (kurzzeitigen) Freiheitsstrafen ist im Allgemeinen regelmäßig spezialpräventiv kontraproduktiv; im Rahmen des § 170 I StGB wird die Verhängung einer Freiheitsstrafe dem Zweck des § 170 I StGB zumeist generell nicht gerecht. Verbüßt der Unterhaltspflichtige die ihm auferlegte Freiheitsstrafe, kann seine Leistungsfähigkeit durch geringere Erwerbsmöglichkeiten eingeschränkt sein.⁵⁷⁹ Dies steht dem Zweck, den Unterhaltsschuldner zur Erbringung seiner Un-

⁵⁷⁴ MüKo-StGB/Radtke, § 43 Rn. 4. Zu der Sanktionsalternative der gemeinnützigen Arbeit als Surrogat der Geldstrafe im Rahmen des § 170 I StGB vgl. bereits Schall, NSz 1985, 104 ff.; Ehrbeck, Der Straftatbestand der Unterhaltsschuldner aus rechtsvergleichender Sicht, S. 69, 122.

⁵⁷⁵ MüKo-StGB/Radtke, § 43 Rn. 4, der sich auch kritisch zu den unterschiedlichen Umrechnungsmaßstäben äußert; BeckOK-StGB/v. Heintschel-Heinegg, § 43 Rn. 6; Kindhäuser/Neumann/Paefgen/Albrecht, § 43 Rn. 9.

⁵⁷⁶ Kindhäuser/Neumann/Paefgen/Albrecht, § 43 Rn. 10, der die Vorzüge im letzteren sog. „Betreuungsmodell“ sieht.

⁵⁷⁷ Bereits der in der 14. Legislaturperiode vorgelegte Entwurf eines „Gesetzes zur Reform des Sanktionenrechts“, sah gemeinnützige Arbeit als Instrument unmittelbar zur Ersetzung uneinbringlicher Geldstrafen vor, vgl. BT-Drs. 14/9358, S. 10 ff. § 43 I StGB sollte lauten: „An die Stelle einer uneinbringlichen Geldstrafe tritt mit Zustimmung des Verurteilten gemeinnützige Arbeit. Einem Tagessatz entsprechen drei Stunden gemeinnütziger Arbeit“, BT-Drs. 14/9358, S. 3. In der 19. Legislaturperiode hat die Linke einen „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs und weiterer Gesetze – Aufhebung der Ersatzfreiheitsstrafe“ eingebracht, dessen Umsetzung aber nicht zu erwarten ist, BT-Drs. 19/1689. Hierzu auch MüKo-StGB/Radtke, § 43 Rn. 4; § 40 Rn. 17.

⁵⁷⁸ Vgl. auch MüKo-StGB/Radtke, § 40 Rn. 17; Radtke, ZRP 2018, 58.

⁵⁷⁹ Ehrbeck, Der Straftatbestand der Unterhaltsschuldner aus rechtsvergleichender Sicht, S. 189, weist zudem darauf hin, dass der ehemalige Arbeitsplatz des Inhaftierten bereits neu

terhaltsverpflichtung anzuhalten meist diametral gegenüber. Wird der Unterhaltsschuldner zu einer Freiheitsstrafe verurteilt, kann diese aber zur Bewährung ausgesetzt (§ 56 StGB) und eine Weisung nach § 56c II Nr. 5 StGB, der Unterhaltspflicht nachzukommen, erteilt werden.⁵⁸⁰ Die Strafaussetzung kann nach § 56f I 1 Nr. 2 StGB widerrufen werden, wenn der Unterhaltsschuldner gröblich oder beharrlich gegen eine solche Weisung verstößt, obwohl er zur Zahlung in der Lage wäre.⁵⁸¹ Allerdings gilt auch bei § 170 I StGB die Regelung des § 47 StGB.⁵⁸² Ein „besonderer Umstand“ i. S. d. § 47 I StGB, der die Verhängung einer Freiheitsstrafe unter sechs Monaten ermöglicht, kann aber nicht bereits darin begründet liegen, dass durch die Auferlegung einer Geldstrafe die Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners möglicherweise weiter einschränkt wird. Dies würde dem Ultima-Ratio-Charakter der Freiheitsstrafe nicht gerecht.⁵⁸³ Diesbezüglich wird moniert, dass der Ausnahmecharakter der Regelung in der Praxis nicht ausreichend beachtet werde.⁵⁸⁴ Des Weiteren wird eingewandt, dass die Verwirklichung bestimmter Tatbestände nicht von vornherein als besonderer Umstand angesehen werden könne.⁵⁸⁵ Auch bei Beachtung des Ausnahmecharakters können allerdings je nach Fallgestaltung kurzzeitige Freiheitsstrafen verhängt werden. Besondere Umstände i. S. d. § 47 StGB können etwa bei nach erfolglosem Ablauf der zivilprozessualen Möglichkeiten andauernder, hartnäckiger Unterhaltsverweigerung oder in dem Verheimlichen des

besetzt und es für einen aus seinen sozialen Verflechtungen gerissenen Strafgefangenen schwer sein kann, eine neue Anstellung zu finden.

⁵⁸⁰ Sch/Sch/Bosch/Schittenhelm, § 170 Rn. 37; Matt/Renzikowski/Kuhli, § 170 Rn. 32; MüKo-StGB/Ritscher, § 170 Rn. 83; Hillenbrand, NZFam 2020, 454. Im Einzelfall kann in diesem Zusammenhang die Tatsache problematisch werden, dass viele der Täter nicht nur einmal ihrer Unterhaltspflicht in strafbarer Weise nicht nachkommen, sodass es eine hohe Rückfallquote gibt. (Deshalb wird auch angedacht § 170 I StGB nicht mehr als Dauerdelikt einzuordnen und an die dauernde Verweigerung zur Leistung des Unterhalts anzuknüpfen und dementsprechend nur einmal zu bestrafen, vgl. Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf/Hilgendorf, BT, § 10 Rn. 40.) Wird die Strafe zur Bewährung ausgesetzt, weil eine Geld- oder Freiheitsstrafe kontraproduktiv wäre und verletzt der Verurteilte seine Unterhaltspflicht sodann erneut in strafbarer Weise, widerruft das Gericht die Strafaussetzung und die – an sich kontraproduktive – Strafe müsste verbüßt werden. Dieser Gedanke ist bereits bei Ostermann, ZRP 1995, 204 (206) und bei Seebode, JZ 1972, 389 (392) zu finden. Andererseits kann die Möglichkeit, die Strafe doch noch verbüßen zu müssen, auch ein zusätzliches sinnvolles „Drohelement“ darstellen – siehe dazu in den folgenden Ausführungen.

⁵⁸¹ Hillenbrand, NZFam 2020, 545.

⁵⁸² BT-Drs. VI/1552 S. 13; Sch/Sch/Bosch/Schittenhelm, § 170 Rn. 37; Lackner/Kühl/Heger, § 170 Rn. 14.

⁵⁸³ Matt/Renzikowski/Kuhli, § 170 Rn. 32.

⁵⁸⁴ So etwa LK-StGB/Dippel, § 170 Rn. 80.

⁵⁸⁵ Ostermann, ZRP 1995, 204 (206); so auch Seebode, JZ 1972, 389 (392), der voraussetzt, dass sich das Delikt von den gewöhnlich vorkommenden Taten *gleicher Art* unterscheidet oder dass Eigenschaften bzw. Verhältnisse des Täters vorliegen, die im Vergleich zu denen durchschnittlicher Täter *solcher Taten* auffällig sind.

Aufenthaltsortes oder des Arbeitsplatzes angenommen werden.⁵⁸⁶ Bei Verhängung einer Freiheitsstrafe gilt damit grundsätzlich, dass sie häufig bereits kontraproduktiv im Hinblick auf die Leistungsfähigkeit des Unterhaltsberechtigten sein kann oder – bei Freiheitsstrafen unter sechs Monaten – die Voraussetzungen des § 47 StGB nicht erfüllt sind. Wie bei der Geldstrafe, kann aber auch die Freiheitsstrafe im Einzelfall sowohl zulässig als auch sinnvoll sein.

In diesem Zusammenhang sei auf eine weitere Möglichkeit hingewiesen, die Erreichung des Ziels, der Erfüllung des Unterhaltsanspruchs (in Zukunft), zu fördern. Wird eine Freiheitsstrafe bei Verhängung entsprechender Auflagen – etwa zur Zahlung des Unterhalts – zur Bewährung ausgesetzt, wird es dem Unterhaltspflichtigen nicht immer leichtfallen, der Auflage nachzukommen. Handelt es sich um einen wohlhabenden Unterhaltsschuldner, der aus anderen Gründen seiner Unterhaltspflicht nicht nachkommt, stellt sich dieses Problem weniger. Vielmehr ist an diejenigen Fälle zu denken, in denen die Verurteilung auf hypothetischer Leistungsfähigkeit beruht, wenn dem Täter also vorgeworfen wird, seine Erwerbsobliegenheit verletzt zu haben. Diesen Tätern kann es oftmals schwerfallen, eine besser entlohnte Tätigkeit aus eigener Kraft heraus aufzunehmen. Um hier bessere Erfolge zu erzielen, könnte es hilfreich sein, dem Unterhaltsschuldner eine qualifizierte Bezugsperson zur Seite zu stellen, die ihn bei seinen Arbeitsbemühungen begleitet. Auf diesem Gedanken beruht etwa das 1985 entstandene „Projekt Unterhaltspflicht“ des Justizministeriums des Landes Hessen. In einer Pressemitteilung heißt es:

„Mit dem Projekt ‚Unterhaltspflicht‘ soll in den drei Amtsgerichtsbezirken Darmstadt, Groß-Gerau und Dieburg erprobt werden, ob mit Hilfe eines spezialisierten Bewährungshelfers gezielter auf solche Verurteilte eingegangen werden kann, die wegen Unterhaltspflichtverletzung zu einer Freiheitsstrafe mit Bewährung verurteilt worden sind und bei denen offenkundig ist, dass sie nicht mehr in der Lage sind, ihre eigenen finanziellen Verhältnisse zu überblicken oder gar zu bewältigen. Zu diesem Zweck soll künftig der Bewährungshelfer in Zusammenarbeit mit den zuständigen sozialen Institutionen tragfähige Kompromisse finden, die eine Begleichung der Unterhaltsverpflichtung garantieren und somit eine Rückfälligkeit des Verurteilten, verbunden mit dem Widerruf der Bewährung vermeiden.“⁵⁸⁷

Während im hessischen Durchschnitt der Widerruf der Bewährung bei 15 % lag, verzeichnete Darmstadt im gleichen Zeitraum nur eine Widerrufsquote von 2,6 %.⁵⁸⁸ Dies lässt auf die Wirksamkeit einer derartigen Unterstützungsleistung schließen. Daher sollte nach Möglichkeit im jeweiligen Einzelfall vom Gericht überprüft

⁵⁸⁶ SK-StGB/Schall, § 170 Rn. 69; BeckOK-StGB/Heuchemer, § 170 Rn. 29; MüKo-StGB/Ritscher, § 170 Rn. 83; vgl. auch BT-Drs. VI/3521 S. 14.

⁵⁸⁷ Sozialdemokratischer Pressedienst, 40. Jahrgang/10, 15. Januar 1985, S. 4.

⁵⁸⁸ M. w. N. Ehrbeck, Der Straftatbestand der Unterhaltsentziehung aus rechtsvergleichender Sicht, S. 69.

werden, ob es sinnvoll ist, dem Unterhaltsschuldner einen Bewährungshelfer zuzuwiesen. In der Praxis findet dieses Vorgehen im Einzelfall bereits Anwendung.⁵⁸⁹

Insbesondere aufgrund der Möglichkeit eine Weisung zur Zahlung des geschuldeten Unterhalts zu erteilen, deren Nichtbefolgung andere, „üblere“ Sanktionen zur Folge hat, wird das bestehende Sanktionensystem bereits als hinreichend flexibel angesehen, um mit Hilfe eines über die generalpräventive Strafandrohung hinausgehenden „Drohungselements“ die notwendige spezialpräventive Wirkung zu erzielen.⁵⁹⁰ Allerdings können insbesondere die Voraussetzungen des § 47 StGB ein Hindernis darstellen. Wegen der bisher aufgezeigten und sogleich noch zu untersuchenden Möglichkeiten zur Sanktionierung des Unterhaltsschuldners, ist allerdings der grundsätzlichen Einschätzung zuzustimmen, dass das Sanktionensystem auch für Täter des § 170 I StGB ausreichend flexibel ausgestaltet ist.

Eine angemessene Lösung – gerade um § 47 StGB gerecht zu werden – wird vielfach darin gesehen, das Verfahren nach § 153a I 2 Nr. 4, II StPO durch die Staatsanwaltschaft bzw. nach Eröffnung der Hauptverhandlung durch das Gericht unter der Auflage, die Unterhaltspflicht künftig zu erfüllen, einzustellen.⁵⁹¹

Spezialpräventiv wirksam kann zudem ein Täter-Opfer-Ausgleich und eine Schadenswiedergutmachung nach § 46a StGB sein.⁵⁹² Grundgedanke dieser Vorgehensweise ist es, einen Ausgleich zwischen Täter und Verletztem auf der Basis eines kommunikativen Prozesses zu schaffen, wenn Wiedergutmachung der Tat geleistet oder zumindest ernsthaft erstrebt wird.⁵⁹³ Damit werden die Belange des Opfers stärker in den Fokus gerückt und beim Täter kann Einsicht in die Verwerflichkeit seines Tuns erweckt werden.⁵⁹⁴ Auch generalpräventive Aspekte spielen eine Rolle, da der Täter-Opfer-Ausgleich mit Belastungen für den Täter einhergeht, wenn er seinem Opfer gegenübertritt und Entschädigungsleistungen erbringt.⁵⁹⁵ § 170 I StGB setzt eine gesetzliche Unterhaltspflicht voraus, deren Grundlage auf familiären

⁵⁸⁹ Vgl. etwa OLG Thüringen, Beschluss vom 17.06.2004 – 1 Ss 347/03. Für diese Praxis hat sich beispielsweise Rolf Sigg (ehemaliger Direktor des Amtsgerichts Kehl) ausgesprochen; vgl. <https://www.bo.de/lokales/kehl/unterhaltspflichtverletzung-ist-eine-straftat#>, zuletzt abgerufen am 31.03.2021.

⁵⁹⁰ SK-StGB/Schall, § 170 Rn. 68; zur größeren Flexibilität von Weisungen und Auflagen auch BeckOK-StGB/Heuchemer, § 170 Rn. 29.1.

⁵⁹¹ Vgl. etwa Matt/Renzikowski/Kuhli, § 170 Rn. 32; Sch/Sch/Bosch/Schittenheim, § 170 Rn. 37; MüKo-StGB/Ritscher, § 170 Rn. 83; BeckOK-StGB/Heuchemer, § 170 Rn. 29, der dieses Instrument insbesondere bei Ersttälern in Betracht zieht. Nach LK-StGB/Dippel, § 170 Rn. 80 könne vielfach nur die Anwendung des § 153a StPO zu angemessenen Ergebnissen führen, wenn gleichzeitig der Ausnahmecharakter des § 47 StGB beachtet werden soll. Nach Ehrbeck, Der Straftatbestand der Unterhaltsentziehung aus rechtsvergleichender Sicht, S. 65, kann teilweise bereits der Druck eines drohenden Strafverfahrens zur Erfüllung der Unterhaltspflicht führen.

⁵⁹² LK-StGB/Dippel, § 170 Rn. 80.

⁵⁹³ Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Streng, § 46a Rn. 12.

⁵⁹⁴ BT-Drs. 12/6853, S. 21; BGH NStZ 2003, 365.

⁵⁹⁵ Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Streng, § 46a Rn. 13.

Bindungen beruht. Bei einer aktiven Auseinandersetzung mit dem Unterhaltsberechtigten durch Kommunikation – ggf. vermittelt durch fachkundige Berater – kann eine Sensibilisierung des Täters eintreten. Grundsätzlich kommt ein Täter-Opfer-Ausgleich zwar nicht in Betracht, wenn der Beschuldigte die Tat ausdrücklich bestreitet.⁵⁹⁶ Gerade wenn ein Täter des § 170 I StGB allerdings nicht einsieht, weshalb er beispielsweise seinem Kind, mit dem er kaum Kontakt hat, Unterhalt leisten soll, kann es im Einzelfall sinnvoll sein, auf eine persönliche Begegnung oder jedenfalls einen anderweitigen Austausch hinzuwirken, um dadurch Einsicht beim Täter zu erzeugen. In diesem Fall bestreitet der Täter nicht die den Schuldspruch begründenden Tatsachen und das Bestehen einer Unterhaltspflicht als solcher. Er ist allerdings nicht willens, den Anspruch des Unterhaltsberechtigten zu erfüllen.

Daneben könnte auch die Sanktionierung von Unterhaltsschuldnern in Form von Fahrverboten (§ 44 StGB) sinnvoll sein. Seit der Ausweitung auch auf Straftaten ohne Verkehrsbezug ist die Verhängung einer entsprechenden Nebenstrafe auch im Rahmen des § 170 I StGB möglich.⁵⁹⁷ Gem. § 44 I 2 StGB kommt die Anordnung eines Fahrverbots namentlich in Betracht, wenn sie zur Einwirkung auf den Täter oder zur Verteidigung der Rechtsordnung erforderlich erscheint oder hierdurch die Verhängung einer Freiheitsstrafe oder deren Vollstreckung vermieden werden kann. Durch die Verhängung eines Fahrverbotes kann in besonderem Maße spezialpräventiv auf den Täter eingewirkt werden.⁵⁹⁸ Nach der Gesetzesbegründung kann das Fahrverbot als Nebenstrafe beispielsweise eingesetzt werden, wenn eine Geldstrafe allein bei dem Verurteilten keinen hinreichenden Eindruck hinterlassen würde, eine Freiheitsstrafe aber eine zu einschneidende Sanktion wäre. Auch soll ein Fahrverbot als Nebenstrafe in Betracht kommen, wenn durch die Kombination aus Geldstrafe und Fahrverbot die Verhängung einer an sich angezeigten Freiheitsstrafe ersetzt oder zusammen mit einer Freiheitsstrafe die Möglichkeit eröffnet werden kann, deren Vollstreckung zur Bewährung auszusetzen.⁵⁹⁹ Das Fahrverbot soll insbesondere in Fällen der leichten bis mittleren Kriminalität zur Anwendung kommen.⁶⁰⁰ Damit kann auch Fällen, die in den Anwendungsbereich des § 47 StGB fallen, Rechnung

⁵⁹⁶ Dölling, NSTZ 2004, 382 (383).

⁵⁹⁷ Gesetz vom 17.08.2017 (BGBl. I S. 3202); zur Kritik und Verfassungsmäßigkeit der Neuregelung vgl. etwa ausführlich BT-Drs. 18/11272, S. 15 ff.; MüKo-StGB/v. Heintschel-Heinegg/Huber, § 44 Rn. 4 sowie auch SK-StGB/Schall, § 170 Rn. 70. In gewissem Maße ist aber auch beispielsweise die Verhängung einer Geldstrafe in bestimmter Höhe nur demjenigen aufzuerlegen, der über die entsprechenden finanziellen Mittel verfügt. Ebenso kann ganz grundsätzlich die gleiche Strafe zu ganz unterschiedlichen Belastungen- und Belastungsempfindungen führen und ein Fahrverbot kann selbstverständlich auch nicht bedenkenlos in jedem Fall verhängt werden.

⁵⁹⁸ BeckOK-StGB/v. Heintschel-Heinegg, § 44 Rn. 6.1.; König, DAR 2018, 604 (605).

⁵⁹⁹ BT-Drs. 18/11272 S. 14.

⁶⁰⁰ BT-Drs. 18/11272 S. 14; die in § 44 I 2 StGB genannten Anwendungsfälle sollen implizieren, dass das Fahrverbot keine Sanktion für Bagatelldelicten ist; vgl. BeckOK-StGB/v. Heintschel-Heinegg, § 44 Rn. 6.

getragen werden.⁶⁰¹ Im Hinblick auf die Sanktionierung eines Täters des § 170 I StGB kann die Verhängung eines Fahrverbots eine sinnvolle spezialpräventive Nebenstrafe darstellen, die zugleich der ggf. kontraproduktiven Wirkung einer Geld- oder Freiheitsstrafe entgegenwirken kann.⁶⁰² Indem eine Wechselwirkung zwischen Haupt- und Nebenstrafe dergestalt besteht, dass beide gemeinsam die Tatschuld nicht überschreiten dürfen⁶⁰³, kann (bzw. muss) die Hauptstrafe durch die Verhängung eines Fahrverbots als Nebenstrafe bereits geringer ausfallen. Die Fallkonstellation der Unterhaltspflichtverletzungen fällt insbesondere unter § 44 I 2 Var. 1 StGB, der Erforderlichkeit zur Einwirkung auf den Täter. Denn hierunter fallen auch Täter, bei denen Geld- und Freiheitsstrafe unerwünschte Nebenwirkungen haben, also beispielsweise Unterhaltspflichtige, die sonst erst recht zahlungsunfähig werden würden.⁶⁰⁴ Die Beschränkung des Freiheitsbereichs, die mit dem Fahrverbot einhergeht, kann in besonderem Maße dazu geeignet sein, auf den zahlungsunwilligen Unterhaltsschuldner einzuwirken, wenn dieser durch eine der gängigen Sanktionsmöglichkeiten nicht erreicht werden kann. Denn, wie schon in der Gesetzesbegründung genannt, ist die Möglichkeit, ein Kraftfahrzeug zu führen, Ausdruck individueller Mobilität und von großem Wert für die Gestaltung des Arbeits- und Privatlebens, das Fahrverbot mithin ein spürbares, empfindliches Übel.⁶⁰⁵ Durch ein Fahrverbot wird zudem die Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners, anders als teilweise bei einer Geldstrafe, in der Regel nicht weiter eingeschränkt und – Berufskraftfahrer und andere für ihren Beruf auf ein Kfz angewiesene Unterhaltsschuldner ausgenommen – auch die Möglichkeit zur Leistung von Arbeit regelmäßig nicht verringert.

Grundsätzlich kann damit im Einzelfall regelmäßig eine sinnvolle Bestrafungsmöglichkeit des Täters einer strafbewehrten Unterhaltspflichtverletzung gefunden werden. Freilich ist es denkbar, dass in einem ganz bestimmten konkreten Einzelfall jedenfalls *prima facie* jede denkbare und zulässige Strafe kontraproduktiv erscheint. Aber auch in einem solchen Fall, darf der primäre – genauer: der spezifische – Zweck von Schuldpruch und Strafe, eine angemessen missbilligende Reaktion auf das vom Täter begangene Unrecht darzustellen, nicht aus den Augen verloren werden. Lediglich bei der konkreten Rechtsfolgenbestimmung ist darauf zu achten, dass die berechtigten Belange des Unterhaltsberechtigten durch die Sanktionsfolgen nicht noch zusätzlich beeinträchtigt werden. Nach Möglichkeit gilt es, bei der Verfolgung des spezifischen Strafzwecks praktische Konkordanz mit anderen staatlichen Aufgabenerfüllungen herzustellen.

⁶⁰¹ BT-Drs. 18/11272 S. 18.

⁶⁰² Vgl. auch König, DAR 2018, 604 (607).

⁶⁰³ BGHSt 29, 58; Krumm, NJW 2018, 1738.

⁶⁰⁴ BeckOK-StGB/v. Heintschel-Heinegg, § 44 Rn. 14.

⁶⁰⁵ BT-Drs. 18/11272 S. 14.

C. Fazit

Sinn und Zweck dieser Arbeit war es, die besonderen Schwierigkeiten einer strafrechtlichen Sanktionierung bestimmter Unterhaltspflichtverletzungen aufzuarbeiten. Dabei konnte zunächst geklärt werden, dass sowohl die von § 170 I StGB zum Schutz des *notwendigen* Lebensbedarfs des gesetzlich Unterhaltsberechtigten vorausgesetzte Verhaltensnorm als solche als auch die Sanktionierung entsprechenden Fehlverhaltens als angemessene Reaktion auf den schwerwiegenden Verhaltensnormverstoß samt spezifischer Fehlverhaltensfolgen notwendig und legitimierbar ist. Dementsprechend ist auch die Strafbewehrung der von § 170 I StGB vorausgesetzten Verhaltensnorm legitimierbar.

Bei der Bestimmung des Bestehens und der Höhe des Unterhaltsanspruchs, ist der Strafrichter allein an Statusurteile sowie Statusentscheidungen gebunden, die im Rahmen eines zivilrechtlichen Unterhaltsprozesses inzident getroffen wurden. Die Bestimmung der konkreten Unterhaltsverpflichtung hat er hingegen selbstständig vorzunehmen, und zwar unabhängig davon, ob bereits ein vorangegangenes zivilgerichtliches Urteil in Bezug auf den konkreten Unterhaltsanspruch existiert. Dieses dürfen Staatsanwaltschaft und Strafrichter allerdings zur Ermittlung der Leistungsfähigkeit heranziehen, ebenso können sie die Leitlinien und Unterhaltstabellen der Oberlandesgerichte nutzen. Allerdings kann die Ermittlung der Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners die Ermittlungspersonen auch nach Ausschöpfung der im Einzelfall zulässigen und erforderlichen Ermittlungsmaßnahmen vor besondere Schwierigkeiten stellen. Daher sollte der Zugriff auf Sozialdaten nach § 74, § 69 I Nr. 1 Fall 2, Nr. 2 SGB X forciert und de lege ferenda eine Verwendungsmöglichkeit von Daten geschaffen werden, die bisher noch vom Steuergeheimnis geschützt werden. Die effektive Strafverfolgung in Verfahren nach § 170 I StGB zum Schutz des notwendigen Lebensbedarfs des Unterhaltsberechtigten überwiegt in diesen Fällen das Interesse des Unterhaltsschuldners an Geheimhaltung der zur Unterhaltsberechnung erforderlichen Daten. Es ist nicht einzusehen, weshalb das berechnete Interesse des auf Leistung angewiesenen Unterhaltsgläubigers hinter dem Interesse des Unterhaltsschuldners zurückstehen sollte, die Durchsetzung dieses Anspruchs zu vereiteln.

Ein Gesetzesvorschlag de lege ferenda könnte etwa lauten:

§ 30 IVAO

Die Offenbarung oder Verwertung geschützter Daten ist zulässig, soweit

[...] 4a. sie der Durchführung eines Verfahrens nach § 170 I StGB dient und zur Einkommens- und Vermögensprüfung erforderlich ist [...]

§ 393 II 2 AO

Dies gilt nicht für Straftaten, an deren Verfolgung ein zwingendes öffentliches Interesse (§ 30 Abs. 4 Nr. 5) besteht und in Verfahren wegen Unterhaltspflichtverletzungen nach § 170 I StGB (§ 30 Abs. 4 Nr. 4a).

Sind die Tatbestandsvoraussetzungen des § 170 I StGB erfüllt, muss eine angemessen missbilligende Reaktion auf das begangene Unrecht in Form von Schuldpruch und Strafe erfolgen. Dabei kann je nach Einzelfall – wie sonst im Strafrecht auch – die Verhängung einer Geld- oder Freiheitsstrafe eine sinnvolle Sanktion darstellen. Aber auch wenn dies nicht der Fall sein sollte, gibt es im zulässigen Rahmen des Sanktionenrechts durchaus Möglichkeiten, die Strafe so zu modifizieren, dass sie nicht als kontraproduktiv im Hinblick auf den weiteren Schutz des Lebensbedarfs des Unterhaltsberechtigten angesehen werden muss und dennoch als angemessen missbilligende Reaktion ihre spezifisch strafrechtliche Aufgabe zu erfüllen vermag.

Im Ergebnis stellt die zivilrechtsakzessorische Norm des § 170 I StGB die strafrechtliche Wissenschaft und Praxis zwar vor einige – teils höchst umstrittene und komplizierte – Probleme. Diese sind jedoch durchaus in zufriedenstellender Weise lösbar. Für den Schutz des notwendigen Lebensbedarfs des Unterhaltsberechtigten stellt § 170 I StGB ein besonders relevantes Instrument dar – insbesondere, wenn den Strafverfolgungsbehörden die zu Ermittlungszwecken erforderlichen Mittel zur Verfügung gestellt werden.

Literaturverzeichnis

- Appel, Ivo*: Verfassung und Strafe – Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafans, 1998 (zit.: Verfassung und Strafe).
- Arzt, Gunther/Weber, Ulrich/Heinrich, Bernd/Hilgendorf, Eric*: Strafrecht Besonderer Teil, 3. Aufl. 2015 (zit.: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf/Bearbeiter, BT).
- Aselmann, Maik*: Die Selbstbelastungsfreiheit im Steuerrecht im Lichte der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, NStZ 2003, S. 71–75.
- Bärlein, Michael/Pananis, Panos/Rehmsmeier, Jörg*: Spannungsverhältnis zwischen der Aussagefreiheit im Strafverfahren und den Mitwirkungspflichten im Verwaltungsverfahren, NJW 2002, S. 1825–1830.
- BeckOGK BGB (Gesamthrg.: *Gsell, Beate/Krüger, Wolfgang/Lorenz, Stephan/Reymann, Christoph*): Kommentar für das Zivilrecht, Stand: 01.02.2022 (zit.: BeckOGK-BGB/Bearbeiter).
- BeckOK AO (Hrsg.: *Pfaffmann, Volker/Rosenke, Torsten/Wagner, Klaus J.*): Kommentar zur Abgabenordnung, 14. Edition, Stand: 01.01.2022 (zit.: BeckOK-AO/Bearbeiter).
- BeckOK BGB (Hrsg.: *Hau, Wolfgang/Poseck, Roman*): Kommentar für das Zivilrecht, Stand: 01.02.2022 (zit.: BeckOK-BGB/Bearbeiter).
- BeckOK BVerfGG (Hrsg.: *Walter, Christian/Grünwald, Benedikt*): Kommentar zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 9. Edition, Stand: 01.12.2021 (BeckOK-BVerfGG/Bearbeiter).
- BeckOK EStG (Hrsg.: *Kirchhof, Gregor/Kulosa, Egmont/Ratschow, Eckart*): Kommentar zum Einkommenssteuergesetz, 11. Edition, Stand: 01.10.2021 (zit.: BeckOK-EStG/Bearbeiter).
- BeckOK FamFG (Hrsg.: *Hahne, Meo-Micaela/Schlögel, Jürgen/Schlünder, Rolf*): Kommentar zum Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 41. Edition, Stand: 01.01.2022 (zit.: BeckOK-FamFG/Bearbeiter).
- BeckOK GG (Hrsg.: *Epping, Volker/Hillgruber, Christian*): Kommentar zum Grundgesetz, 45. Edition, Stand: 15.11.2021 (zit.: BeckOK-GG/Bearbeiter).
- BeckOK Sozialrecht (Hrsg.: *Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Kreikebohm, Ralf/Mießling, Miriam/Udsching, Peter*): Kommentar zum Sozialrecht, 59. Edition, Stand 01.12.2021 (zit.: BeckOK-Sozialrecht/Bearbeiter).
- BeckOK StGB (Hrsg.: *Heintschel-Heinegg, Bernd von*): Kommentar zum Strafgesetzbuch, 48. Edition, Stand: 01.02.2022 (zit.: BeckOK-StGB/Bearbeiter).
- BeckOK StPO (Hrsg.: *Graf, Jürgen*): Kommentar zur Strafprozessordnung, 38. Edition, Stand: 01.01.2022 (zit.: BeckOK-StPO/Bearbeiter).

- Binding*, Karl: Die Normen und ihre Übertretung – Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts, Erster Band Normen und Strafgesetze, 1872 (zit.: *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung).
- Bittmann*, Folker: Das Sozialgeheimnis im Ermittlungsverfahren, NJW 1988, S. 3138–3139.
- Bömelburg*, Regina: Die eingetragene Lebenspartnerschaft – ein überholtes Rechtsinstitut? NJW 2012, S. 2753–2758.
- Bosch*, Nikolaus: Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht – Ein Beitrag zur funktionsorientierten Auslegung des Grundsatzes „nemo tenetur seipsum accusare“, 1997 (zit.: *Bosch*, Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips).
- Böse*, Martin: Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Satzes „nemo tenetur se ipsum accusare“, GA 2002, S. 98–128.
- Böse*, Martin: Wirtschaftsaufsicht und Strafverfolgung, 2005 (zit.: *Böse*, Wirtschaftsaufsicht und Strafverfolgung).
- Breuer*, Rüdiger: Empfehlen sich Änderungen des strafrechtlichen Umweltschutzes insbesondere in Verbindung mit dem Verwaltungsrecht? NJW 1988, S. 2072–2085.
- Buchholz*, Momme: Der nemo tenetur-Grundsatz – Eine rechtsethische Untersuchung, 2018 (zit.: *Buchholz*, Der nemo tenetur-Grundsatz).
- Dannecker*, Christoph: Der nemo tenetur-Grundsatz – prozessuale Fundierung und Geltung für juristische Personen, ZStW (127) 2015, S. 370–409.
- Dannecker*, Christoph: Konturierung prozessualer Gewährleistungsgehalte des nemo tenetur-Grundsatzes anhand der Rechtsprechung des EGMR, ZStW (127) 2015, S. 991–1017.
- Denga*, Michael: Zivilrechtsakzessorietät der Vermögensdelikte, JA 2018, S. 833–837.
- Diering*, Björn/*Timme*, Hinnerk/*Stähler*, Thomas (Hrsg.): Kommentar zum Sozialgesetzbuch X, Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz, 5. Aufl. 2019 (zit.: *Diering/Timme/Stähler-SGB X/Bearbeiter*).
- Dölling*, Dieter: Umweltstrafrecht und Verwaltungsrecht – Zur Bedeutung von Verwaltungsakten und materiellem Verwaltungsrecht für die Strafbarkeit des Bürgen wegen eines Umweltdelikts, JZ 1985, S. 461–469.
- Dölling*, Dieter/*Hartmann*, Arthur: Anmerkungen zu BGH, Urteil vom 19.12.2002 – 1 StR 405/02, NStZ 2004, S. 382–383.
- Dreier*, Horst: Kommentar zum Grundgesetz, Band 1, 3. Aufl. 2013 (zit.: *Dreier-GG/Bearbeiter*).
- Dünnebieber*, Hanns: Anmerkungen zu BayObLG, Urteil v. 26.4.1961 – RReg 1 St 584/60, JZ 1961, S. 672–673.
- Eggert*, Christoph: Der strafrechtliche Schutz des gesetzlichen Unterhaltsberechtigten – Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Abhängigkeit des Strafrechts vom Zivilrecht, 1973 (*Eggert*, Der strafrechtliche Schutz des gesetzlichen Unterhaltsberechtigten).
- Eggert*, Christoph: Die Bedeutung der Statusakte i. S. d. § 1600a BGB für den Strafrichter – Bemerkungen zum Urteil des OLG Stuttgart vom 10.9.1973, MDR 1974, S. 445–448.

- Ehrbeck, Dorkas*: Der Straftatbestand der Unterhaltsentziehung aus rechtsvergleichender Sicht – Eine Fünf-Länder-Studie, 1990 (zit.: *Ehrbeck*, Der Straftatbestand der Unterhaltsentziehung aus rechtsvergleichender Sicht).
- Eilers, Stephan*: Das Steuergeheimnis als Grenze des internationalen Auskunftsverkehrs; 1987 (zit.: *Eilers*, Das Steuergeheimnis als Grenze des internationalen Auskunftsverkehrs).
- Eising, Felix*: Die Strafbarkeit des Eigendopings, 2018 (zit.: *Eising*, Die Strafbarkeit des Eigendopings).
- Erbs, Georg/Kohlhaas, Max*: Strafrechtliche Nebengesetze, Abgabenordnung, Werkstand: 236. EL Mai 2021 (zit.: *Erbs/Kohlhaas-AO/Bearbeiter*).
- Erbs, Georg/Kohlhaas, Max*: Strafrechtliche Nebengesetze, Sozialgesetzbuch X, Werkstand: 236. EL Mai 2021 (zit.: *Erbs/Kohlhaas-SGB X/Bearbeiter*).
- Ernst, Guido P.*: Blankettstrafgesetze und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen, 2018 (zit.: *Ernst*, Blankettstrafgesetze und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen).
- Feinberg, Joel*: Harm to Others – The Moral Limits of the Criminal Law, 1987 (zit.: *Feinberg*, Harm to Others – The Moral Limits of the Criminal Law).
- Fischer, Thomas*: Kommentar zum Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 68. Aufl. 2021 (zit.: *Fischer*).
- Flore, Ingo/Tsambikakis, Michael*: Kommentar zum Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2016 (zit.: *Flore/Tsambikakis/Bearbeiter*).
- Forster, Peter*: Anmerkungen zu BGH, Beschluss vom 30.3.1976 – 1 StR 20/75, NJW 1976 S. 1645.
- Forster, Peter*: Unterhaltsverweigerung und Unterstützung aus öffentlichen Mitteln, NJW 1976, S. 1645.
- Freier, Friedrich von*: Selbstbelastungsfreiheit für Verbandspersonen? ZStW 122 (2010), S. 117–156.
- Freund, Georg*: Normative Probleme der „Tatsachenfeststellung“ – Eine Untersuchung zum tolerierten Risiko einer Fehlverurteilung im Bereich subjektiver Deliktsmerkmale, 1987 (zit.: *Freund*, Normative Probleme der „Tatsachenfeststellung“).
- Freund, Georg*: Erfolgsdelikt und Unterlassen – Zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe, 1992 (zit.: *Freund*, Erfolgsdelikt und Unterlassen).
- Freund, Georg*: Die Tatfrage als Rechtsfrage – „Persönliche Gewißheit“, „objektive Schuldwahrscheinlichkeit“ und rechtsgenügender Beweis, in: Festschrift für Lutz Meyer-Gossner, 2001, S. 409–429 (zit.: *Freund*, in: FS Meyer-Gossner).
- Freund, Georg/Rostalski, Frauke*: Normkonkretisierung und Normbefolgung – Zu den Entstehungsbedingungen kontext- und adressatenspezifischer Ver- und Gebote sowie von konkreten Sanktionsanordnungen, GA 2018, S. 264–273.
- Freund, Georg/Rostalski, Frauke*: Strafrecht Allgemeiner Teil – Personale Straftatlehre, 3. Aufl. 2019 (zit.: *Freund/Rostalski*, AT).
- Freund, Georg/Rostalski, Frauke*: Warum Normentheorie? – Zur selbstständigen Bedeutung vorstrafrechtlich legitimer Verhaltensnormen, auch und gerade im strafrechtlichen Kontext, GA 2020, S. 617–633.

- Frisch*, Wolfgang: Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988 (zit.: *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs).
- Frisch*, Wolfgang: Verwaltungsakzessorietät und Tatbestandsverständnis im Umweltstrafrecht, 1993 (zit.: *Frisch*, Verwaltungsakzessorietät und Tatbestandsverständnis im Umweltstrafrecht).
- Gietl*, Andreas: Abstammung: Dogmatik einer normativen Kategorie., 2014 (zit.: *Gietl*, Abstammung).
- Gössel*, Karl Heinz/*Dölling*, Dieter: Strafrecht Besonderer Teil 1, 2. Auflage 2004 (zit.: *Gössel/Dölling*, Strafrecht BT I).
- Graf*, Jürgen Peter/*Jäger*, Markus/*Wittig*, Petra (Hrsg.): Kommentar zum Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017 (zit.: *Graf/Jäger/Wittig/Bearbeiter*).
- Greco*, Luís: Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutslehre übrig? – Gedanken anlässlich der Inzestentscheidung des Bundesverfassungsgerichts, ZIS 2008, S. 234–238.
- Grube*, Christian/*Wahrendorf*, Volker/*Flint*, Thomas (Hrsg.): Kommentar zum SGB XII, 7. Aufl. 2020 (zit.: *Grube/Wahrendorf/Flint/Bearbeiter*).
- Guthke*, Kai: Ersatzfreiheitsstrafe abschaffen? ZRP 2018, S. 58.
- Hardtung*, Bernhard: Auskunftspflicht der Sozialbehörden nach § 69 I Nr. 1 SGB X im staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren, NJW 1992, S. 211–214.
- Haydn-Quindeau*, Sina: Die „Ehe für alle“ – ein Verstoß gegen die Institutionsgarantie des Art. 6 I GG? NJOZ 2018, S. 201–206.
- Heimann-Trosien*, Georg: Zur Übergangsregelung des Art. 12 § 3 NEheG, JR 1976, S. 235–237.
- Heinrich*, Bernd: Die Zivilrechtsakzessorietät des Urheberstraftsrechts und ihre Ausnahmen, GRUR-Prax 2017, S. 96–98.
- Johannsen*, Kurt H. (Mitbegründer)/*Heinrich*, Dieter/*Althammer*, Christoph (Hrsg.): Kommentar zum Familienrecht; Scheidung, Unterhalt, Verfahren, 7. Aufl. 2020 (zit.: *Johannsen/Heinrich/Althammer-FamFG/Bearbeiter*).
- Heinrich*, Julia: Die gesetzliche Bestimmung von Strafschärfungen, 2016 (zit.: *Heinrich*, Die gesetzliche Bestimmung von Strafschärfungen).
- Heinz*, Anna: Steuerrechtliche Mitwirkungspflichten und der Nemo-tenetur-Grundsatz, 2016 (zit.: *Heinz*, Steuerliche Mitwirkungspflichten und der Nemo-tenetur-Grundsatz).
- Hillenbrand*, Thomas: § 170 I StGB – Ein stumpfes Schwert im Kampf um den Unterhalt, NZFam 2020, S. 545–549.
- Hirsch*, Hans Joachim: Gefahr und Gefährlichkeit, in: Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, S. 545–564 (zit.: *Hirsch*, in: FS Kaufmann).
- Hoyer*, Andreas: Die Eignungsdelikte, 1986 (zit.: *Hoyer*, Die Eignungsdelikte).
- Hübschmann*, Walter/*Hepp*, Ernst/*Spitaler*, Armin (Begründer): Kommentar zur Abgabenordnung, Finanzgerichtsordnung, Band 2: §§ 4–32 AO; Band 5: §§ 371–415 (zit.: *Hübschmann/Hepp/Spitaler/Bearbeiter*).

- Jäger, Markus: Aus der Rechtsprechung des BGH zum Steuerstrafrecht – 2004/2005 –, NStZ 2005, S. 552–561.
- Jakobs, Günther: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991 (zit.: *Jakobs*, AT).
- Jarass, Hans/Pieroth, Bodo (Begründer): Kommentar zum Grundgesetz, 16. Aufl. 2020 (zit.: *Jarass/Pieroth/Bearbeiter*).
- Jauernig, Othmar: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 18. Aufl. 2021 (zit.: *Jauernig-BGB/Bearbeiter*).
- Joecks, Wolfgang: Abzugsverbot für Bestechungs- und Schmiergelder – Korruptionsbekämpfung durch Steuerrecht? –, DStR 1997, S. 1025–1032.
- Joecks, Wolfgang/Jäger, Markus/Randt, Karsten: Kommentar zum Steuerstrafrecht mit Zoll- und Verbrauchsteuerstrafrecht, 8. Aufl. 2015 (zit.: *Joecks/Jäger/Randt/Bearbeiter*).
- Kaiser, Eberhard: Bindung des Strafrichters an Zivilurteile in Verfahren wegen Verletzung der Unterhaltspflicht, NJW 1972, S. 1847–1848.
- Karlsruher Kommentar (Hrsg.: *Hannich*, Rolf): Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Aufl. 2019 (zit.: *KK-StPO/Bearbeiter*).
- Karpenstein, Ulrich/Mayer, Franz C.: Kommentar zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl. 2022 (zit.: *Karpenstein/Mayer/Bearbeiter*).
- Kaspar, Johannes: Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014 (zit.: *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht).
- Kaspar, Johannes: Strafrecht – Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2020 (zit.: *Kaspar*, AT).
- Kasseler Kommentar: Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, Werkstand: 117. EL August 2021 (zit.: *KassKomm-SGB/Bearbeiter*).
- Kerl, Herrmann-Jürgen: Staatsanwalt und Sozialgeheimnis, NJW 1984, S. 2444–2447.
- Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-Ullrich (Hrsg.): Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017 (zit.: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Bearbeiter*).
- Kirchhof, Paul: Der bestandskräftige Steuerbescheid im Steuerverfahren und im Steuerstrafverfahren, NJW 1985, S. 2977–2985.
- Klein, Franz/Orlopp, Gerd (Begr.): Kommentar zur Abgabenordnung – einschließlich Steuerstrafrecht –, 15. Aufl. 2020 (zit.: *Klein-AO/Bearbeiter*).
- Knickrehm, Sabine/Kreikebohm, Ralf/Waltermann, Raimund (Hrsg.): Kommentar zum Sozialrecht, 6. Aufl. 2019 (zit.: *Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann/Bearbeiter*).
- Knippel, Tobias Alexander: Das nemo-tenetur-Prinzip bei außerstrafrechtlicher Pflichterfüllung, 2020 (zit.: *Knippel*, Das nemo-tenetur-Prinzip bei außerstrafrechtlicher Pflichterfüllung).
- Koenig, Ulrich (Hrsg.): Kommentar zur Abgabenordnung, 4. Aufl. 2021 (zit.: *Koenig-AO/Bearbeiter*).
- Koffka, Else: Anmerkung zum Urteil des OLG Köln 1. StS v. 29.8.67 – Ss 302/67, JR 1968, S. 227–230.
- König, Peter: Das strafgerichtliche Fahrverbot neuer Prägung, DAR 2018, S. 604–609.

- Kopf, Robert/Szalai, Stephan*: Der „Nemo-tenetur-Grundsatz“ im Steuerrecht, NJ 2010, S. 363–371.
- Kreuzberg, Bastian*: Täterschaft und Teilnahme als Handlungsunrechtstypen – Zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Verhaltensnormlehre, 2019 (zit.: *Kreuzberg, Täterschaft und Teilnahme als Handlungsunrechtstypen*).
- Krey, Volker/Esser, Robert*: Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2020 (zit.: *Krey/ Esser, AT*).
- Krumm, Carsten*: Strafrecht für Familienrechtler: Verletzung der Unterhaltspflicht, NZFam 2015, S. 54–57.
- Krumm, Carsten*: Neues zum strafrechtlichen Fahrverbot, NJW 2018, S. 1738–1740.
- Kudlich, Hans*: Fast wie im richtigen Leben: Wo fängt eigentlich Untreue an ...? JA 2011, S. 66–69.
- Kudlich, Hans*: Die Relevanz der Rechtsgutstheorie im modernen Verfassungsstaat, ZStW 127 (2015), S. 635–653.
- Kunkel, Peter-Christian/Kepert, Jan/Pattar, Andreas Kurt* (Hrsg.): Kommentar zum Sozialgesetzbuch VIII Kinder und Jugendhilfe, 8. Aufl. 2022 (zit.: *Kunkel/Kepert/Pattar-SGB VIII/Bearbeiter*).
- Kunz, Wolfgang*: Schutz der Individualinteressen durch § 170b StGB auch im Ausland? NJW 1995, S. 1519–1521.
- Lackner, Karl/Kühl, Kristian*: Kommentar zum Strafgesetzbuch, 30. Aufl. 2022 (zit.: *Lackner/ Kühl/Bearbeiter*).
- Lagodny, Otto*: Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996 (zit.: *Lagodny, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*).
- Leitner, Werner/Rosenau, Henning* (Hrsg.): Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2017 (zit.: *Leitner/Rosenau/Bearbeiter*).
- Leipziger Kommentar*: Kommentar zum Strafgesetzbuch, 13. Aufl. 2021 (zit.: *LK-StGB/Bearbeiter*).
- Leist, Matthias*: Verfassungsrechtliche Schranken des steuerlichen Auskunfts- und Informationsverkehrs, 1999 (zit.: *Leist, Verfassungsrechtliche Schranken des steuerlichen Auskunfts- und Informationsverkehrs*).
- Lesch, Heiko Hartmut*: Inquisition und rechtliches Gehör in der Beschuldigtenvernehmung, ZStW 111 (1999), S. 624–646.
- Lesch, Heiko Hartmut*: „Hörfalle“ und kein Ende – Zur Verwertbarkeit von selbstbelastenden Angaben des Beschuldigten in der Untersuchungshaft, GA 2000, S. 355–366.
- Lüke, Gerhard*: Die Bedeutung vollstreckungsrechtlicher Erkenntnisse für das Strafrecht, in: Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, S. 565–580 (zit.: *Lüke, in: FS Kaufmann*).
- Matt, Holger/Renzikowski, Joachim*: Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2020 (zit.: *Matt/Renzikowski/Bearbeiter*).
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter* (Begründer): Kommentar zum Grundgesetz, Band I, Werkstand: 95. EL August 2021 (zit.: *Maunz/Dürig/Bearbeiter*).

- Maurach*, Reinhart/*Schroeder*, Friedrich-Christian/*Maiwald*, Manfred: Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 2, Straftaten gegen Gemeinschaftswerte, 10. Aufl. 2013 (zit.: *Maurach/Schröder/Maiwald*, BT II).
- Medicus*, Dieter/*Lorenz*, Stephan: Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 22. Aufl. 2021 (zit.: *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I).
- Medicus*, Dieter/*Petersen*, Jens: Bürgerliches Recht, 28. Aufl. 2021 (zit.: *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht).
- Merkert*, Hubert: Anmerkungen zu OLG Hamm Beschluss vom 29.05.1964 – 3 Ss 147/64, NJW 1965, S. 409.
- Meyer*, Jürgen: Anmerkungen zu OLG Hamm, Beschluss vom 19.12.1968 – 1 Ws 336/67, NJW 1969, S. 1360–1361.
- Meyer-Goßner*, Lutz/*Schmitt*, Bertram: Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, 65. Aufl. 2022 (Meyer-Goßner/Schmitt/*Bearbeiter*).
- Michalke*, Regina: Die Verwertbarkeit von Erkenntnissen der Eigenüberwachung zu Beweis zwecken im Straf- und Ordnungswidrigkeitenverfahren, NJW 1990, S. 417–421.
- Mill*, John Stuart: On Liberty, 1859 (zit.: *Mill*, On Liberty).
- Mittelbach*, Hans: Die Verletzung der Unterhaltspflicht als Straftatbestand, MDR 1957, S. 65–70.
- Mittelbach*, Hans: Anmerkungen zu BayObLG 2. StS v. 11.2.64 – RReg. 2 St 506/63, JR 1964, S. 308–310.
- Mulch*, Franziska: Strafe und andere staatliche Maßnahmen gegenüber juristischen Personen – Zu den Legitimationsbedingungen entsprechender Rechtseingriffe, 2017 (zit.: *Mulch*, Strafe und andere staatliche Maßnahmen gegenüber juristischen Personen).
- Münchener Kommentar BGB: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 9, 8. Aufl. 2019; Band 10, 8. Aufl. 2020 (zit.: *MüKo-BGB/Bearbeiter*).
- Münchener Kommentar FamFG: Kommentar zum Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) mit Internationalem und Europäischem Zivilverfahrensrecht in Familiensachen (IZVE, EuZVR), Band 1, 3. Aufl. 2018 (zit.: *MüKo-FamFG/Bearbeiter*).
- Münchener Kommentar StPO: Kommentar zur Strafprozessordnung, Band 1, 1. Aufl. 2014; Band 2, 1. Aufl. 2016 (*MüKo-StPO/Bearbeiter*).
- Münchener Kommentar StGB: Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2, 4. Aufl. 2020; Band 3, 4. Aufl. 2021; Band 5, 3. Aufl. 2019 (zit.: *MüKo-StGB/Bearbeiter*).
- Münchener Kommentar ZPO: Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 1, 6. Aufl. 2020 (zit.: *MüKo-ZPO/Bearbeiter*).
- Musielak*, Hans-Joachim (Hrsg.)/*Borth*, Helmut/*Frank*, Martin: Kommentar zum Familiengerichtlichen Verfahren 1. und 2. Buch, 7. Aufl. 2022 (zit.: *Musielak/Borth/Frank/Bearbeiter*).
- Musielak*, Hans-Joachim/*Voit*, Wolfgang: Kommentar zur Zivilprozessordnung: 18. Aufl. 2021 (zit.: *Musielak/Voit/Bearbeiter*).

- Naucke*, Wolfgang: Anmerkung zu BVerfG, Beschluss vom 15.09.1999 – 2 BvR 2360/95 (Einsatz von Brechmitteln), StV 2000, S. 1–3.
- Neudek*, Kurt: Zur Problematik der strafbaren Verletzung der Unterhaltspflicht, München 1965 (zit.: *Neudek*, Zur Problematik der strafbaren Verletzung der Unterhaltspflicht).
- Niederdorf*, Jan: Die Bedeutung des Steuergeheimnisses für die Tax Compliance – Eine vergleichende Betrachtung zwischen Schweden und Deutschland, in: Analysen und Bericht zum Wirtschafts- und Steuerrecht, 2009 (zit.: *Niederdorf*, Die Bedeutung des Steuergeheimnisses für die Tax Compliance).
- Oehler*, Dietrich: Umgrenzung der gesetzlichen Unterhaltspflicht in § 170 StGB, FamRZ 1959, S. 489–490.
- Ostendorf*, Heribert: Die strafrechtliche Rechtmäßigkeit rechtswidrigen hoheitlichen Handelns, JZ 1981, S. 165–175.
- Ostendorf*, Heribert: Grundzüge des konkreten Gefährdungsdelikts, JuS 1982, S. 426–433.
- Ostermann*, Stefan: Strafjustiz als Büttel der Jugendämter – Zur Strafbarkeit der Unterhaltspflichtverletzung, ZRP 1995, S. 204–208.
- Peters*, Karl: Beschränkung der Tatbestände im Besonderen Teil, ZStW 77 (1965), S. 470–505.
- Pfeil*, Sigrun: Voraussetzungen einer Unterhaltspflichtverletzung nach § 170 StGB, FamFR 2011, S. 418.
- Prütting*, Hanns/Wegen, Gerhard/Weinreich, Gerd (Hrsg.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 15. Aufl. 2020 (zit.: *Prütting/Wegen/Weinreich/Bearbeiter*).
- Puppe*, Ingeborg: List im Verhör des Beschuldigten, GA 1978, S. 289–306.
- Radtke*, Henning.: Aktive Mitwirkungspflichten und die „freiwillige“ aktive Mitwirkung des Betroffenen bei dem Zugriff auf elektronische Daten im Strafprozess – Überlegungen am Beispiel der sog. Bankendurchsuchung, in: Festschrift für Lutz Meyer-Gossner, 2001, S. 321–346 (*Radtke*, in: FS Meyer-Gossner).
- Radtke*, Henning: Ersatzfreiheitsstrafe abschaffen? ZRP 2018, 58.
- Radtke*, Henning: Zusammenspiel von BGH und BFH auf dem Gebiet des Steuerstrafrechts, in: 100 Jahre Steuerrechtsprechung in Deutschland 1918–2018, in: Festschrift für den Bundesfinanzhof, 2018, S. 569–585 (zit.: *Radtke*, in: FS Bundesfinanzhof).
- Radtke*, Henning: Selbstbelastungsfreiheit und Beweisbeschränkungen im Strafverfahren – Gedanken am Beispiel von § 393 Abs. 2 AO –, GA 2020, S. 406–415.
- Radtke*, Henning/Hohmann, Olaf (Hrsg.): Kommentar zur Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2022 (zit.: *Radtke/Hohmann/Bearbeiter*).
- Rengier*, Rudolf: Die öffentlich-rechtliche Genehmigung im Strafrecht, ZStW 101 (1989), S. 874–907).
- Rengier*, Rudolf: Strafrecht Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021 (zit.: *Rengier*, AT).
- Rengier*, Rudolf: Strafrecht BT I, 23. Aufl. 2021 (zit.: *Rengier*, BT I).
- Renzikowski*, Joachim: Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997 (zit.: *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff).

- Renzikowski, Joachim*: Normentheorie als Brücke zwischen Strafrechtsdogmatik und Allgemeiner Rechtslehre – Zugleich eine Auseinandersetzung mit Andreas Hoyer: Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann, ARSP (87) 2001, S. 110–125.
- Rixen, Stephan*: Verfassungsmäßigkeit körperlicher Eingriffe, NSZ 2000, S. 381–382.
- Rogall, Klaus*: Die Vergabe von Vomitivmitteln als strafprozessuale Zwangsmaßnahme, NSZ 1998, S. 66–68.
- Rolletschke, Stefan*: Steuerstrafrecht, 5. Aufl. 2021 (zit.: *Rolletschke, Steuerstrafrecht*).
- Rosenberg, Leo/Schwab, Karl Heinz/Gottwald, Peter*: Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018 (zit.: *Rosenberg/Schwab/Gottwald/Bearbeiter*).
- Rösinger, Luna*: Die Freiheit des Beschuldigten vom Zwang zur Selbstbelastung: über den Begründungszusammenhang von Mitwirkungsfreiheit und Strafverfahrenseingriff, 2019 (zit.: *Rösinger, Die Freiheit des Beschuldigten vom Zwang zur Selbstbelastung*).
- Rostalski, Frauke*: Der Tatbegriff im Strafrecht – Entwurf eines im gesamten Strafrechtssystem einheitlichen normativ-funktionalen Begriffs der Tat, 2019 (zit.: *Rostalski, Der Tatbegriff im Strafrecht*).
- Rostalski, Tony*: Alternativ legitimierte Verhaltensnormen: Zur Legitimation des strafbewehrten Verbots der Hinterziehung verfassungswidriger Steuern, 2019 (zit.: *Rostalski, Alternativ legitimierte Verhaltensnormen*).
- Roxin, Claus*: Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzests – Zur verfassungsrechtlichen Überprüfung materiellrechtlicher Strafvorschriften, StV 2009, S. 544–550.
- Roxin, Claus/Greco, Luís*: Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre, 5. Aufl. 2020 (zit.: *Roxin/Greco, AT I*).
- Ruegenberg, Guido*: Das nationale und internationale Steuergeheimnis im Schnittpunkt von Besteuerungs- und Strafverfahren, 2001 (zit.: *Ruegenberg, Das nationale und internationale Steuergeheimnis im Schnittpunkt von Besteuerungs- und Strafverfahren*).
- Sachs, Michael*: Grundrechte: Ungleichbehandlung von Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft, JuS 2010, S. 561–564.
- Safferling, Christoph/Hartwig, Alena*: Das Recht zu schweigen und seine Konsequenzen. Entwicklungen in nationalen und internationalen Strafverfahren, ZIS 2009, S. 784–794.
- Schack, Haimo*: Drittwirkung der Rechtskraft?, NJW 1988, S. 865–873.
- Schall, Hero*: Die Sanktionsalternative der gemeinnützigen Arbeit als Surrogat der Geldstrafe, NSZ 1985, S. 104–111.
- Schall, Hero*: Haushaltsführung und Kinderbetreuung auf den Prüfstand des § 170 StGB?, in: Festschrift für Manfred Maiwald, 2010, S. 753–768 (zit.: *Schall, in: FS Maiwald*).
- Schittenhelm, Ulrike*: Zweifelhafter Schutz durch das Strafrecht – Einige kritische Bemerkungen zu dem neuen § 170b II StGB, NSZ 1997, S. 169–172.
- Schlösser, Jan*: Verfassungsrechtliche Grenzen einer Subjektivierung des Schandensbegriffs – Zur jüngsten Rechtsprechung des BVerfG zur Untreue und ihren Folgen für eine Schandensbegründung im Rahmen des Betruges, HRRS 2011, S. 254–264.
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst*: Kommentar zum Strafgesetzbuch, 30. Aufl. 2019 (zit.: *Sch/Sch/Bearbeiter*).

- Schröder, Horst*: Der Begriff der „gesetzlichen Unterhaltspflicht“ in § 170b StGB, JZ 1959, S. 346–347.
- Schröder, Horst*: Abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte?, JZ 1967, S. 522–525.
- Schütze, Bernd* (Hrsg.): Kommentar zum SGB X Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz, 9. Aufl. 2020 (zit.: *Schütze-SGB X/Bearbeiter*).
- Schwab, Karl Heinz*: Bindung des Strafrichters an rechtskräftige Zivilurteile? Bemerkungen zum Urteil des OLG Stuttgart v. 11.3.1960, NJW 1960, S. 2169–2173.
- Seebode, Manfred*: Unterhaltspflichtverletzung als Straftat, JZ 1972, S. 389–394.
- Simon, H. Eberhard/Vogelberg, Claus-Arnold*: Steuerstrafrecht, 3. Aufl. 2011 (zit.: *Simon/Vogelberg/Bearbeiter*).
- SK-StGB: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band III, 9. Aufl. 2019 (zit.: *SK-StGB/Bearbeiter*).
- SK-StPO: Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Band II, 5. Aufl. 2016 (zit.: *SK-StPO/Bearbeiter*).
- Spiegel, Helmut*: Steuergeheimnis und Strafverfahren, 1999 (zit.: *Spiegel, Steuergeheimnis und Strafverfahren*).
- Staudinger, Julius von*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 4 Familienrecht, §§ 1589–1600d, Neubearbeitung 2011 (zit.: *Staudinger/Bearbeiter*).
- Stratenwerth, Günter*: Zum Begriff des „Rechtsgutes“, in: Festschrift für Theodor Lenckner, 1998, S. 377–391 (zit.: *Stratenwerth*, in: FS Lenckner).
- Stratenwerth, Günter/Kuhlen, Lothar*: Strafrecht Allgemeiner Teil – Die Straftat, 6. Aufl. 2011 (zit.: *Stratenwerth/Kuhlen, AT*).
- Stuckenberg, Carl-Friedrich*: Rechtsgüterschutz als Grundvoraussetzung von Strafbarkeit? ZStW 2017, S. 349–362.
- Stürner, Rolf*: Strafrechtliche Selbstbelastung und verfahrensförmige Wahrheitsermittlung, NJW 1981, S. 1757–1763.
- Swoboda, Sabine*: Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen, ZStW 122 (2010), S. 24–50.
- Tröndle, Herbert*: Das Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz, NJW 1995, S. 3009–3019.
- Verfürden, Hartmut*: Die Verletzung der Unterhaltspflicht (§ 170b StGB), Kiel 1979 (zit.: *Verfürden, Die Verletzung der Unterhaltspflicht*).
- Verrel, Torsten*: Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren – Ein Beitrag zur Konturierung eines überdehnten Verfahrensgrundsatzes, 2001 (zit.: *Verrel, Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren*).
- Wabnitz, Heinz-Bernd/Janovsky, Thomas/Schmitt, Lothar*: Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 5. Aufl. 2020 (zit.: *Wabnitz/Janovski/Schmitt/Bearbeiter*).
- Walther, Franziska Maria*: Der „Vollrausch“ als Straftat (§ 323a StGB) – Zur Legitimation der rechtlichen Missbilligung (abstrakt) gefährlicher Verhaltensweisen und ihrer Sanktionierung, 2021 (zit.: *Walther, Der „Vollrausch“ als Straftat (§ 323a StGB)*).

- Weber, Albrecht*: Die Entwicklung des Familienrechts seit Mitte 2018, NJW 2019, S. 3040–3047.
- Wessels, Johannes/Beulke, Werner/Satzger, Helmut*: Strafrecht Allgemeiner Teil – Die Straftat und ihr Aufbau, 51. Aufl. 2021 (zit.: *Wessels/Beulke/Satzger, AT*).
- Wiesner-Berg, Stephanie*: Anonyme Kindesabgabe und Sozialdatenschutz – Zugleich eine Besprechung von LG Köln, Beschluss vom 25. 9. 2008 – 102 Qs 26/08, NStZ 2010, S. 243–250.
- Wulf, Martin*: Steuererklärungspflichten und „nemo tenetur“ – zur Strafbarkeit wegen Steuerrückziehung bei Einkünften aus illegalem Verhalten, wistra 2006, S. 89–96.
- Zeibig, Jan*: Das Recht zur Übermittlung von Sozialdaten im Strafverfahren, NStZ 1999, S. 339–341.
- Zieschang, Frank*: Die Gefährdungsdelikte, 1998 (zit.: *Zieschang, Gefährdungsdelikte*).

Stichwortverzeichnis

- Abstrakt-konkretes Gefährdungsdelikt** 55 ff.
- Allgemeines Persönlichkeitsrecht** 86, 89, 97 f., 102, 105, 142
- Androhungsgeneralprävention** 36
- Anfechtung der Vaterschaft** 67, 70 ff.
- Angemessener Lebensbedarf** 27
- Angemessenheit** 36 f., 99 f.
- Arbeitgeberanfragen** 86
- Auskunftsanspruch** 130, 134
- Auskunftsbegehren** 145
- Ausnahmetatbestand** 88, 92, 96 ff.
- Aussagefreiheit** 111 f., 133
- Aussetzungsbefugnis** 65
- Autonomie des Strafrichters** 65
- BaFin-Anfragen** 85
- Besteuerungsergebnis** 100 ff.
- Besteuerungsgrundlagen** 118 f., 121 f., 139
- Besteuerungsverfahren** 65, 82, 92, 98, 100 f., 104, 112 ff., 116 ff., 121, 128 f., 133 ff.
- Bestimmtheitsgrundsatz** 28, 47
- Bewährungshelfer** 155 f.
- Beweisvermutungen** 69 f.
- Bindungswirkung** 61 ff.
- Deliktstypus** 53 ff., 58
- Distanzinteresse** 106 f., 136
- Durchbruchungsmöglichkeit** 90 ff., 95 f., 117 f., 125, 132
- Durchsuchungen** 85 f.
- Effektive Strafverfolgung** 102 ff., 137
- Eignungsdelikt** 55 f.
- Einkunftsquellen** 101, 115
- Erforderlichkeit** 27, 33, 36, 39, 99
- Erheblichkeitsschwelle** 147 f.
- Ermittlungsansätze/-maßnahmen** 81 ff.
- Ersatzfreiheitsstrafe** 152 f.
- Existenzminimum** 29
- Fahrverbot** 157 f.
- Freie richterliche Beweiswürdigung** 66
- Freiheitsstrafe** 13, 49, 147, 151 ff.
- Fiktionswirkung** 70
- Garantenverantwortlichkeit** 72
- Gefahrerfolg** 54, 57 f.
- Geldstrafe** 13, 147, 151 ff.
- Gemeinschuldnerbeschluss** 131
- Gesetzliche Unterhaltspflicht** 42, 156
- Gewaltenteilungsprinzip** 28, 65
- Gewerberegisteranfrage** 87
- Individualrechtsgüter** 17, 26
- Informationelles Selbstbestimmungsrecht** 97 f., 100, 140, 151
- Inquisitionsmaxime** 65
- Jugendamt** 87, 130
- Kernbereich der Selbstbelastungsfreiheit** 121, 126
- Klugheitsregel** 65 f.
- Konkretes Gefährdungsdelikt** 53 ff.
- Konto-/Bankanfragen** 58
- Kreis-Jobcenter/Arbeitsagentur** 87
- Lebenspartnerschaftsgesetz** 44 ff.
- Legitimer Zweck** 18, 36, 99
- Leistungsfähigkeit** 12 ff., 33, 41, 49, 74 f., 83 f., 86, 92, 95, 98 ff., 136 ff., 152 ff.
- Mitwirkungspflicht** 96 f., 104 ff., 112, 114, 118, 121, 125 ff.
- Nemo tenetur-Grundsatz** 104 ff.
- Nichterfüllung zivilrechtlicher Pflichten** 20
- Notwendiger Lebensbedarf** 29 ff., 50, 137, 150

- Observation** 87
Öffentliche Sozialhilfe 21 ff.
- Potentielles Gefährdungsdelikt/Potentielle Gefährdung** 14, 20, 38 ff., 48, 53, 57 ff., 71
Private Dritte 21 ff.
- Recht auf den gesetzlichen Richter** 65
Recht auf ein faires Verfahren 105
Rechtsgut 14 ff., 60, 69, 72, 143, 149 f.
Rechtspflicht 18, 24
Rechtsreflex 12, 24 f.
Rechtsstaatsprinzip 105
Regressanspruch 24, 38
Rückwirkungsfiktion 72 f.
- Sanktionsnorm** 15 ff., 35, 50, 151
Schadenswiedergutmachung 156
Scheinvater 70 ff.
Schwarzarbeit 25, 87, 99, 122 f., 135 f.
Selbstanzeige 115, 125
Selbstbelastungsfreiheit 92, 104 ff., 113 ff., 121, 126, 133 ff.
Selbsterhaltungstrieb 106, 108
Sozialbehörde 22 ff., 56, 143, 149
Sozialdaten 140 ff.
Soziale Sicherungssysteme 20, 22
Sozialgeheimnis 140 ff., 146, 148
Statusurteile 67 ff., 74, 77, 81, 150
Steuerakte 82, 113, 123, 127, 129
Steuerdaten 12 f., 82, 88 ff., 151
Steuergeheimnis 12 f., 82, 88 ff., 113, 117 f., 120 ff., 132 ff.
Steuermoral 95
Steuerpublizität 88, 95, 151
Steuerrechtsakzessorietät 62, 65
- Steuerstrafverfahren** 65, 101 f., 117 ff., 133
Strafbarkeitsanordnungen 151
- Tatbestandswirkung** 62 ff.
Täter-Opfer-Ausgleich 156 f.
Telekommunikationsüberwachung 87
- Ultima-Ratio** 30, 32, 46, 154
Universalrechtsgüter 17
Unschuldsumutung 107 ff., 135 f.
Unterhaltsrechtliche Leitlinien 82
Unterhaltsverfahren 77, 88, 95, 99, 117, 128 f., 134 ff.
Unterhaltsvorschussgesetz 131
- Verhaltensnorm** 14 ff., 79, 159
Verhältnis der Verwirklichungsformen 50
Verhältnismäßigkeit 17 f., 20, 30, 32, 36, 84, 86, 89, 96, 98, 144
Vernehmung 84, 116
Verschleifungsverbot 28
Vertragliche Unterhaltspflicht 42
Verwendungsverbot 96, 104, 113, 117, 120, 125, 127, 133, 135, 151
Vorfragenkompetenz 64 ff., 81
- Wahrheitsbegriff** 65
Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung 68
Würde des Menschen/Menschenwürde 106, 108, 120
- Zivilrechtsakzessorietät** 70
Zwangsmittel 106, 114, 118 f.
Zwangsmittelbefugnis 121, 135
Zwangsmittelverbot 113, 118 ff., 122