

KriPoZ

Kriminalpolitische Zeitschrift

KONTAKT

schriftleitung@kripoz.de

Herausgeber

Prof. Dr. Gunnar Duttge
Prof. Dr. Bernd Heinrich
Prof. Dr. Anja Schiemann

Schriftleitung

Prof. Dr. Anja Schiemann
Wiss. Mit. Sabine Horn
Wiss. Mit. Maren Wegner

Redaktion (national)

Prof. Dr. Gunnar Duttge
Prof. Dr. Sabine Gless
Prof. Dr. Bernd Hecker
Prof. Dr. Martin Heger
Prof. Dr. Bernd Heinrich
Prof. Dr. Michael Kubiciel
Prof. Dr. Otto Lagodny
Prof. Dr. Carsten Momsen
Prof. Dr. Helmut Satzger
Prof. Dr. Anja Schiemann
Prof. Dr. Edward Schramm
Prof. Dr. Mark Zöllner

Redaktion international

Prof. Dr. Wolfgang Schomburg
Prof. Dr. Lovell Fernandez
Prof. Dr. Dres. h.c. Makoto Ida
Prof. Dr. Doaqian Liu
Prof. Dr. Dr. h.c. Francisco
Munoz-Conde
Prof. Dongyi Syn PhD
Prof. Dr. Davi Tangerino
Prof. Dr. Sheng-Wei Tsai
Prof. Dr. Merab Turava
Prof. Dr. Dr. h.c. Yener Ünver

ALLGEMEINE BEITRÄGE | 92 – 119

92 | **Zur Reform der Tötungsdelikte (§§ 211 ff. StGB)**

von Prof. Dr. Gunnar Duttge

101 | **§ 103 StGB – ist das noch Recht oder kann das weg?**

von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch

106 | **Digitaler Hausfriedensbruch**

von Dr. Markus Mavany

113 | **Vorratsdatenspeicherung – Endlich?!**

von Dr. Jakob Dalby

STELLUNGNAHMEN ZU GESETZENTWÜRFEN | 120 – 139

120 | **Zum Regierungsentwurf der Reform der Vermögensabschöpfung**

von LOStA Folker Bittmann

133 | **Das reformierte Sexualstrafrecht**

von Dr. Konstantina Papathanasiou, LL.M.

ENTSCHEIDUNGEN | 140 – 146

140 | **Eilanträge gegen das Vorratsdatenspeicherungsgesetz erfolglos**

BVerfG, Beschl. v. 8.6.2016 – 1 BvQ 42/15

145 | **Die Böhmermann Satire**

LG Hamburg, Beschl. v. 17.5.2016 – 324 O 255/16

BUCHBESPRECHUNGEN | 147 – 152

147 | **Jahn/Schmitt-Leonardy/Schoop: Das Unternehmensstrafrecht und seine Alternativen**

von Rechtsanwältin Dr. Sibylle von Coelln

150 | **Michael Nietsch: Unternehmenssanktionen im Umbruch**

von Rechtsanwalt Christian Heuking

TAGUNGSBERICHT | 153 – 156

153 | **Internationale Fachtagung zur Arzneimittelkriminalität**

von Wiss.Mit. Irene Öder, M.A.

EDITORIAL

Es ist kriminalpolitisch viel passiert, seitdem das erste Heft der KriPoZ am 1. Juli 2016 erschienen ist. Daher möchte ich die Gelegenheit nutzen, um einen kurzen Rückblick auf Gesetzgebungsvorhaben in den Monaten Juli und August zu geben. Einen Rückblick auf aktuelle Entwicklungen können Sie auch via E-Mail einmal monatlich erhalten, wenn Sie unseren Newsletter abonnieren. In Kraft getreten ist zum 30.7.2016 das umstrittene Gesetz zum besseren Informationsaustausch bei der Bekämpfung des internationalen Terrorismus (BGBl. I 2016, S. 1818). Durch das Gesetz kann der Verfassungsschutz zum Schutz vor Terroranschlägen in Zukunft mehr Daten mit ausländischen Geheimdiensten austauschen. Erst im November tritt allerdings Art. 4 dieses Gesetzes in Kraft, der Änderungen des VIS-Zugangsgesetzes betrifft. Am 1.8.2016 ist darüber hinaus auch das Gesetz zur Novellierung des Rechts der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gem. § 63 StGB und zur Änderung anderer Vorschriften in Kraft getreten (BGBl. I 2016, S. 1610). Im letzten KriPoZ-Heft hat *Pollähne* die Änderungen kritisch kommentiert.

Der Bundestag hat im Juli einstimmig das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung („Nein heißt Nein“) beschlossen – *Papathanasiou* wird die wesentlichen Änderungen im aktuellen KriPoZ Heft auf S. 133 ff. vorstellen. Ebenfalls vom Bundestag beschlossen wurde das Prostituiertenschutzgesetz. Intention des Gesetzes ist ein besserer Schutz von Sexarbeiterinnen und Sexarbeitern. Außerdem hat der Bundestag vor seiner Sommerpause den von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf zur Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels angenommen. Dieser ist erforderlich, um eine entsprechende EU-Richtlinie umzusetzen. Ebenfalls im Juli hat die Bundesregierung dem Bundestag einen Gesetzentwurf zur Korruptionsbekämpfung zugestellt. Durch dieses Vertragsgesetz sollen die Voraussetzungen für die Ratifizierung des Strafrechtsübereinkommens des Europarats über Korruption geschaffen werden. Weitere Änderungen im materiellen Strafrecht sind dadurch nicht vorgesehen, weil Deutschland durch das 48. Strafrechtsänderungsgesetz bereits Anpassungen an die Vorgaben des Übereinkommens vorgenommen hat. Im August hat die Bundesregierung den Gesetzentwurf zur Einführung der elektronischen Akte in Strafsachen an den Bundestag weitergeleitet. Allerdings ist bis zum 31.12.2025 die elektronische Aktenführung im Strafverfahren lediglich eine Option neben der klassischen Aktenführung. Erst danach sollen neu anzulegende Akten ausschließlich elektronisch geführt werden.

Darüber hinaus hat das Bundeskabinett den Gesetzentwurf zum Stalking beschlossen, nach dem die „junge“ Vorschrift des § 238 StGB einen besseren Opferschutz gegen beharrliche Nachstellung erhalten soll. Nach geltender Rechtslage ist der Straftatbestand als Erfolgsdelikt ausgestaltet, so dass es des Nachweises einer schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung bedarf. Durch die Umwandlung der Vorschrift in ein potentielles

Gefährdungsdelikt sollen Beweisschwierigkeiten beseitigt werden. Voraussichtlich im nächsten KriPoZ-Heft wird eine Stellungnahme zum aktuellen Regierungsentwurf erscheinen. Des Weiteren wurde das Gesetz für eine effektivere Rechtshilfe beschlossen, da bis zum 22.5.2017 die Richtlinie 2014/41/EU über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen in nationales Recht umgesetzt werden muss. Schließlich hat das Bundeskabinett noch eine umfangreiche Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung beschlossen. Geplant ist eine komplette Neuregelung der Vorschriften zur Vermögensabschöpfung. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung wird kritisch und ausführlich von *Bittmann* im aktuellen Heft auf S. 120 ff. beleuchtet.

Am 1. Juli haben Nordrhein-Westfalen und Hessen einen Gesetzesantrag zur Strafbarkeit illegaler Autorennen in den Bundesrat eingebracht. Mit § 315 d StGB-E soll ein neuer Straftatbestand „verbotene Kraftfahrzeugrennen“ ins Strafgesetzbuch eingeführt werden. Außerdem sollen die Einziehung des Tatfahrzeugs und der Führerscheinentzug ermöglicht werden. Über den Gesetzesantrag wird Anfang September in den Ausschüssen beraten. In einem der nächsten KriPoZ-Hefte werden wir zum Thema illegale Autorennen einen Beitrag veröffentlichen. Der Bundesrat hat zudem am 9.8.2016 den Gesetzentwurf zur effektiven Bekämpfung von „Gaffern“ an den Bundestag weitergeleitet. Wer aus Sensationslust Unfallopfer fotografiert oder Rettungskräfte behindert, soll sich nach § 201a und § 115 StGB-E strafbar machen.

Im August hat Bundesjustizminister Maas angekündigt, einen Gesetzentwurf für ein Fahrverbot als Hauptstrafe auf den Weg zu bringen. Dies kam ein wenig überraschend, hat er doch mit dem Gesetz zur Änderung des StGB, des JGG und der StPO im Juni 2016 einen Gesetzentwurf vorgelegt, mit dem er den Katalog strafrechtlicher Sanktionen um die Möglichkeit der generellen Verhängung eines Fahrverbots als Nebenstrafe erweitern möchte. Die Nebenstrafe soll nicht nur bei Straftaten im Zusammenhang mit dem Führen eines Kfz oder einer Pflichtverletzung im Straßenverkehr verhängt werden können, sondern nach § 44 Abs. 1 StGB-E bei allen Nebenstrafen. Schon dieser Vorschlag stieß auf ablehnende Stellungnahmen des DRB, DAV und DBH.

In unserem aktuellen KriPoZ-Heft finden Sie neben den genannten Beiträgen von *Bittmann* und *Papathanasiou* in der Rubrik „Stellungnahme zu Gesetzentwürfen“ auch wieder „allgemeine Beiträge“ am Puls der Zeit. Unser Mitherausgeber *Duttge* widmet sich in seinem Aufsatz auf S. 92 ff. der Reform der Tötungsdelikte und zeichnet nicht nur die Arbeit der Expertenkommission und unterschiedlichste Reformansätze nach, sondern gibt auch dezidiert den derzeitigen sich im Umlauf befindlichen Referententwurf wieder.

Zwar hat sich die allgemeine Aufregung um die Böhmermann-Satire etwas gelegt, doch ist die Diskussion um die

Frage, ob § 103 StGB noch zeitgemäß ist oder gestrichen werden soll, noch nicht verebbt. Neben dem Gesetzentwurf der Länder Hamburg, Bremen, Nordrhein-Westfalen, Schleswig-Holstein und Thüringen zur Aufhebung des § 103 StGB (BR-Drs. 214/16) liegen noch zwei weitere Entwürfe vor, die eine Streichung der „Majestätsbeleidigung“ bzw. Neuordnung der Beleidigungsdelikte vorsehen. Daher wirft *Mitsch* in seinem Beitrag auf S. 101 ff. die Frage auf „§ 103 StGB – ist das noch Recht oder kann das weg?“.

Im Juni hat Hessen einen Gesetzesantrag zur Strafbarkeit des digitalen Hausfriedensbruchs in den Bundesrat eingebracht (BR-Drs. 338/16). Mit § 202e StGB-E soll ein neuer Straftatbestand „unbefugte Benutzung informationstechnischer Systeme in das Strafgesetzbuch eingefügt werden. Auf S. 106 ff. beleuchtet *Mavany* Sinn und Unsinn neuer Gesetze gegen den sog. digitalen Hausfriedensbruch unter dem Titel „Pferde, Würmer, Roboter und das Strafrecht?“.

Dalby widmet sich in seinem Beitrag „Vorratsdatenspeicherung – endlich?!“ den Neuregelungen der §§ 113b, 113 c TKG und § 100g StPO, stellt den Rechtsrahmen dar und bewertet die Änderungen mit Blick auf die Vorgaben des *BVerfG*. Der Autor kommt zu dem Ergebnis, dass die

Neuregelung der Vorratsdatenspeicherung verfassungsgemäß ist und liegt damit ganz in der Linie der Entscheidungen des *BVerfG*, das die Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gegen das Vorratsdatenspeicherungsgesetz ablehnte. Eine dieser Entscheidungen findet sich abgedruckt in diesem Heft auf S. 140 ff.

Daneben finden Sie noch die Entscheidung des *LG Hamburg* zur Böhmermann-Satire sowie zwei Buchbesprechungen rund um das Thema Unternehmensstrafrecht und einen Tagungsbericht.

Wie schon im ersten Editorial erwähnt, besteht bei KriPoZ.de die Besonderheit, sich nicht nur passiv über Gesetzesvorhaben und Stellungnahmen zu informieren, sondern durch Nutzung unserer Kommentarfunktion aktiv den kriminalpolitischen Diskurs mitzugestalten. Die Kommentarfunktion bietet zudem die Möglichkeit, auch wissenschaftliche Aufsätze des KriPoZ-Heftes kritisch zu würdigen und so den Meinungsaustausch weiter anzuregen. Leider wurde die Kommentarfunktion bislang nicht genutzt, so dass ich mir abschließend den Apell erlaube, durch konstruktive Stellungnahmen die wissenschaftliche Diskussion weiter voranzutreiben.

Prof. Dr. Anja Schiemann

ALLGEMEINE BEITRÄGE

Zur Reform der Tötungsdelikte (§§ 211 ff. StGB): Kritische Betrachtung von Reformbedarf und Reformvorschlägen

von Prof. Dr. Gunnar Duttge*

Abstract

Seit kurzem liegt ein konkreter Referentenentwurf zur Reform der Tötungsdelikte vor. Dieser beansprucht, auf der Grundlage der seit langem formulierten Kritik am geltenden Recht und zahlreicher Reformvorschläge, zuletzt insbesondere der eigens hierzu eingesetzten Expertenkommission, die mit dem 6. Strafrechtsreformgesetz 1998 unvollendet gebliebene Gesamtreform des Besonderen Teils des StGB abzuschließen. Dieses Selbstverständnis hält jedoch einer näheren Prüfung nicht stand, weil es dazu einer weit grundsätzlicheren Neukonzeptionierung der §§ 211 ff. StGB bedurft hätte.

Recently, a specific Minister's draft concerning the reform of homicide has been released. Based on long-time criticism of applicable law and numerous reform proposals, lastly particularly those of a specifically established commission of experts, the draft claims to complete the overall reform of the Criminal Code's Special Section, which had to remain unfinished since the 6th law to reform German criminal law in 1998. This kind of self-perception, however, does not withstand detailed examination, for it would have required a far more categorical redesign of Section 211 et seq. of the German Criminal Code for this purpose.

I. Anlass und Reformziele

Die Reform der Tötungsdelikte und insbesondere des Mordtatbestandes (§ 211 StGB) zählt schon seit langem zu jenen strafrechtlichen „Baustellen“, deren Existenz dem Grunde nach nicht mehr bestritten wird. Zu sehr drängen sich die im Lichte der absoluten Strafdrohung inakzeptablen Unsicherheiten bei der Anwendung einzelner Mordmerkmale, aber auch beim Verständnis der übergreifenden Grundidee für die postulierte Unrechtssteigerung gegenüber dem Totschlag wie überhaupt des rechtssystematischen Verhältnisses der §§ 211-216 StGB zueinander

förmlich auf. Schon im Jahre 1980 hat der Deutsche Juristentag daher auf der Grundlage des vielbeachteten Gutachtens von Albin Eser¹ Empfehlungen zu einer Neugestaltung der Tötungsdelikte formuliert;² der renommierte Arbeitskreis deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer legte, nachdem er bereits 1970 die Debatte angestoßen hatte,³ im Jahre 2008 nochmals einen konkret ausgearbeiteten Entwurf vor,⁴ ohne dass dies alles (von einem intransparent gebliebenen „Arbeitsentwurf des Bundesjustizministeriums“ 2001 abgesehen)⁵ erkennbares Interesse der Rechtspolitik geweckt hätte. Vielmehr war deren Haltung offenbar über lange Zeit hinweg von der Annahme geprägt, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung mit dem vorhandenen Normenbestand doch einigermaßen zurechtkomme und deshalb keine Notwendigkeit für ein Eingreifen des Gesetzgebers bestehe.

Dass sich der rechtspolitische „Wind“ inzwischen gedreht hat, seit der gegenwärtige Bundesminister für Justiz und Verbraucherschutz Heiko Maas die Reformbedürftigkeit der Tötungsdelikte entdeckt und zu einem Anliegen der aktuellen Kriminalpolitik gemacht hat, war infolgedessen eine einigermaßen überraschende Wendung: Sie führte im Jahr 2014 zielstrebig zur Einsetzung einer Expertenkommission „aus Theorie und Praxis“, die im vergangenen Jahr einen umfangreichen Abschlussbericht vorgelegt hat.⁶ Nach einer auffallend längeren Phase des Zuwartens, in der die Vorschläge der Expertenkommission zwar publizistisch und auf Podien⁷ breit diskutiert wurden, aber wiederum folgenlos in die Archive zu verschwinden drohten, liegt seit kurzem ein Referentenentwurf des Ministeriums für Justiz und Verbraucherschutz vor.⁸ Er bekräftigt, dass der bisherige Rechtszustand „unbefriedigend“ sei, täuscht jedoch eine „grundlegende Reform der Tötungsdelikte“⁹ lediglich vor, ohne die eigentlichen Grundprämissen der geltenden §§ 211 ff. StGB kritisch zu hinterfragen. Eben dies soll im Folgenden in rechtsgrundsätzlicher Absicht unternommen werden, ohne dass es im hiesigen Rahmen freilich möglich wäre, die facettenreiche Debatte der letz-

* Der Verfasser ist Direktor der Abteilung für strafrechtliches Medizin- und Biorecht an der Gustav-August Universität Göttingen.

¹ Eser, Empfiehlt es sich, die Straftatbestände des Mordes, des Totschlags und der Kindstötung (§§ 211-213, 217 StGB) neu abzugrenzen? Gutachten D zum 53. Deutschen Juristentag, 1980.

² Abgedruckt in: NJW 1980, 2509 ff.

³ Baumann et al., Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil: Straftaten gegen die Person, 1. Halbband, 1970.

⁴ Alternativ-Entwurf Leben, Entwurf eines Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer, GA 2008, 193 ff.

⁵ Zu ediesem näher Otto, Jura 2003, 612 (621 f.).

⁶ Abschlussbericht der Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte (§§ 211-213, 57a StGB) vom Juni 2015, online: http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/20150629_Abschlussbericht_Expertengruppe_Toetungsdelikte.pdf?__blob=publicationFile.

⁷ S. u.a. die von ELSA Göttingen veranstaltete Podiumsdiskussion (<http://www.worldventz.com/events/Podiumsdiskussion:+Ein+ungerechtes+Gesetz+gib/454227238100729>), dazu der Tagungsbericht: Klaffus/Steuer, KriPoZ 1/2016, 86 ff.

⁸ Auszugsweise berichtet in: Der Spiegel v. 25.3.2016.

⁹ Referentenentwurf, S. 10.

ten Jahre oder gar Jahrzehnte im Einzelnen nachzuzeichnen und jedes begegnende Detail einzubeziehen.¹⁰ Wenn jedoch die zentralen Gründe für den fortwährend reklamierten Reformbedarf auf ihre sachliche Überzeugungskraft hin überprüft werden, ergeben sich hieraus zwangsläufig die nötigen Einsichten in die wahre Problematik des § 211 StGB und in die daraufhin einzuschlagende Richtung für sachadäquate Reformvorschläge jenseits der wechselhaften Launen des jeweiligen kriminalpolitischen Zeitgeistes.

II. Zu den Motiven und Reformvorschlägen der Expertenkommission

Ausweislich der ministeriellen Eröffnungsrede anlässlich der Einsetzung der Expertenkommission soll die „Unabweisbarkeit“ einer Reform der Tötungsdelikte durch drei Gründe maßgeblich bedingt sein:¹¹ Erstens gibt es bekanntlich die „zweifelhafte Historie“ ihrer Geburt durch den nationalsozialistischen Gesetzgeber, was sich in den tätertypologischen Formulierungen der §§ 211 f. StGB („Mörder ist...“) zum Ausdruck gebracht hat. Dieser Distanz zu einem rechtsstaatlichen Tatstrafrecht sei der „Strafrechtsideologie der Nazis“ adäquat gewesen, nicht aber der Bindung des heutigen StGB an das Gesetzlichkeitsprinzip (Art. 103 Abs. 2 GG) mit seinem Gebot der „Rechtsklarheit“ und Vorabfestlegung des Strafbaren in „konkreten Tatbeständen“. Hiermit verbindet sich zugleich – zum zweiten – die Kritik an den Mordmerkmalen des § 211 StGB, die sich – wie insbesondere die „niedrigen Beweggründe“ – als „moralisch aufgeladene Gesinnungsmerkmale“ zeigen. Damit sei ein „Einfallstor für Willkür“ geschaffen worden, das die höchstrichterliche Rechtsprechung nach 1945 nur durch weitreichende richterliche Rechtsfortbildung ab eindämmen können. Drittens schließlich wird überdies ein manifestes Gerechtigkeitsproblem in den sog. „Haustyrannen“-Fällen gesehen: Die geltende Fassung des § 211 StGB benachteilige die physisch Unterlegenen (Frauen), weil es eben oftmals die einzige Waffe der Schwachen gegen Gewalt und Brutalität ist, sich unter Verdeckung ihrer wahren Absichten – mithin „heimtückisch“ – zur Wehr zu setzen. Dies als höchststrafwürdig anzusehen sei unangemessen, für die vom Bundesgerichtshof für „außergewöhnliche Umstände“ anerkannte außerordentliche Strafmilderung nach § 49 Abs. 1 StGB (sog. Rechtsfolgenlösung)¹² findet sich im Gesetz aber keine Grundlage.

Diese zentralen Motive der gegenwärtigen Debatte, die auch den Ausgangspunkt für die Beschlüsse der Experten-

kommission bilden, wirken bei oberflächlicher Betrachtung einleuchtend, weisen jedoch auf den zweiten Blick einige Fragwürdigkeiten auf: So ist der populären Phrase von der „braunen Schleimspur“¹³ leicht erkennbar ein simplifizierender Historismus eigen, weil die Ausdifferenzierung des § 211 StGB in heterogene Mordmerkmale auf den *Stoob*schen Vorentwurf eines schweizerischen StGB 1894 zurückgeht¹⁴ und im Übrigen das historische Datum allein gewiss nicht genügt, um „typisch nationalsozialistisches Unrecht“ zu identifizieren. Die bisherige Argumentationsweise drückt sich daher vor der eigentlichen Frage, worin genau der nationalsozialistische Gehalt des § 211 StGB bestehen soll. Soweit hierfür auf die tätertypologischen Formulierungen verwiesen wird, wäre es ein Leichtes und wenig spektakulär, diese bei nächster Gelegenheit zu beseitigen; soweit auf die problematische Bestimmtheit einiger Mordmerkmale Bezug genommen wird, ist dieses Unbehagen unbestreitbar begründet, nimmt aber dem historischen Argument seine eigenständige Bedeutung. Denn Zweifel an der nötigen gesetzlichen Bestimmtheit gibt es im Hinblick auf bestehende Strafvorschriften auch jenseits der historisch Bemakelten, ohne dass sich jedoch der Gesetzgeber von der insoweit vorgetragenen Kritik bislang auch nur ansatzweise hätte beeindrucken lassen.¹⁵ Ganz im Gegenteil begreift die neuere Rechtsprechung des *BVerfG* die erforderliche Voraussehbarkeit inzwischen als Aufgabe der richterrechtlichen Konkretisierung,¹⁶ was doch in Bezug auf § 211 StGB dann in gleicher Weise dem Bundesgerichtshof aufgegeben werden könnte. Soweit dieser der Versuchung nicht hat widerstehen können, einzelne Mordmerkmale mit moralisierenden Gesinnungsformeln aufzuladen („nach allgemeiner sittlicher Anschauung auf tiefster Stufe stehen“¹⁷, „abstoßendes, ungesundes Gewinnstreben um jeden Preis“¹⁸), könnte erwidert werden, dass diese Rechtsprechung keineswegs alternativlos ist. Im Übrigen gäbe es, wollte man wirklich Ernst machen mit einer historisch motivierten „Reinigung“ des StGB, im geltenden Recht durchaus noch einige weitere Kandidaten jenseits des § 211 StGB (man denke insbesondere an §§ 142,¹⁹ 316a²⁰, 323a²¹ StGB), die auszuklammern das laufende Reformprojekt – von der geschichtlichen Warte aus betrachtet – selbst zu einem willkürlichen Unternehmen machen würde.

Das verbreitete Unbehagen an einer Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe im „Haustyrannen“-Szenario verweist hingegen jenseits des punktuellen Gefühls der „Ungerechtigkeit“ auf ein weit grundsätzlicheres, bis heute ungelöstes Grundproblem: Was sollte denn aufgrund welcher „höheren Einsicht“ überhaupt die einem „Mord“

¹⁰ S. zu den Einzelheiten die Habilitationsschrift von *Grünwald*, Das vorsätzliche Tötungsdelikt, 2010.

¹¹ Abgedruckt in: Abschlussbericht (Fn. 6), S. 1 ff.

¹² Vgl. BGHSt 30, 105 ff.

¹³ *Fischer*, in: *Zeit online* vom 12.12.2013; ähnlich *Eser*, in: FS Kargl, 2015, S. 91 (96): „solcher Ungeist ist von Grund auf auszumerzen“.

¹⁴ Zutreffender Hinweis bei *Hauck*, HRRS 2016, 230 (239).

¹⁵ Beispielhaft zur Fahrlässigkeit: *Duttge*, JZ 2014, 261 ff.

¹⁶ Grundlegend *BVerfGE* 126, 170 ff.; dazu näher *Saliger*, in: *Duttge/Unver* (Hrsg.), Das Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht, 2014 (Studien zum deutschen und türkischen Strafrecht, Bd. 3), S. 123 ff. (m.w.N.); s. auch *Gropp*, in: FS Goerlich, 2015, S. 105 (123): „Richter zum Ersatzgesetzgeber gemacht“.

¹⁷ BGHSt 47, 128 (130); 50, 1 (8); NStZ 2004, 332; 2006, 338 (340).

¹⁸ BGHSt 10, 399; 29, 317 (318); NJW 1995, 2365 (2366); 2001, 763.

¹⁹ S. § 139a RStGB i.d.F. d. VO v. 2.4.1940 (RGBl. I, S. 606).

²⁰ Gesetz gegen Straßenraub mittels Autofallen vom 22.6.1938 (RGBl. I, S. 651).

²¹ Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher ... v. 24.11.1933 (RGBl. I 995).

zugeschriebene nochmalige Unrechtssteigerung²² verglichen mit dem Grundtypus jedweder vorsätzlichen Fremdtötung („Totschlag“) begründen? Denn es versteht sich doch von selbst, dass die seit langem beklagte Heterogenität und die dadurch resultierenden Folgeprobleme in der rechtssystematischen Zusammenschau der Mordmerkmale ihre zentrale Ursache darin finden, dass weithin Ratlosigkeit herrscht, welche übergreifende Leitidee denn eigentlich zur näheren Bestimmung jener Höchststrafwürdigkeit Orientierung geben soll. Die vergangenen 100 Jahre illustrieren im Kern nur mehr eine fortgesetzte ergebnislose Suche nach jener einen entscheidenden Maßgabe: von der psychologisierenden „Überlegung/Vorausplanung“²³ zum unklaren Dualismus²⁴ zwischen „Gefährlichkeit“²⁵ und diffuser „Verwerflichkeit“²⁶ bis hin zum heute vorherrschenden Pluralismus der Beliebigkeit, in der die Suche nach einem übergeordneten Prinzip praktisch aufgegeben ist. Dieser Befund ist nicht etwa nur von innersystematischer Relevanz (so dass man sich um einer systematischen Stimmigkeit willen auch mit einem Nebeneinander „passender“ Leitkriterien zufriedengeben könnte), sondern weckt weit grundsätzlicher Zweifel an der Berechtigung, überhaupt gesteigertes Unrecht jenseits der vorsätzlichen Fremdtötung rational ausweisen zu können. Fehlt es aber an jedwedem vorgeordneten Maßstab, der das Spezifische eines „Mordes“ im Unterschied zu den „gewöhnlichen“ oder „durchschnittlichen“ (vorsätzlichen) Tötungstaten zu kennzeichnen vermag, dann sollte es niemanden überraschen, dass die gesetzlich vorgegebenen Mordmerkmale schon als solche und ebenso ihre Anwendung auf das forensische Anwendungsfeld den Eindruck der Beliebigkeit und Nichtvoraussagbarkeit wecken – d.h. im Lichte des virtuell Höchststrafwürdigen möglicherweise Konstellationen zu Unrecht erfassen (wie etwa im Haustyranen-Szenario, aber auch im aufsehenerregenden „Kannibalen“-Fall,²⁷ bei angenommener „Freiverantwortlichkeit“ der Opferzustimmung) oder eben zu Unrecht nicht erfassen.²⁸ Zugleich muss von dieser Warte aus im Übrigen auch jeder rechtspolitische Vorschlag nach Streichung, Modifizierung oder Hinzufügung einzelner Mordmerkmale von vornherein willkürlich erscheinen.

Welche Antworten gibt die Expertenkommission auf diese Herausforderungen? Realistischerweise konnten die Erwartungen natürlich von vornherein nicht dahin gehen, dass die bei ihrer Einsetzung bewusst zusammengeführten

heterogenen Richtigkeitsvorstellungen der einzelnen Mitglieder am Ende in jedem Detail konsensuale Auflösung finden, sondern dass sich die Ergebnisse – soweit nicht bewusst mehrere divergierende Optionen gleichrangig nebeneinander gestellt werden – zwangsläufig auf das Ausloten des jeweils „Mindestgemeinsamen“²⁹ konzentrieren. So ist es auch nicht weiter überraschend, dass es selbst in der strukturellen Ausgangsfrage nach einer Zwei- oder Dreistufigkeit der Grundkonzeption keinen Konsens gibt, wohl aber die Mehrheit für die Beibehaltung des geltenden (dreistufigen) „Qualifizierungsmodells“ eintritt. Zur Begründung wird zum einen vorgebracht, dass das „historisch gewachsene Verständnis der Bevölkerung“ von einer Steigerbarkeit des Unrechts und/oder der Schuld vorsätzlicher Tötungstaten nicht irritiert werden dürfe; zum anderen sei ein differenzierendes Regelungskonzept vonnöten, um die auch tatsächlich bestehende Graduierbarkeit bei bestimmten Begehungsweisen oder bei Vorliegen bestimmter Motive adäquat erfassen zu können.³⁰ Diese Position, einstweilen kritiklos zugrunde gelegt,³¹ hätte aber zwingend eine hinreichende Klarheit darüber vorausgesetzt, welche Leitidee diese Steigerbarkeit materiell anleiten soll. Obgleich die Mehrheit der Annahme folgt, dass sich das Ensemble der künftigen Mordmerkmale auf vorgeordnete Leitprinzipien zurückführen lassen und daraus die nötige Sinngebung erlangen müsse, ist sich die Kommission ganz und gar einig in ihrer Uneinigkeit, nach welcher Maßgabe sich die künftige Mordqualifikation ausrichten sollte.³² Teilweise wird eine Orientierung am Momentum der „Gemeinschaftsbedrohlichkeit“ bzw. „Sozialgefährlichkeit“ präferiert³³ und dieses wiederum teilweise im Gedanken des „kumulierten Unrechts“³⁴ konkretisiert gesehen, überwiegend aber ebenso die „Verwerflichkeit“ für relevant gehalten. Daneben soll auch noch die Menschenwürdegarantie bzw. das Diskriminierungsverbot Orientierung geben, während die vom *Alternativ-Entwurf Leben* vorgeschlagene „Bedrohung der Lebenssicherheit der Allgemeinheit“³⁵ einhellig verworfen wird.³⁶ Von hier aus empfiehlt die Mehrheitsauffassung der Kommission sodann eine „moderate Ergänzung der Mordmerkmale“, die sich – leicht erkennbar – die speziellen Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG (warum aber nicht das behindertenbezogene Benachteiligungsverbot des S. 2?) zum Vorbild nimmt (Tötung „wegen der Abstammung“, der „ethnischen oder sonstigen Herkunft“, des „Glaubens oder der religiösen Anschauung“ und „aus rassistischen Beweggründen“)³⁷. Diese sol-

²² Eingehend zum verbrechenssystematischen Charakter der Mordmerkmale: Gerhold, Die Akzessorität der Teilnahme an Mord und Totschlag, 2014, S. 426 ff., 480 ff.

²³ So explizit die Fassung des § 211 StGB vor 1941; für eine Wiedereinführung G. Wolf, in: FS Schreiber, 2003, S. 519 (532); zu den zentralen Einwänden etwa Eser (Fn. 1), D 28 ff.

²⁴ S. Neumann in: NK-StGB, 4. Aufl. (2010), Vorb. § 211 Rn. 152; Saliger, ZStW 109 (1997), 306 ff.

²⁵ In diesem Sinne zuletzt u.a. auch der *AE-Leben* (Fn. 4): Bedrohung der Lebenssicherheit der Allgemeinheit; zur Kritik näher Grünwald (Fn. 10), S. 50 ff.: Verstoß gegen Tatschuldprinzip, Irrationalität etc.

²⁶ Dezidiert ablehnend statt vieler nur Schneider, in: MüKo-StGB, 2. Aufl. (2012), § 211 Rn. 10: „Verwerflichkeitsmodelle sind maßlos. Sie basieren auf beliebig ausdeutbaren Leerformeln, deren Erkenntnisgewinn von dem mehr oder weniger dezisionistischen Input an Vorgaben abhängt“.

²⁷ BGHSt 50, 80 ff.

²⁸ S. etwa BGH, Urt. v. 22.10.2014 – 5 StR 380/14, m. Anm. Grünwald, HRRS 2015, 162 ff.

²⁹ Aus rechtsphilosophischer Warte zum „Mindestgemeinsamen“: Schlüchter, NStZ 1984, 300 ff.

³⁰ Abschlussbericht (Fn. 6), S. 23.

³¹ S. nachfolgend III.

³² Abschlussbericht (Fn. 6), S. 28.

³³ Schneider, in: Abschlussbericht (Fn. 6), S. 111, 128.

³⁴ Ignor, in: Abschlussbericht (Fn. 6), S. 99.

³⁵ GA 2008, 193 ff.

³⁶ Abschlussbericht (Fn. 6), S. 29 f.

³⁷ A.a.O., S. 18, 38 f., dort auch zu weiteren, freilich abgelehnten Ergänzungsvorschlägen.

len die Motivgeneralklausel („aus niedrigen Beweggründen“) ergänzen, aber nicht ersetzen.³⁸ Eine weitere Ergänzung hat – in „zwingender Weiterentwicklung“ der Verwendung „gemeingefährlicher Mittel“ – die (versuchte) Tötung mehrerer Menschen innerhalb derselben Tat i.S.v. § 52 StGB zum Gegenstand.³⁹ Beibehalten will die Kommission des Weiteren auch die „Heimtücke“ jedenfalls „in ihrem Kernbereich“, obgleich diese durchaus als „dringend reformbedürftig“ angesehen wird; ihre künftige Gestalt will allerdings ein Teil der Kommissionsmitglieder in Anlehnung an § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB („hinterlistiger Überfall“) modifiziert wissen. Weil auf diese Weise freilich nach wie vor die Tötung von Kleinstkindern und Bewusstlosen nicht (ohne Weiteres) erfasst wird, schlägt die Kommissionsmehrheit als zusätzliches Mordmerkmal die „Ausnutzung einer aus anderen Gründen bestehenden Schutzlosigkeit“ vor.⁴⁰ Hinsichtlich der Rechtsfolge plädiert die Mehrheit für die Beibehaltung der lebenslangen Freiheitsstrafe, aber ebenso für eine Auflösung des sog. Exklusivitäts-Absolutheits-Mechanismus, ohne dass sich über die konkrete Weise dieser Auflösung (Optionen: Kodifizierung der Rechtsfolgenlösung bei erheblich reduzierten Unrechts; fakultative Strafmilderung; Strafzumessungsregelung für minder schwere Fälle; Ersetzung der Mordmerkmale durch indiziell wirkende Regelbeispiele)⁴¹ Einigkeit erzielen ließe.

III. Kritische Würdigung

Die vorstehend skizzierten Vorschläge der Expertenkommission lassen unschwer erkennen, dass die mit großem Aplomb angekündigten Reformüberlegungen im Kern ganz um das geltende Recht kreisen, damit aber das ursprünglich in den Blick genommene Reformpotential bei weitem nicht ausschöpfen. Dabei fällt vor allem ins Auge, dass auf die zu Beginn der aktuellen Reformdebatte angeführten Bedenken de facto gar keine Antwort gegeben wird: Wenn keines der bisherigen Mordmerkmale – eingeschlossen die als besonders problematisch geltenden der „Verdeckungsabsicht“⁴², „Habgier“⁴³ und der „sonst niedrigen Beweggründe“⁴⁴ – entfallen soll, kann von einer „Entnazifizierung“ durch Stärkung des Gesetzlichkeitsprinzips (jenseits der lediglich sprachlichen Bereinigung der tätertypologischen Terminologie) keine Rede sein. Denn dazu hätten die von vornherein täterbezogen auf „Gesinnungen“ abhebenden Mordmerkmale ebenso wie jene, die jedenfalls in der Deutung des *BGH* anfällig für subjektivierend-moralisierende Imprägnierungen sind (wie z.B. auch die „Grausamkeit“⁴⁵ bei Bezugnahme auf

eine „gefühllose, unbarmherzige Gesinnung“⁴⁶), gestrichen oder doch jedenfalls wesentlich – stärker tatbezogen – modifiziert werden müssen. Zu den geltenden aber lediglich noch ein paar weitere Mordmerkmale hinzuzufügen, beseitigt weder die bestehenden Anwendungsunsicherheiten noch das eklatante Begründungsdefizit im Hinblick auf den gesuchten verlässlichen Ausweis des Höchststrafwürdigen. Daran kann die vorgeschlagene Auflösung des strikten Konditionalverhältnisses von Normvoraussetzung (Mordmerkmal) und Rechtsfolge (lebenslange Freiheitsstrafe) nichts ändern, solange im Dunkeln bleibt, was zur jeweiligen Annahme einer erheblichen Unrechts- bzw. Schuldminde rung berechtigen soll. Ganz im Gegenteil würde dadurch nur die Gesetzesbindung weiter – und jetzt explizit – gelockert, was die Regelbeispielstechnik bekanntlich durch vordergründiges Ausweichen auf die Strafzumessungsebene nur mehr zu verschleiern sucht.⁴⁷

Im Besonderen lässt sich auch mit Blick auf das Haustyrrannen-Szenario nicht erkennen, dass auf der Grundlage der Kommissionsvorschläge künftig die unerwünschte Höchststrafe verlässlich abgewendet wäre. Die befürwortete Erweiterung des gerichtlichen Bewertungsspielraums kann justament deshalb nicht in abstracto die stete Annahme eines nicht der Indizwirkung folgenden, minderschweren bzw. zur fakultativen Strafmilderung berechtigenden Falles garantieren, während die vorgeschlagene Modifizierung des „Heimtücke“-Merkmals zugunsten des „hinterlistigen Überfalls“ in Konstellationen opferseitig vorgespielter Unterwürfigkeit etc. zwecks erzwungenen Zuwartens auf einen günstigen Augenblick eben keine tatbestandliche Ausgrenzung bewirken dürfte.⁴⁸ So hat der *Bundesgerichtshof* etwa im heimlichen Beibringen eines Schlaf- oder sonstigen Betäubungsmittels die Voraussetzungen bereits als gegeben erachtet.⁴⁹ Dieser Befund des Ungenügens der Reformüberlegungen ist umso bemerkenswerter, als die vorgeschlagene Modifikation der „Heimtücke“ doch gerade aufgrund der Einsicht erfolgte, dass die bisherige Formel vom „bewussten Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers (in feindlicher Willensrichtung)“⁵⁰ einen zu weiten Anwendungsbereich zur Folge habe.⁵¹ Nimmt man allerdings den auch von der Kommission diskutierten Gedanken ernst, wonach das Haustyrrannen-Szenario als ein „Akt der Selbstjustiz“⁵² in „notwehrähnlicher Lage“⁵³ erscheine, so sollte nicht im Wege einer „Sonderlösung“ pragmatisch-kompromisshaft eine „mittlere Strafe“ gesetzt, sondern unter Anwendung der allgemeinen Grundsätze eine konsequente Entscheidung getroffen werden, ob eine solche Tötungstat unter

³⁸ A.a.O., S. 35.

³⁹ A.a.O., S. 51 f.

⁴⁰ A.a.O., S. 19, 44.

⁴¹ A.a.O., S. 21, 53 ff.

⁴² A.a.O., S. 50.

⁴³ A.a.O., S. 34.

⁴⁴ A.a.O., S. 36.

⁴⁵ A.a.O., S. 45 f.: soll beibehalten werden.

⁴⁶ BGHSt 3, 180; *BGH*, NStZ 1982, 379; NJW 1986, 265 (266); krit. *Schneider*, in: MüKo-StGB, § 211 Rn. 140 ff.; *Neumann* in: NK-StGB, § 211 Rn. 79.

⁴⁷ Grdl. zur Kritik *Eisele*, Die Regelbeispielmethode im Strafrecht, 2004.

⁴⁸ Weil bereits hierin ein planmäßiges, auf Verdeckung der wahren Absichten berechnendes Vorgehen (*BGH*, NStZ 2004, 93; NStZ 2007, 702; NStZ-RR 2009, 77; NStZ 2012, 698) zu sehen sein dürfte.

⁴⁹ Vgl. *BGH*, NStZ 1992, 490; NStZ-RR 1996, 100; NStZ 2009, 505 (506).

⁵⁰ St. Rspr., vgl. etwa BGHSt 32, 382 (383); 39, 353 (368); 48, 255 (256).

⁵¹ Abschlussbericht (Fn. 6), S. 19.

⁵² A.a.O., S. 126.

⁵³ A.a.O., S. 138 f.

engen Voraussetzungen (insbesondere wegen der faktischen oder jedenfalls vorgestellten Ausweglosigkeit) im Einzelfall akzeptiert (§ 32 oder § 34 StGB⁵⁴ bzw. Erlaubnistatumsstandsirrturn) bzw. geduldet (Verbotsirrturn, übergesetzlicher entschuldigender Notstand bzw. § 35 Abs. 2 StGB analog⁵⁵) werden kann oder nicht. Die weithin so empfundene „Ungerechtigkeit“ bei Verhängung der Höchststrafe resultiert dann aber nicht etwa aus einer fehlerhaften Klassifizierung des tatbestandlichen Unrechts, sondern – weit grundsätzlicher – aus dem Umstand, dass das geltende Recht in seinen allgemeinen Grundlagen (nach vorherrschender Auslegung) die tatprägende Selbsthelfelage des tyrannisierten Opfers für irrelevant erklärt – wobei noch zu klären wäre, ob dies durch eine sozialpsychologisch unsensible, allein auf generalpräventive „Strafbedürfnisse“ ausgerichtete Strafjustiz oder durch eine ungenügende Gesetzeslage bedingt ist.

Eine punktuelle Erweiterung des bisherigen Bestandes an Mordmerkmalen erhöht schließlich zugleich das Willkürproblem⁵⁶, das sich in der allgemeinen Unfähigkeit zeigt, für die jeweils behauptete Höchststrafwürdigkeit einen kohärenten Leitmaßstab angeben zu können. So wirken die Kommissionsvorschläge in ihren konkreten Empfehlungen wie Zurückweisungen – noch dazu mit Blick auf die zahlreichen Stimmenthaltungen – eher zufallsbedingt, was sich noch verstärkt, wenn rechtsvergleichend auf den Möglichkeitsraum weiterer – bislang noch nicht „entdeckter“ – Mordmerkmale rekurriert wird: so z.B. die „wiederholte Tötung“ bzw. „Tötung eines Amtsträgers“ nach Art. 148 polnStGB, die „skrupellose Tötung“ nach Art. 112 schwStGB bzw. eine solche im Rahmen einer „organisierten Bande“ nach Art. 221-4 Nr. 8 des französischen Code pénale⁵⁷, die Tötung „eines Verwandten in aufsteigender Linie oder eines Abkömmlings“ nach Art. 450 türkStGB oder mit einer „unerlaubt mitgeführten Schusswaffe“ (Vorschlag *Eser*)⁵⁸ usw. So sehr diese Divergenzen auch Ausdruck gesellschaftsbezogen heterogener Kriminalitätsphänomene und kultureller Besonderheiten sein mögen, bedürfte es jedoch näherer Gründe für die dem künftigen § 211 dStGB zugeschriebenen Mordmerkmale, um diese als wohlerwogenes Resultat kriminalsoziologischer wie normativer Analysen auffassen zu können. Die Expertenkommission folgt in ihrem Ausgangspunkt diesem Anspruch nach Rationalität, wenn sie akzeptiert, dass die Mordmerkmale sich aus Leitprinzipien deduzieren lassen müssen;⁵⁹ sie kann diesen Anspruch aber nicht einlösen, wenn sie es sodann bei einem arbiträren Nebeneinander (kommissionsmehrheitlich) plausibel erscheinender Topoi bewenden lässt. Wenn aber nicht begründet werden

kann, was die Unrechtssteigerung eines „Mordes“ im Vergleich zum Regelfall eines vorsätzlichen Tötungsdelikts überhaupt ausmachen soll, so ist es aus Sicht einer rationalen Kriminalpolitik geboten, hiervon Abstand zu nehmen.

Eine solche Abkehr vom dreistufigen Konzept der Tötungsdelikte liegt auch deshalb nahe, weil sich mit Blick auf die „Höchstwertigkeit“ des Rechtsguts „Leben“⁶⁰ eine nochmalige Steigerung in der Verletzungsdimension nur noch schwer plausibilisieren lässt, mithin der Etikettierung des Grundtypus vorsätzlicher Fremdtötung bloß als „Totschlag“ eine „inzidente Abwertung“ immanent ist.⁶¹ Wie bereits *Gunther Arzt* prägnant festgehalten hatte: „Welche Geringschätzung des Rechtsguts Leben liegt dem geltenden Recht (...) zugrunde, wenn die vorsätzliche Lebensverletzung nur mit zeitiger Freiheitsstrafe bedroht ist, und welche Überschätzung der Mordmerkmale (...), wenn [erst] ihr Hinzutreten zur Anhebung der Strafe (...) auf lebenslänglich führt“⁶². Die Entfernung vom eigentlich intendierten Rechtsgüterschutz der §§ 211 ff. StGB zeigt sich unschwer im Lichte der klassifikatorischen Qualität menschlichen Lebens, das anders als andere Rechtsgüter nicht mehr oder weniger, sondern stets nur ganz oder gar nicht betroffen sein kann. Dementsprechend lässt sich eine Gradualisierung des vorsätzlichen Tötungsunrechts – und eine solche wird mit der „Qualifikationsthese“ denknotwendig postuliert – nicht auf der Seite des Erfolgs-, sondern allein des Handlungsunrechts vorstellen.⁶³ Denn selbst bei einer Rechtsgüterkumulation wie etwa beim „Raubmord“ stehen die zusätzlich betroffenen Rechtsgüter (hier: Eigentum, Willensentschlussfreiheit) nicht etwa im Plus-Minus-, sondern in einem Aliud-Verhältnis zum menschlichen Leben. Dementsprechend kann es auch bei behaupteter zusätzlicher Betroffenheit der Menschenwürdegarantie (denkbar z.B. bei der „grausamen Tötung“, anvisiert bei den ergänzungshalber vorgeschlagenen diskriminierungsbezogenen Mordmerkmalen)⁶⁴ nicht anders liegen. Eine Erhöhung auf Seiten des Handlungsunrechts wäre zwar bei Vorliegen besonderer Schutzpflichten (vgl. § 13 StGB) grundsätzlich konstruierbar;⁶⁵ nur gewinnt auch dieses Handlungsrecht sein deliktisches Gewicht erst aus dem intendierten Erfolg,⁶⁶ oder pointiert mit *Erich Samson*: „Alles das, was den Handlungsunwert ausmacht, ist intendierter Erfolgsunwert“⁶⁷. In diesem Lichte lässt sich jedoch das deliktische Unrecht lediglich nach Maßgabe der – objektiven oder subjektiven – „Erfolgsmächtigkeit“⁶⁸ quantifizieren, ob also dem rechtsgutsbezogen als schutzwürdig ausgewiesenen Tatobjekt tatsächlich Schaden zugefügt (oder es

⁵⁴ Für eine Anwendung des § 34 StGB: *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, 1994, S. 268 f.; *Erb*, in: MüKo-StGB, § 34 Rn. 157 f.; *Neumann*, in: NK-StGB, § 34 Rn. 90; *Otto*, NSZ 2004, 142 ff.

⁵⁵ Zum Entschuldigungsirrturn in diesen Fällen u.a. *Haverkamp*, GA 2006, 586 ff.; *Spendel*, in: FS Schmitt, 1992, S. 205 (208 f. und 213 f.); *Welke*, ZRP 2004, 15 ff.

⁵⁶ S. o. bei Fn. 23 ff.

⁵⁷ Ähnlich *AE-Leben*, GA 2008, 193 (200); aktueller deutsch-französischer Vergleich zum Mordtatbestand in *Mitsch/Giraud*, ZJS 2013, 567 ff.

⁵⁸ Gutachten D zum 53. Deutschen Juristentag, 1980 (Fn. 1), S. 172, 200.

⁵⁹ Abschlussbericht (Fn. 6), S. 28.

⁶⁰ Vgl. etwa BVerfGE 39, 1 (42); 46, 160 (164); 49, 24 (53); *BVerfG*, NJW 1999, 3399 (3401); 2006, 891 (892); 2013, 1663 (1664); 2014, 2176.

⁶¹ So bereits die Stellungnahme des *DAV* zur Reform der Tötungsdelikte vom Januar 2014, S. 25 f.; ebenso *Grünwald*, Reform der Tötungsdelikte, 2016, S. 12 f.

⁶² *Arzt*, ZStW 83 (1971), 1 (12 f.).

⁶³ Dazu näher *Hauck*, HRRS 2016, 230 (232 ff.).

⁶⁴ S. o. bei Fn. 37 ff.

⁶⁵ Dazu näher *Grünwald* (Fn. 10), S. 178 ff.

⁶⁶ Zu dieser Grundeinsicht im Einzelnen *Hirsch*, in: Meurer-Gedächtnisschrift 2002, S. 3 ff. (insb. 14 f.).

⁶⁷ *Samson*, in: FS Grünwald, 1999, S. 585 (595).

⁶⁸ *A.a.O.*, S. 585 (599).

lediglich gefährdet) wurde und der Täter dies planvollzielgerichtet angestrebt (oder lediglich versehentlich bewirkt) hat. Ist der Unrechtserfolg in objektiver wie subjektiver Dimension vollumfänglich verwirklicht und für sich nicht quantifizierbar, so kommt innerhalb dieser Unrechtsdimension dem Umstand einer besonderen Pflicht zur Fürsorge kein nennenswertes eigenes mehr Gewicht zu.

Die Vorteile des sog. „Privilegierungsmodells“⁶⁹, das in Anlehnung etwa an §§ 75 f. öStGB bereits die vorsätzliche Tötung eines anderen Menschen stets als „Mord“ bezeichnet, liegen auf der Hand: Es trägt der Höchststrangigkeit des Rechtsguts „(menschliches) Leben“ gebührend Rechnung und kann daher auf die – mutmaßlich ausweglose⁷⁰ – Suche nach einem umfassenden, rational begründeten Ensemble von Mordmerkmalen verzichten. Es erübrigt sich damit zugleich der – wenig erhellende und nur mehr intellektuelle Ressourcen vergeudende – Streit um das strafsystematische Verhältnis zwischen „Mord“ und „Totschlag“ und infolgedessen ebenso jener weitere um § 28 Abs. 1 bzw. 2 StGB. Zudem dürfte die Kennzeichnung jeder vorsätzlichen Tötungstat als „Mord“ der Anschauung der Bevölkerung – anders als die Mehrheitsposition der Expertenkommission offenbar geblendet von der jahrzehntelangen rein juristischen Geltung meinte⁷¹ – weit näher stehen als das Hinzudenken weiterer, freilich unter dem Blickwinkel des Lebensschutzes irrelevanter Gesichtspunkte („Mordmerkmale“).⁷² Eine dahingehende – „zweistufige“ – Konzeption⁷³ wirft jedoch das bislang offenbar nicht in der nötigen Schärfe erkannte Folgeproblem auf, wie sich dann – ohne Gefahr des Selbstwiderspruches – noch eine „Gradualisierung nach unten“ begründen lassen sollte.⁷⁴ Der in diesem Sinne innerhalb der Expertenkommission von *Deckers/Grünwald/König/Safferling* formulierte Reformvorschlag will den bisherigen benannten minderschweren Fall des § 213 Alt. 1 StGB (Provokationsvariante) zu einem eindeutigen⁷⁵ Privilegierungstatbestand umgestalten. Wenn dabei betont wird, dass die künftige Fassung der bisherigen extensiven Auslegung entgegenwirken solle, mit der das Rechtsgut „Leben“ in der Vergangenheit abgewertet worden sei,⁷⁶ lässt

sich aber nicht erkennen, wie dieser Effekt bei Anerkennung von Privilegierungstatbeständen überhaupt vermieden werden könnte. Schließlich ist solcher Zweistufigkeit doch denknötwendig die Annahme zweier unterschiedlich „wertiger“ Klassen von Tötungsdelikten immanent, von der die eine – trotz vorsätzlicher Zerstörung menschlichen Lebens – weniger schwerwiegendes Unrecht darstellte. Die darin liegende „Abwertung“ mag in ihrer sachlichen Reichweite von geringerem Ausmaß sein verglichen mit dem geltenden § 213 StGB; sie besteht jedoch dem Grunde nach und kollidiert daher mit der Grundthese von der Nichtabstufbarkeit des (vorsätzlichen) Tötungsunrechts. In gleicher Weise gilt dies freilich auch für den geltenden § 216 StGB, der erstaunlicherweise (trotz eingeräumter Reformbedürftigkeit)⁷⁷ aus der Reformdebatte und den Diskussionen der Expertenkommission gänzlich ausgeschlossen war, und ebenso den neuen Straftatbestand der „geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung“ (§ 217 StGB). Es sollte sich eigentlich von selbst verstehen, dass eine konsistente Reform der Tötungsdelikte zwingend der Einbeziehung sämtlicher Normen und Sachgesichtspunkte des strafrechtlichen Lebensschutzes (in Bezug auf geborene Menschen) bedarf.

Für den neuen § 217 StGB ist allerdings anerkannt, dass es sich hierbei gar nicht um ein Tötungsdelikt im eigentlichen Sinne, sondern um ein abstraktes Gefährdungsdelikt handelt.⁷⁸ Die Strafdrohung setzt im weiten Vorfeld einer möglichen Beeinträchtigung des intendierten „Integritäts- und Autonomieschutzes“⁷⁹ an und ist daher nicht als Schwächung, sondern als (allerdings die Freiheitlichkeit bedenklich einschränkende)⁸⁰ Verstärkung des Lebensschutzes aufzufassen. Nicht anders liegt es aber auch für § 216 StGB: Denn nur bei Annahme einer solchen „Verdünnung“ des Rechtsgutsangriffs lässt sich die ausweislich des Strafrahmens geringere Unrechtsqualität erklären,⁸¹ nachdem das Opferverlangen nach den Gesetzen der Logik nicht zugleich relevant – zugunsten einer Unrechtsminderung – wie irrelevant – weil das Unrecht nicht abschließend (sog. „Einwilligungssperre“) – sein kann. Auf der Basis der Einwilligungsdoktrin könnte die Verantwortungszuschreibung an die Adresse des Sterbewilligen ge-

⁶⁹ Zum konkreten Gesetzesvorschlag s. Abschlussbericht (Fn. 6), S. 90 ff. und *Grünwald* (Fn. 61), S. 57 ff.; s. auch schon *Eser* (Fn. 1), S. 34 ff., 199 f.; *Müssig*, Mord und Totschlag, 2005, S. 308 ff.; dediziert mit eingehender Begründung auch *Sotelsek*, Zur Quantifizierung von Unrecht und Schuld bei vorsätzlichen Tötungen, 2012, S. 270 ff., 342 ff.; zuletzt *Deckers/Fischer/König/Bernsmann*, NStZ 2014, 9 (15); *Köhne*, ZRP 2014, 21 (24); *Kubiciel*, in: FS von Heintschel-Heinegg, 2015, S. 267 (273).

⁷⁰ Bekanntes Bonmot von *Franz v. Liszt*, in: Birkmeyer u.a. (Hrsg.), Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Bd. 5 (1905), S. 68: „Das Problem, zu einer neuen Begriffsbestimmung des Mordes zu gelangen, ist nicht gelöst. Das ist kein Vorwurf: denn das Problem selbst ist unlösbar“.

⁷¹ Abschlussbericht (Fn. 6), S. 23.

⁷² Zutreffend *Kubiciel*, in: FS von Heintschel-Heinegg, 2015, S. 267 f.

⁷³ In diesem Sinne u.a. bereits *Eser* (Fn. 1), S. 200; zuletzt *Kubiciel*, ZRP 2015, 194 (196).

⁷⁴ Einziger Kritiker – soweit ersichtlich – *Mitsch*, JR 2015, 122 (126): „...womit es zu rechtfertigen ist, dass allein mit den mildernden Umständen eine Tatbestandsverschiebung verknüpft wird, während den schärfenden Umständen lediglich Einfluss auf die Strafzumessung zuerkannt wird“.

⁷⁵ Schon nach geltendem Recht wird § 213 StGB teilweise als Unrechtsminderung aufgefasst, s. etwa *Deckers*, in: FS Rieß, 2002, S. 651 (665 ff.); *Zwiehoff*, Die provozierte Tötung, 2001, S. 7 ff.

⁷⁶ *Grünwald* (Fn. 61), S. 62.

⁷⁷ Deutlich *Grünwald* (Fn. 61), S. 51: „...sei aber nur beiläufig erwähnt“.

⁷⁸ So ausdrücklich BT-Drs. 18/5373, S. 17; *Duttge*, NJW 2016, 120 (121 f.).

⁷⁹ BT-Drs. 18/5373, S. 10.

⁸⁰ S. etwa die »Resolution deutscher Strafrechtslehrer/Innen gegen die Strafbarkeit des assistierten Suizids« in: medstra 2015, 129 ff.; weiterhin z.B. *Hillenkamp*, in: FS Kühl, 2014, S. 521 ff.; *Neumann*, medstra 2015, 16 ff.; *Saliger*, medstra 2015, 132 ff.; *Verrel*, in: FS Paeffgen, 2015, S. 331 ff.

⁸¹ So bereits *Müller*, § 216 StGB als Verbot abstrakter Gefährdung, 2010, insbes. S. 103 ff.; zuvor bereits *Antoine*, Aktive Sterbehilfe in der Grundrechtsordnung, 2004, S. 380 ff., 394; *Jakobs*, in: FS Arthur Kaufmann, 1993, S. 459 (467 f.) und in: Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtsreform, 1998, S. 23.

maß dem tradierten Rechtsprinzip des „volenti non fit iniuria“ stets nur eine vollständige und keine „halbe“ sein. Dementsprechend kann es sich auch bei § 216 StGB entgegen der insoweit missverständlichen Terminologie nicht um ein „Tötungsdelikt“, sondern muss es sich um die tatbestandliche Kennzeichnung eines gegenüber §§ 211 f. StGB eigenständigen, vorverlagerten Rechtsgutsangriff handeln. Damit entfällt aber der gesetzssystematische Anknüpfungspunkt für die vorgeschlagene tatbestandliche Vertyperung der bisherigen Strafzumessungsvorschrift des § 213 StGB.⁸² Davon abgesehen bliebe auch hier unerfindlich, wie die postulierte „Verantwortungszuschreibung aufgrund des unmittelbar vorausgegangenen Opferverhaltens“ auf Unrechtsebene nur „partiell“⁸³ wirken können soll. Die Expertenkommission hat sich daher zu Recht für eine (grundsätzliche) Beibehaltung des § 213 StGB im bisherigen verbrechenssystematischen Gewande ausgesprochen.⁸⁴ Im Übrigen stünde jedes Konzept mit Privilegierungstatbeständen vor demselben – mutmaßlich unlösbaren – Problem wie die bestehende Struktur mit qualifizierenden Mordmerkmalen: jenem der abschließenden Erfassung in toto kohärenter und je für sich sachadäquater privilegierender Umstände.⁸⁵ § 213 StGB hingegen als Korrektiv zur Sicherung eines schuldangemessenen Strafens beizubehalten legte es nahe, sich mitnichten auf die Provokationsalternative zu beschränken,⁸⁶ mag die bestehende „Konturenlosigkeit“⁸⁷ der 2. Alt. auch zur Ausprägung weiterer Typisierungen drängen.

IV. Der aktuelle Referentenentwurf

Es bestand allseits gespannte Erwartung, wie das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz das Füllhorn des über 900 Seiten starken Abschlussberichts der Expertenkommission nutzen würde. Der seit kurzem vorliegende Referentenentwurf sieht durchaus einigen Änderungsbedarf des „bisher unbefriedigenden Rechtszustandes“, bezieht die missverständlich so bezeichnete „grundlegende Reform der Tötungsdelikte“⁸⁸ aber im Wesentlichen auf eine neue Nummerierung der Tatbestände mitsamt eines „Platztausches“ zwischen Totschlag (§ 211 StGB-E) und Mord (§ 212 StGB-E)⁸⁹ bzw. fahrlässiger Tötung (§ 215 StGB-E)⁹⁰ und Aussetzung (§ 216 StGB-E), ohne die Sinnhaftigkeit dieser kosmetischen „Neuordnung des 16. Abschnitts“⁹¹ angesichts der damit einhergehenden „Kollateralschäden“ in normativer wie rechtstat-sächlicher Hinsicht selbstkritisch zu überdenken. Dies fällt umso mehr ins Auge, als sich der Entwurf in der Sache justament „im Interesse der Rechtssicherheit“ auf die „drängendsten praktischen Probleme“ beschränken und

sich „weitergehende Reformvorschläge“ erklärtermaßen nicht zu eigen machen will.⁹² Mit anderen Worten soll also die Rechtssicherheit bei einem Zwang zum allseitigen Neuerlernen der äußerlichen Gesetzssystematik nicht gefährdet sein, wohl aber einer grundlegenden Verbesserung der Gesetzeslage im Sinne der sachgedanklichen Zusammenhänge entgegenstehen.

Dabei räumt das Ministerium durchaus ein, „dass die Abgrenzung zwischen Mord und Totschlag von jeher als schwierig und in gewissem Umfang als unbefriedigend empfunden wurde“. Wie schon in BVerfGE 45, 187 ff. festgestellt ist, habe „die Methode der Abgrenzung beider Tatbestände ... schon immer große Schwierigkeiten bereitet; bisher sei keine voll befriedigende Lösung gefunden worden“⁹³. Obgleich das geltende Recht somit zugestanden kein rational erklärbares Grundkonzept aufweist, soll dieses beibehalten werden, um „Rechtsunsicherheiten, die mit gravierenden Rechtsänderungen einhergehen können, zu vermeiden“⁹⁴. Gewiss würde eine „große Lösung“ dem Strafjustizapparat Mehraufwand beim Übergang zur rechtspraktischen Operationalisierung eines neuen Konzepts der Tötungsdelikte bereiten; dies hält die Rechtspolitik aber sonst – auch im „Kernbereich des Strafrechts“ (wie zuletzt etwa mit § 217 StGB) – keineswegs davon ab, das für „richtig“ Gehaltene ohne Rücksicht auf Folgeprobleme in Gesetzesform zu gießen. Vor diesem Hintergrund muss die Zurückhaltung des Referentenentwurfs überraschen und eher als Kapitulation vor der eigentlichen Sachaufgabe („grundlegende Reform der Tötungsdelikte“)⁹⁵ verstanden werden, die mit Hilfe des wenig plausiblen Verweises auf eine angeblich bedrohte „gesellschaftliche Akzeptanz“⁹⁶ nur notdürftig kaschiert wird.

Die Entwurfsverfasser beruhigen sich zudem mit der Annahme, dass eine „moderate Öffnung auf der Rechtsfolgenreise des Mordes“ die Problematik der richterrechtlichen „Umgehungsstrategien“ beseitigen könne. So schlägt der Entwurf – wie zuvor auch schon die Expertenkommission⁹⁷ – eine Kodifizierung der sog. „Rechtsfolgenlösung“ vor, d.h. einen besonderen Strafmilderungsgrund, der in Fällen einer Tötung „aus Verzweigung ... in einer ausweglos erscheinenden Konfliktlage“ die Verhängung einer zeitigen Freiheitsstrafe (von fünf bis 15 Jahren) statt der lebenslangen Freiheitsstrafe zulässt (§ 212 Abs. 2 Nr. 1 StGB-E). Auch dieser, ersichtlich auf Haustyrannen- und vergleichbare Szenarien bezogene Vorschlag – von den Entwurfsverfassern selbst als „Kernstück“ des

⁸² S. Grünewald (Fn. 61), S. 58: Die neue Privilegierung des § 212 StGB n.F. (Provokation) „... fügt sich ein in das geltende Recht“.

⁸³ So aber Abschlussbericht (Fn. 6), S. 92 (Reformentwurf *Deckers/Grünewald/König/Safferling*); Grünewald (Fn. 61), S. 40 ff. Abschlussbericht (Fn. 6), S. 19, 22.

⁸⁴ S. z.B. den Erweiterungsvorschlag von Dölling, a.a.O., S. 94 f.: „Tötung aus Verzweigung, um sich ... aus einer ihm ausweglos erscheinenden und allgemein begreiflichen Konfliktlage zu befreien“.

⁸⁵ A.a.O., S. 90 (Reformentwurf *Deckers/Grünewald/König/Safferling*) und Grünewald (Fn. 61), S. 40 ff., 57 ff., bei Annahme einer ausschließlichen unrechtsmindernden Relevanz.

⁸⁶ Schneider, in: MüKo-StGB, § 213 Rn. 7.

⁸⁷ Referentenentwurf, S. 10.

⁸⁸ Referentenentwurf, S. 10.

⁸⁹ Um damit im Sinne der bisher h.L. das Verhältnis von Mord und Totschlag im Sinne der Qualifikationsthese klarzustellen, s. Referentenentwurf, S. 16, 23.

⁹⁰ En passant soll dabei „im Hinblick auf den hohen verfassungsrechtlichen Rang des menschlichen Lebens“ (Referentenentwurf, S. 36) der Strafrahmen für „leichtfertige“ Begehung auf sechs Monate bis zu einer Freiheitsstrafe von zehn Jahren erhöht werden.

⁹¹ Referentenentwurf, S. 2.

⁹² A.a.O., S. 2 f.

⁹³ A.a.O., S. 16 f.

⁹⁴ A.a.O., S. 17.

⁹⁵ Oben Fn. 88.

⁹⁶ Referentenentwurf, S. 17.

⁹⁷ Abschlussbericht (Fn. 6), S. 57 f.

Reformentwurf bezeichnet⁹⁸ – muss erstaunen: Verstand sich der in BGHSt 30, 105 ff. beschriebene Weg doch stets nur als „Notlösung“ für „punktuelle Extremfälle“⁹⁹ auf dem Boden der vorherrschenden Deutung des „Heimtücke“-Merkmals und der vergeblichen Suche nach dessen angemessener tatbestandlicher Reduktion. Der Gesetzgeber ist hieran nicht gebunden und könnte durchaus sicherstellen, dass solche Fälle – auf dem Boden des fortbestehenden „Qualifikationsmodells“ – künftig lediglich als Totschlag geahndet werden. Wenn das Etikett „Mord“ jetzt aber offenbar auch weiterhin Anwendung finden und lediglich auf der Rechtsfolgenseite die lebenslange Freiheitsstrafe vermieden werden soll (was im Übrigen bei einem Strafmilderungsgrund wegen der hier erforderlichen „Gesamtwürdigung“ niemals für jeden Einzelfall garantiert wäre), so entspricht dies weder den Erwartungen an eine adäquate strafrechtliche Beurteilung noch den Anforderungen des Schuld- und des Gesetzlichkeitsprinzips. Danach bedarf es einer wertbezogenen „Stimmigkeit“ zwischen Rechtsfolge und Unrechtstypus, der seinerseits in seinen wesentlichen Grunddaten gesetzlich (d.h. tatbestandlich) bestimmt sein muss. Es ist daher inkonsistent, einerseits an der Zuschreibung des denkbar schwersten Unrechts („Mord“) festzuhalten und zugleich hiervon einen Teil aus der sonst geltenden höchsten Strafdrohung auszunehmen. Der Referentenentwurf verweigert sich dieser Aufgabe jedoch von vornherein, weil die von ihm vorgeschlagene Alternative zum bisherigen „Heimtücke“-Merkmal – das „Ausnutzen der Wehrlosigkeit“ des Opfers (§ 212 Abs. 1 Nr. 1 StGB-E)¹⁰⁰ – nicht etwa eine Reduktion, sondern gerade umgekehrt eine Ausweitung unter Einbeziehung zum Argwohn konstitutionell nicht befähigter Opfer (Kleinkinder, Bewusstlose etc.) zum Ziel hat.¹⁰¹

Auch hinsichtlich der Höchststrafe „lebenslang“ bleibt der Referentenentwurf konservativ. Hierzu rekurriert die Entwurfsbegründung aber bemerkenswerterweise auf den „hohen Wert des Rechtsgutes Leben“, dem gegenüber es nicht angemessen sei, von der (nominell, siehe § 57a StGB) lebenslangen Freiheitsstrafe jedenfalls als Regelsanktion abzurücken.¹⁰² Auch die Expertenkommission hatte sich bereits weit mehrheitlich dazu bekannt, dass dieser exceptionellen Strafandrohung gleichsam als „Leitwahrung des Strafrechts“ eine wichtige integrative „Kommunikations-, Symbol- und Signalfunktion“ zukomme, womit der „absolute Geltungsanspruch des Tötungstabus“ bekräftigt und den „Vergeltungserwartungen der Allgemeinheit“ Rechnung getragen werde.¹⁰³ In der Tat würde mit einer konkreten Limitierung der Höchststrafe schon in der abstrakt-generellen Strafandrohung im Lichte des übergreifenden Proportionalitätsgebotes der missverständliche Eindruck erweckt, als könne die vorsätzliche

Tötung von Menschenleben generaliter – ohne Ansehung des konkreten Tatgeschehens – in eine limitierte Sanktion „umgerechnet“ werden. Damit würde aber die Exceptionalität der Tat verfehlt. Von hier aus erweist sich die beliebte Metapher von der Unhaltbarkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe, weil diese nur einer „unbegrenzten Schuld“ angemessen wäre,¹⁰⁴ als Fehlintuition: Es handelt sich bei der lebenslangen Freiheitsstrafe selbstredend nicht um eine „unbegrenzte“, sondern um eine naturgesetzlich begrenzte Strafe; nur umfasst diese – noch einmal: lediglich nominell, längst nicht mehr de facto¹⁰⁵ – das Maximum des Möglichen, was allerdings dem Maximum an Unrecht durchaus äquivalent ist. Ein Verstoß gegen das Schuldprinzip lässt sich darin also – noch dazu bei der in praxi regelhaften vorzeitigen Aussetzung zur Bewährung – nicht erkennen.¹⁰⁶ Wenn dies aber auch nach Ansicht der Entwurfsverfasser mit Rücksicht auf die überragende Wertigkeit menschlichen Lebens zutreffen sollte, so lässt sich auf dieser gedanklichen Grundlage keine weitere Unrechts- (oder Schuld-)steigerung mehr postulieren.¹⁰⁷

V. Ausblick

Nach dem Vorstehenden lässt sich abschließend – in Thesenform – skizzieren, welche Grunddeterminanten eine Reform der Tötungsdelikte, die diese Bezeichnung tatsächlich verdiente, zu beachten hätte:

1. Die dem dreistufigen Modell immanente Annahme einer – quantitativen oder qualitativen – Steigerungsmöglichkeit in Bezug auf das Unrecht der vorsätzlichen Tötung untergräbt den besonderen Wert- und Geltungsanspruch menschlichen Lebens. Diesem lässt sich nur dann gerecht werden, wenn die vorsätzliche Tötung als „Mord“ bezeichnet und – grundsätzlich – auch mit einer exceptionellen Strafe geahndet wird.
2. Die Androhung einer „absoluten“ Strafe (lebenslange Freiheitsstrafe) ist der Höchstwertigkeit des betroffenen Rechtsguts nicht unangemessen und sollte aus generalpräventiven Gründen beibehalten werden. Eine Aufweichung dieser Strenge um des Resozialisierungsgebotes willen muss nicht in § 211 StGB erfolgen, sondern ist mit § 57a StGB bereits Gegenstand des geltenden Rechts.¹⁰⁸
3. Auch das zweistufige Privilegierungsmodell, das sich auf die (abschließende) Benennung privilegierender Merkmale beschränkt, postuliert selbstwidersprüchlich eine Gradualisierbarkeit von Tötungsunrecht. Zudem kann es ebenso wenig der Willkürproblematik hinsichtlich der Auswahl unrechtsmindernder Aspekte entgehen.

⁹⁸ Vgl. Referentenentwurf, S. 18.

⁹⁹ Eser, in: FS Kargl, 2015, S. 91 (95).

¹⁰⁰ In diesem Sinne zuvor bereits Mitsch, JR 2015, 122 (123).

¹⁰¹ Ebd. sowie S. 26 f.

¹⁰² Referentenentwurf, S. 17.

¹⁰³ Abschlussbericht (Fn. 6), S. 53 f.

¹⁰⁴ In diesem Sinne v.a. Merkel, a.a.O., S. 119.

¹⁰⁵ Der Referentenentwurf lässt § 57a StGB gänzlich unverändert; auch der Abschlussbericht hat sich – knapp mehrheitlich – für eine grundsätzliche Beibehaltung ausgesprochen (Fn. 6, S. 64).

¹⁰⁶ So aber Ignor, in: Abschlussbericht (Fn. 6), S. 101 f.; Kaspar/Höf-ler, GA 2015, 453 ff.; T. Walter, NSZ 2014, 368 (374 ff.).

¹⁰⁷ Zutreffend Grünwald (Fn. 61), S. 59.

¹⁰⁸ Wie hier bereits Kubiciel, in: FS von Heintschel-Heinegg, 2015, S. 267 (274): § 57a StGB als sanktionsrechtliche „Relativierung der absoluten Strafandrohung“.

4. Schuld mindernde Aspekte der konkreten Tat lassen sich adäquat nur in der Form eines besonderen Strafmilderungsgrundes erfassen. Hierfür bietet der geltende § 213 StGB – im Sinne eines „kombinierten Konflikt- und Affektmodells“¹⁰⁹ – bereits einen gesetzlichen Anknüpfungspunkt. Weitere schuld mindernde Konstellationen sollten nicht von vornherein ausgeschlossen werden; deren Typisierung wäre wünschenswert,¹¹⁰ ist aber durch das Gesetzlichkeitsprinzip nicht zwingend geboten. Ansonsten müssten sämtliche im StGB enthaltenen Regelungen mit unbenannten minderschweren Fällen gleichermaßen für verfassungswidrig erklärt werden.

5. Daraus ergibt sich folgender Alternativvorschlag:

§ 211 StGB (*Mord*):

- (1) Wer einen anderen Menschen tötet, wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.
- (2) In minder schweren Fällen ist die Strafe nach § 49 Abs. 1 StGB zu mildern. Ein solcher liegt in der Regel vor, wenn der Täter ohne eigene Schuld durch eine ihm oder einer ihm nahestehenden Person zugefügte schwere Beleidigung, Misshandlung oder sonstige Rechtsverletzung zum Zorn gereizt und dadurch unmittelbar zur Tat veranlasst worden ist.¹¹¹

¹⁰⁹ Gegen jedwede Berücksichtigung von Affekten im Sinne eines reinen Konfliktmodells aber *Grünwald* (Fn. 61), S. 55 f.

¹¹⁰ S. bereits o. bei Fn. 86 f.

¹¹¹ § 211 Abs. 2 S. 2 StGB-Alternativvorschlag greift den bisherigen § 213 StGB in der modifizierten Fassung des Referentenentwurfs auf.

Zwischenruf: § 103 StGB – ist das noch Recht oder kann das weg?

von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch*

Abstract

Im Schnellverfahren ohne breite Diskussion des für und wider soll § 103 StGB ersatzlos abgeschafft werden. Beschlossen hat dies die Politik im Zusammenwirken mit den Medien und der Öffentlichkeit. Die Strafrechtswissenschaft wurde souverän ausgebremst, mahnende Stimmen, die von übereilten Maßnahmen abraten, werden übertönt. Entsprechend dünn ist das Fundament der sachlichen Argumente. Über Fragen des Rechtsgüterschutzes wird nicht gesprochen. Der Beitrag regt einen gelassenen und nüchternen Umgang mit der Thematik an. Für gesetzgeberische Eile besteht kein Anlass. Zunächst sollten die relevanten Erwägungen gesammelt und sachkundig diskutiert werden. Im Mittelpunkt steht die Frage nach dem zu schützenden Rechtsgut. Der Text zeigt auf, dass schon zu dieser fundamentalen Strafbarkeitsvoraussetzung die Meinungen im strafrechtlichen Schrifttum auseinandergehen.

In a fast proceeding § 103 of the Criminal Code will be abolished without replacement and without broad discussion of the pros and cons. This was decided by politicians in cooperation with the media and the public. The science of criminal law was slowed down sovereignly, voices warning of hasty measures are drowned. Accordingly the foundation of factual arguments is thin. Questions about the protection of legal interests are not outspoken. The article encourages a serene and sober approach to the subject. There is no reason for legislative haste. First, the relevant considerations should be collected and discussed competently. At the heart of the text is the question about the legal interest being protected. The text shows that divergent views within the criminal law literature can already be found at that fundamental requirement of criminal proceedings.

I. Einleitung

Am 27.5. 2016 fand an der Universität Potsdam eine von der Forschungsstelle Medienrecht¹ organisierte und vor allem von studentischem Publikum erfreulich gut besuchte Vortrags- und Diskussionsveranstaltung statt, die

aus aktuellem Anlass dem Thema „§ 103 StGB – ist das noch Recht oder kann das weg? – Rechtswissenschaftliche und rechtspolitische Bemerkungen aus Anlass des Falles Böhmermann“ gewidmet war. Neben dem Autor referierten zu dem Thema *Juniorprofessorin Dr. Elisa Hoven* von der Universität Köln und *Dr. Alexander Heinze* vom Kriminalwissenschaftlichen Institut der Universität Göttingen. Eine zu Beginn der Veranstaltung durchgeführte Abstimmung im Publikum ergab, dass ca. 67 % der Teilnehmer sich für die Abschaffung des § 103 StGB aussprachen. Der Rest votierte für die Beibehaltung der Vorschrift oder war unentschieden. Nach den über zwei Stunden dauernden Vorträgen und Diskussionen wurde zum Schluss noch einmal abgestimmt: dabei stellte sich heraus, dass zahlreiche Zuhörer, die zuvor noch für die Abschaffung des § 103 StGB gestimmt hatten oder unentschieden waren, sich nun für die Beibehaltung der Strafvorschrift aussprachen. Dies war gewiss in erster Linie den überzeugenden Ausführungen von *Hoven* und *Heinze* zuzurechnen, die in ihren Vorträgen und in der sehr engagiert geführten Diskussion sachkundig erläuterten, welche rationes legis einer Strafvorschrift in der Rechtsordnung Halt geben und dass man eine Vorschrift nicht übereilt entsorgen sollte, ohne sich zuvor dieser rationes – bzw. ihres Fehlens oder Wegfalls – vergewissert zu haben.

Ein wenig überrascht es schon, wie schnell sich nahezu die ganze Nation einig geworden zu sein scheint,² dass die Strafdrohung gegen „Majestätsbeleidigung“ aus einer grauen Vorzeit – diese „Dunkelnorm des Strafgesetzbuches“³ – stamme und in unserer modernen aufgeklärten Welt ein Anachronismus darstelle, nicht mehr „zeitgemäß“ sei.⁴ Fast erfreut⁵ nimmt der Strafrechtswissenschaftler zur Kenntnis, dass der Rechtspolitiker *Heiko Maas* nicht nur als Marathonläufer ausdauernd immer neue Ausweitungen und Verschärfungen des Strafrechts auf den Weg bringen kann, sondern offenbar auch den Sprint in die entgegengesetzte Richtung beherrscht und im Eilzugtempo die Abschaffung einer Strafvorschrift, die anscheinend nicht mehr gebraucht wird, vorantreibt.⁶ Aber natürlich kann sich der vernünftige und besonnene Staatsbürger über solch hektische Betriebsamkeit überhaupt nicht freuen

* Der Autor ist Professor für Strafrecht an der Universität Potsdam.

¹ Die von den Potsdamer Professoren *Dr. Christian Czychowski*, *Dr. Tobias Lettl*, *Dr. Wolfgang Mitsch* und *Dr. Alexander Windoffer* getragene Forschungsstelle Medienrecht ist ein rechtsgebietsübergreifender Zusammenschluss von Rechtswissenschaftlern, die ihre Lehre und Forschungen im Zivilrecht, Öffentliches Recht und Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung der Bezüge dieser Rechtsgebiete zu den Medien ausüben.

² Zu den diesbezüglichen Bemerkungen von *Heinke*, ZRP 2016, 121 näher noch unten III. 1.

³ *Schelzke*, HRRS 2016, 248.

⁴ Zum Beispiel soll sich der Hamburger Justizsenator *Dr. Till Steffen* folgendermaßen geäußert haben: „Deutschland braucht kein Gesetz aus der Mottenkiste. ... Dieses Jahrhundert haben wir als mündige Bürger wirklich hinter uns gelassen ...“

⁵ *Heinze*, Der ‘Schah-Paragraph’ § 103 StGB: Bei Nichtgefallen Gesetz zurück, Legal Tribune Online, 15.4.2016: „Wenn die jetzige Debatte über die Behandlung des Böhmermann-Gedichts zu einer Entkriminalisierungsdebatte wird, ist das aus strafrechtstheoretischer Sicht erfreulich“.

⁶ Überschrift eines Artikels in der Legal Tribune Online vom 28.4. 2015: „Abschaffung von § 103 StGB: Maas macht Druck“.

und dass es in diesem Fall ausnahmsweise auf Verringerung des Strafrechts hinausläuft, tröstet auch nicht wirklich. Ein Minimum an Nachdenken über eine Vorschrift, die kaum jemand kennt⁷ und die vor der *causa Böhmermann* wahrscheinlich auch in Juristenkreisen überwiegend terra incognita gewesen ist,⁸ sollte sich eine Gesellschaft schon erlauben, bevor sie das Todesurteil über einen Paragraphen fällt. Gestattet muss auch das Vortragen einer abweichenden Beurteilung und eine vorurteilsfreie Diskussion darüber sein, selbst auf die Gefahr hin, dass am Ende die besseren Gründe für die Beibehaltung des Gesetzes im Raum stehen. Zudem ist § 103 StGB wahrscheinlich deswegen urplötzlich so unbeliebt geworden, weil er von Ihrer Majestät Justitia gegen den bei vielen Medienkonsumenten beliebten *Jan Böhmermann* zum Einsatz gebracht wird, nachdem dieser seinerseits den in Deutschland eher unbeliebten *Recep Tayyip Erdogan* beleidigt hatte. Interessant wäre zu erfahren, in welche Richtung der Wind geweht hätte, wenn ein „Rechtspopulist“ (z. B. *Herr Gauland* von der AfD) den US-Präsidenten *Barack Obama* oder die britische *Queen Elizabeth II.* in ähnlich derber Form verunglimpft hätte, wie *Böhmermann* es mit dem türkischen Staatspräsidenten gemacht hat.⁹ Diese Frage kann sich jeder, der unter dem Eindruck der politischen und justiziellen Vorgänge um *Jan Böhmermann* den Drang zur Unterstützung des Abschaffungsvorhabens verspürt, stellen und selbstkritisch den Rationalitätsgehalt der eigenen Meinungsbildung hinterfragen. Tatsächlich ist es doch so: bevor man abschließend darüber urteilt, ob eine Strafvorschrift richtig oder falsch ist, ob sie stehen bleiben oder fallen soll, muss man alles über sie wissen, also vor allem den mit ihr verfolgten Regelungszweck und die Eigenart der von ihr erfassten Fälle kennen. Daran fehlt es gegenwärtig offensichtlich im Übermaß, denn in den öffentlichen Verlautbarungen ist davon fast nichts zu sehen und zu hören. Im Folgenden wird kein Plädoyer für die Beibehaltung, Änderung oder Abschaffung des § 103 StGB in seiner aktuell geltenden Fassung gehalten. Der Text will aber Informationen über die Norm vermitteln, die einer sachkundigen Debatte über das Thema zuträglich sein könnten. Dabei wird in Kauf genommen, dass die Bemühungen möglicherweise vergeblich sind und der Artikel schon mit seinem Erscheinen überholt sein könnte, weil der Bundestag – wie es von den Initiatoren angestrebt wird – noch vor der parlamentarischen Sommerpause die Streichung des Paragraphen beschlossen haben könnte.

II. § 103 StGB nicht mehr „zeitgemäß“?

In den zahlreichen Artikeln, Kommentaren, Leserbriefen, Interviews und sonstigen publik gemachten und medial

verbreiteten Äußerungen zur Abschaffung des § 103 StGB steht überproportional häufig das Wort „zeitgemäß“ im Mittelpunkt. Weil die Strafvorschrift gegen „Majestätsbeleidigung“ nicht mehr „zeitgemäß“ sei, müsse sie schleunigst abgeschafft werden.¹⁰ Eigenartigerweise ist das eine Meinung, die im Kreis der Strafrechtswissenschaftler bis vor kurzem noch überhaupt nicht thematisiert worden, geschweige denn dezidiert vertreten worden ist. Auf der oben erwähnten Potsdamer Veranstaltung berichtete *Hoven* über das aktuell an der Universität Köln durchgeführte Projekt zur Abschaffung von Strafvorschriften im Besonderen Teil des StGB, das mit einer hochkarätig besetzten Tagung am 25. November dieses Jahres seinen Abschluss finden wird. Dort wird über Strafvorschriften diskutiert werden, die – was zu klären sein wird – „redundant“, „bagatellarisch“, oder „kriminalpolitisch verfehlt“ sind. Das Attribut „unzeitgemäß“ ist im Programm nicht enthalten. Allenfalls das angekündigte Referat von *Prof. Dr. Jörg Kinzig* über „tote Tatbestände“ könnte den Aspekt berühren. Möglicherweise wird *Kinzig* aus Anlass des Falles *Böhmermann* auch über § 103 StGB sprechen. Interessant aber ist Folgendes: im Vorfeld hatten die Organisatoren deutsche Strafrechtswissenschaftler per Email kontaktiert und gebeten Strafvorschriften zu nennen, die ihrer Ansicht nach ersatzlos aus dem StGB entfernt werden könnten. In dem Rücklauf wurden über 60 verschiedene Streichvorschläge unterbreitet, mit – wenig überraschend – §§ 173, 217, 166 StGB im Spitzenfeld. Den „Majestätsbeleidigungs-Tatbestand“ § 103 StGB hatte keiner der Einsender auf seiner Liste! Hält die deutsche Strafrechtswissenschaft § 103 StGB also für „zeitgemäß“? Wohlgermerkt: die Umfrage fand vor dem „Fall *Böhmermann*“ statt! Ich selbst hatte mir bis dahin über § 103 StGB überhaupt keine Gedanken gemacht, meine Kollegen wahrscheinlich auch nicht. Als Mitglied der Gruppe deutschsprachiger Strafrechtswissenschaftler würde ich jetzt auf die Frage mit einer Gegenfrage antworten: was ist das überhaupt – „unzeitgemäß“? Wahrscheinlich würde mir dann geantwortet werden: z. B. einen Kaiser als Staatsoberhaupt gut zu finden, ist in der heutigen Zeit eine antiquierte, rückwärtsgerichtete und undemokratische Haltung. Schließlich sind wir mündige aufgeklärte Menschen in einem demokratischen freiheitlichen Rechtsstaat. Es stimmt: ein Staatsoberhaupt vom Schlage des letzten deutschen *Kaisers Wilhelm II.* brauchen wir wirklich nicht mehr. Wir haben *Joachim Gauck*, *Angela Merkel*, *Norbert Lammert*, *Andreas Voßkuhle*, was zweifellos gut ist. Objekte monarchengleicher Verehrung – sofern diese überhaupt noch gebraucht werden – sind nunmehr die Helden des Sports wie – auch schon aus recht angegrauter Vorzeit – „Kaiser“ *Franz Beckenbauer* und – rückblickend auf die Fußball-Europameisterschaft! –

⁷ *Schelzke*, HRRS 2016, 248: „Auf einmal blicken alle auf § 103 StGB.“; *Vormbaum*, JoZG 2016, 47: „Ein weitgehend unbekannter und bisher kaum zur Anwendung gelangter Tatbestand des Strafgesetzbuches hat es über Nacht zu bundesweiter Bekanntheit gebracht.“

⁸ *Heinen*, Beleidigung eines ausländischen Staatsoberhauptes, 2005, S. 40: „... ist sie doch nicht einmal den meisten im praktischen Strafrecht tätigen Juristen bekannt“.

⁹ Der Wortlaut des „Schmähgedichts“ ist Strafrechtswissenschaftlern leicht zugänglich, nämlich in der Fußnote 1 des Beitrags von *Christiane Fahl* in NSZ 2016, 313 abgedruckt; den Beschluss des LG Hamburg v. 17.5.2016 – 324 O 255/16 über das Eilverfahren in diesem Heft S. 145 f.

¹⁰ Legal Tribune Online v. 28.4.2016: „Das Justizministerium hat den angekündigten Entwurf zur Abschaffung des § 103 StGB vorgelegt. Die Norm sei nicht mehr zeitgemäß“; Legal Tribune Online v. 7.6.2016: „Die Bundesratsausschüsse haben dem Plenum empfohlen, einen Gesetzentwurf zur Streichung des § 103 StGB in den Bundestag einzubringen. Der Paragraph sei als ‘Sonderstrafrecht’ nicht mehr zeitgemäß“.

Jogi, Schweini, Poldi. Aber blicken wir nicht doch manchmal neidisch auf unsere Nachbarn in Großbritannien – Brexit hin oder her –, die ihre *Queen* nicht nur respektieren und verehren, sondern sicher zum großen Teil lieben? Auch auf einen sympathischen bürgernahen König wie den Oranier *Willem-Alexander* könnte jedes Land der freien westlichen Welt stolz sein.

Indessen hat alles das unmittelbar nichts mit der Frage nach der Existenzberechtigung der Strafvorschrift § 103 StGB in der heutigen Zeit zu tun. Der Hinweis auf *Queen Elizabeth* dient allein der Widerlegung der – strafrechtlich ohnehin irrelevanten – Behauptung, der in § 103 StGB verankerte Strafrechtsschutz sei auf Sachverhalte bezogen, die es in der Lebenswirklichkeit des 21. Jahrhunderts nicht mehr gebe. Weder gilt der umstrittene strafrechtliche Schutz des Straftatbestandes in der Fassung, die er 1953 erhalten hat, ausschließlich Monarchen noch geht es um den Inhaber der Position des Staatsoberhauptes in Deutschland.¹¹ Tatobjekte sind Staatsoberhäupter ausländischer Staaten einschließlich republikanischer Staatswesen. Soweit die Kritik sich gegen ein „Sonderstrafrecht“ zum Schutz der Ehre des Staatsoberhauptes richtet, ist in erster Linie die Strafdrohung gegen Verunglimpfung des Bundespräsidenten (§ 90 StGB) in den Blick zu nehmen. Danach erst kann – und zwar gegebenenfalls mit einem erst-recht-Argument – gegen den strafrechtlichen Schutz ausländischer Staatsoberhäupter Stellung bezogen werden. Ob tatsächlich die – mit dem Hinweis auf den ausreichenden Strafrechtsschutz in §§ 185 ff. StGB geforderte – Abschaffung des § 90 StGB zwangsläufig die Abschaffung des § 103 StGB nach sich ziehen müsste, ist damit aber noch nicht gesagt und sehr fraglich. Erforderlich ist eine sorgfältige Analyse des jeweiligen Schutzzwecks und damit vor allem der geschützten Rechtsgüter. Diese Aspekte werden in der Auseinandersetzung außerhalb strafrechtswissenschaftlicher Fachkreise, wenn überhaupt, stark verkürzt und verzerrt thematisiert, der Begriff „Rechtsgut“ kommt in den Texten so gut wie überhaupt nicht vor.

III. Gründe für und gegen § 103 StGB

1. Basisdemokratisches Votum ohne Reflexion von Gründen

Kein Anspruch ernst genommen zu werden kann einer fast marktschreierisch erhobenen Forderung „§ 103 StGB – wenn abschaffen, dann sofort“ zugebilligt werden, deren Autor sich gleich zweimal auf die „weit überwiegende Mehrheit der Bevölkerung“ bzw. „breite Mehrheit der Bevölkerung“ beruft und zudem eine „überwältigende

Mehrheit der Mitglieder des Bundestags“ ausgemacht zu haben meint.¹² Dass zu einem strafrechtlichen Thema, das bis vor kurzem selbst in der Strafrechtswissenschaft keinerlei Beachtung gefunden hat¹³ und zu dem eine Fachdiskussion noch gar nicht nennenswert in Gang gekommen ist, sich binnen weniger Wochen eine sachkundige Stellungnahme in der – zum großen Teil nicht aus Strafrechtsexperten bestehenden – Mehrheit der Gesamtbevölkerung gebildet haben sollte, ist eine aberwitzige Annahme. Eine derart törichte Bemerkung bestätigt den Eindruck, dass sich unsere mediengesteuerte Öffentlichkeit geradlinig auf dem Weg zu einer Demokratie der Talk- und Quiz-Shows befindet. Es bedarf offenbar nur noch eines „Einpeitschers“ wie 1958 im Göteborger Ullevi-Stadion beim WM-Halbfinalspiel zwischen Schweden und Deutschland und schon hat man ein Signal für den Gesetzgeber: Daumen hoch oder Daumen runter. Unabhängig von vox populi habe „der Staat“ bereits festgestellt, dass das in § 103 StGB unter Strafdrohung gestellte Verhalten nicht (mehr) strafwürdig sei. Weiter heißt es in dem Plädoyer für die sofortige Abschaffung, die „Bundesregierung“ habe diese Frage bereits für sich entschieden.¹⁴ Zugleich aber hat dieselbe Bundesregierung die gem. § 104a StGB zur Einleitung eines Strafverfahrens erforderliche Ermächtigung erteilt. Das sieht aus wie Gas geben und auf die Bremse treten gleichzeitig.¹⁵ Erklärbar ist das nur mit Mangel an Kenntnis über den Gegenstand der Diskussion. Weder die Bundesregierung noch die Mehrheit der Mitglieder des Bundestages oder gar die Mehrheit der Bevölkerung dürften über Sinn und Zweck des § 103 StGB unter Berücksichtigung von Entstehungsgeschichte und völkerrechtlichem Hintergrund hinreichend informiert sein. Oder haben etwa in den letzten Monaten alle die Monographie „Beleidigung eines ausländischen Staatsoberhauptes“ von *Holger Heinen* aus dem Jahr 2005 oder den Beitrag von *Hans Lüttger* zur Festschrift für *Hans-Heinrich Jescheck* mit dem Titel „Bemerkungen zu Methodik und Dogmatik des Strafschutzes für nichtdeutsche öffentliche Rechtsgüter“ (1985) gelesen?

2. Rechtsgüter

Nicht nur in der Strafrechtswissenschaft gilt – wenngleich nicht unumstritten – als wichtigster Prüfstein für die Legitimität des Strafrechts das Rechtsgut, das des Schutzes durch das Strafrecht würdig und bedürftig ist.¹⁶ Auch die Kriminalpolitik beruft sich auf die Erforderlichkeit der Abwehr von Angriffen auf ein Rechtsgut, wenn bestehende Straftatbestände erweitert, Strafdrohungen verschärft oder neue Strafvorschriften eingeführt werden sollen.¹⁷

¹¹ Anders verhielt es sich mit § 103 in der Fassung des RStGB von 1871, die als gegen Beleidigung geschützte Staatsoberhäupter nur „Landesherrn“ und „Regenten“ berücksichtigte; vgl. *Heinen*, S. 29; krit. zur Charakterisierung des Delikts als „Majestätsbeleidigung“ auch *Vormbaum*, JoJZG 2016, 47 (48).

¹² *Heinke*, ZRP 2016, 121 ff.

¹³ Noch einmal: *Heinen*, S. 40.

¹⁴ *Heinke*, ZRP 2016, 121 (122).

¹⁵ Zutreffend moniert *Heinke*, ZRP 2016, 121 (122) Inkonsequenz, empfiehlt aber nicht Zurückhaltung bei der Forderung nach Aufhebung der Strafvorschrift, sondern Rücknahme der Ermächtigung zur Durchführung des Strafverfahrens. Zumindest erwägenswert ist aber folgende Alternative: Ermächtigung erteilen und danach – zumindest fürs erste – einfach schweigen. Vgl. auch *Vormbaum*, JoJZG 2016, 47 (49) Fn. 16.

¹⁶ *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil 1, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 1: „subsidiärer Rechtsgüterschutz“.

¹⁷ *Maas*, NSStZ 2015, 305.

Damit scheint das Rechtsgut exakt den gesetzgebungskritischen¹⁸ Zweck zu erfüllen, der ihm mehrheitlich zugeordnet wird: der Qualität und Quantität von Strafrecht einen Maßstab zu geben, an dem sich vor allem der Gesetzgeber orientieren kann, der das Strafrecht rational fundiert und begrenzt und illegitimes Strafrecht verhindert. Indessen ist die Rechtswirklichkeit nicht geeignet, diese optimistische Betrachtung zu stützen. Keineswegs errichtet das Rechtsgut eine unübersteigbare Grenze und wehrt Strafgesetze ab, weil der Gesetzgeber diese Grenze erkennt und respektiert. Vielmehr versteht die Kriminalpolitik die Idee des Rechtsguts als Aufforderung, notfalls selbst neue Rechtsgüter zu kreieren, wenn sich im Katalog der anerkannten Rechtsgüter kein Anknüpfungspunkt für ein neues Strafgesetz finden lässt, mit dem Verhaltenserwartungen durchgesetzt werden sollen, deren Enttäuschung sich im Lichte der Strafrechtstradition als Beeinträchtigung eines Rechtsgutes definieren lässt. Ein vom Verfasser dieser Abhandlung immer wieder gern bemühtes¹⁹ aktuelles Beispiel ist die Strafdrohung im neuen Antidopinggesetz gegen die Verwendung leistungssteigernder Dopingmittel im Spitzensport.²⁰ Wird dort die Einführung strafbarkeitsausdehnender Gesetze mit der Berufung auf angeblich zu schützende Rechtsgüter begründet, so müsste hier die Forderung nach Abschaffung des § 103 StGB mit dem substantiiert vorgetragenen Nachweis des Fehlens eines schutzwürdigen Rechtsgutes oder der Nichterforderlichkeit der abzuschaffenden Strafvorschrift als Instrument des Rechtsgüterschutzes unterlegt werden. Indessen ist dies nicht der Fall. Allenfalls die Behauptung, dass die Ehre des ausländischen Staatsoberhauptes auch ohne § 103 StGB hinreichend geschützt ist – nämlich in § 185 StGB – stellt einen Zusammenhang mit dem Rechtsgüterschutzzweck her, legt sie doch dar, dass § 103 StGB zur Erreichung dieses Zwecks nicht erforderlich sei. Aber genau diese Bemerkung deckt auf, dass eine ernsthafte und gründliche Befassung mit den in Betracht kommenden und über §§ 185 ff. StGB hinausweisenden Schutzzwecken nicht stattgefunden hat.²¹ Wenn in der ARD-Nachrichtensendung „Tagesschau“ der Öffentlichkeit § 103 StGB als eine „Qualifikation“ des § 185 StGB erklärt wird, braucht man sich nicht zu wundern, dass angeblich die Mehrheit der Bevölkerung die Aufhebung der Norm befürwortet. Der Regelungsgehalt des § 103 StGB wird verzerrt, vergrößert und unvollständig dargestellt, wenn von einer erschwerten Form der Beleidigung gesprochen wird. Ebenso könnte man vorschlagen, den Straftatbestand „Raub“ (§ 249 StGB) abzuschaffen, da die betroffenen Rechtsgüter durch die Strafdrohungen gegen Diebstahl (§ 242 StGB) und Nötigung (§ 240 StGB) doch

hinreichend geschützt seien. Aber so wie der Raub mehr ist als die Summe von Diebstahl und Nötigung, ist auch die Beleidigung ausländischer Staatsoberhäupter ein *delictum sui generis*, dessen Schutzobjekt mit „Ehre“ verkürzt beschrieben ist. Das belegen schon die zusätzlichen Strafbarkeits- und Verfolgungsvoraussetzungen in § 104a StGB, für die es vor dem Hintergrund eines reinen Ehrschutztatbestandes keine Erklärung gäbe.

Eine Auswertung aktueller StGB-Kommentare zeigt, dass in der Strafrechtswissenschaft keine Einmütigkeit zu der Frage des geschützten Rechtsgutes herrscht.²² Im Wesentlichen lassen sich drei verschiedene Positionen erkennen.²³ Überwiegend wird § 103 StGB ein doppelter Rechtsgüterschutzzweck zugeschrieben. Geschützt seien der ausländische Staat mit seinen Organen einerseits und das Interesse der Bundesrepublik Deutschland an funktionierenden außenpolitischen Beziehungen zu diesem Staat andererseits.²⁴ Zumindest das zweite Rechtsgut würde seines strafrechtlichen Schutzes entkleidet, sollte § 103 StGB abgeschafft werden. Eine Mindermeinung hält die Ehre des ausländischen Staates allein für das sinngebende Schutzgut,²⁵ umgekehrt wird von einer anderen Mindermeinung ausschließlich das Interesse der Bundesrepublik Deutschland an guten Auslandsbeziehungen als materielle Legitimationsgrundlage des § 103 StGB anerkannt.²⁶ Egal, welche dieser Deutungen den Vorzug verdient: keiner von ihnen wird die in der Öffentlichkeit verlautbarte Abschaffungsrhetorik gerecht.²⁷ Die Anhänger des beschleunigten Gesetzesaufhebungsverfahrens der Strafvorschrift meinen hinter der Ziellinie zu stehen. Dabei ist der Startschuss noch nicht einmal gefallen.

IV. Schluss

Auch in diesem Text sind bei weitem nicht alle relevanten Gesichtspunkte berührt worden, die der Entstehung des § 103 StGB zugrunde liegen und die im Rahmen einer seriösen Auseinandersetzung über Aufrechterhaltung oder Abschaffung der Norm evaluiert werden müssen. Insbesondere völkerrechtliche Berührungspunkte, die sich nicht ohne weiteres unter „Rechtsgut“ subsumieren lassen, bedürfen der Berücksichtigung.²⁸ Es sollte hier nur der Finger in die Wunde „Rechtsgut“ gelegt und darauf aufmerksam gemacht werden, dass die Abschaffungsbefürworter nicht einmal diese fundamentale Stütze eines Straftatbestandes ernsthaft in ihre Erwägungen einzubeziehen bereit sind. Entkriminalisierung des geltenden Strafrechts ist ein dringendes Anliegen, für das § 103 StGB nicht gerade das

¹⁸ Weitere Synonyme: „systemtranszendent“, „systemkritisch“, „materiell“, vgl. *Engländer*, ZStW 127 (2015), 1 (2).

¹⁹ Zuletzt im Vortrag „Exzessive Kriminalpolitik am Beispiel des Antidopinggesetzes“ am 1.6.2016 auf dem 67. Deutschen Anwaltstag in Berlin.

²⁰ *Maas*, NSTZ 2015, 305: „Ich denke an das Anti-Doping-Gesetz und das Rechtsgut der ‚Integrität des Sports‘ ...“.

²¹ Diese Rüge trifft nicht Ricarda Christine *Schelzke*, die in HRRS 2016, 248 ff. sehr wohl die Vielfalt der Rechtsgüter wahrgenommen und sich in ihrem Fazit (S. 253) auch nicht für eine Streichung des § 103 StGB ausgesprochen hat.

²² *Heinen*, S. 99.

²³ Guter Überblick bei *Kreß*, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 2. Aufl. (2012), Vorb. §§ 102 ff. Rn. 5.

²⁴ *Bauer/Gmel*, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2007), Vorb. § 102 Rn. 1; *Kindhäuser*, in: NK-StGB, Vorb. §§ 102-104a Rn. 1; *Kuhli*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, 2013, Vorb. §§ 102 ff. Rn. 1; *Lackner/Kühl*, StGB, 28. Aufl. (2014), Vorb. §§ 102 ff. Rn. 1; *Rudolphi/Wolter*, in: SK-StGB, Stand: März 2005, Vorb. § 102 Rn. 2; *Schönke/Schröder/Eser*, StGB, 29. Aufl. (2014), Vorb. §§ 102-104a Rn. 2; *Vormbaum*, JoJZG 2016, 47 (50).

²⁵ *Kreß*, in: MüKo-StGB, Vorb. §§ 102 ff. Rn. 6; ebenso schon *Dreher*, JZ 1953, 421 (426).

²⁶ *Heinen*, S. 103 ff.; *Wohlers/Kargl*, in: NK-StGB, Vorb. §§ 102 ff. Rn. 2; dagegen *Vormbaum*, JoJZG 2016, 47 (50).

²⁷ *Heinze*, Legal Tribune Online v. 15.4. 2015.

²⁸ *Heinen*, S. 82 ff.

beste Anwendungsbeispiel ist. Ein ganz schlechtes Exempel würde statuiert, sollte die kopflose und überhastete Beseitigung des § 103 StGB tatsächlich noch in dieser Legislaturperiode Realität werden.

Den Bemühungen um eine Rückführung des Strafrechts in seinen über jeden Zweifel erhabenen Kernbereich wäre damit kein guter Dienst erwiesen.

Pferde, Würmer, Roboter, Zombies und das Strafrecht? Vom Sinn und Unsinn neuer Gesetze gegen den sog. digitalen Hausfriedensbruch

von Dr. Markus Mavany*

Abstract

Der Beitrag nimmt den Gesetzesantrag des Landes Hessen¹ über die Kodifizierung des sogenannten "Digitalen Hausfriedensbruchs" zum Anlass, sich mit der Notwendigkeit eines solchen Tatbestands zu befassen. Hierbei werden die technischen Grundlagen von Botnetzen dargestellt und die geltende Rechtslage sowie internationale Vorgaben betrachtet. Zudem wird die Frage erörtert, welchem Schutzgut der neu zu schaffende Straftatbestand dienen müsste. Der Autor gelangt zu dem Schluss, dass ein hinreichender Schutz bereits gewährleistet und eine Neukodifizierung abzulehnen ist.

Because of the Bill of Hessen "for the draft of a criminal amending law – culpability of the unauthorized use of informational systems, the so called unlawful entry in computer systems" – this essay analyzes the need for such New Elements of crime. Therefore the technical basis of botnets is depicted as well as the legal status and international guidelines are being illustrated. Besides the author is discussing the subject of protection of these new elements. As a result, the author postulates that the enacting should be refused.

I. Einleitung

Stellen Sie sich vor, in ihrem Zuhause versteckt sich ein Fremder. Und das monate-, vielleicht jahrelang. Der Fremde könnte ihr Telefon benutzt, Informationen über Sie gesammelt oder Post in Ihrem Namen versandt haben. Zugegeben, die Wahrscheinlichkeit, dass Sie heute Abend so einen Fremden finden, ist gering. Das gilt solange wir uns in der realen Welt aufhalten. Blicken wir in die digitale Welt, stehen die Chancen ungleich besser, einen ungewollten Eindringling zu finden. In vielen Fällen wird es sich bei diesem Eindringling um sogenannte Botware handeln. Diese gliedert das infizierte System in ein Netzwerk

ein, mittels dessen eine Vielzahl unterschiedlicher Computerstraftaten begangen werden kann. Sowohl Stimmen aus dem Bundesamt für die Sicherheit in der Informationstechnik (BSI)² als auch aus dem BKA³ beschreiben Botnetze daher als besondere Bedrohung auf dem Gebiet des Cybercrimes. So verwundert es kaum, dass der Ruf nach strafrechtlichen Konsequenzen immer lauter wird. Dieser Ruf scheint in Wiesbaden erhört worden zu sein. Das hessische Justizministerium kündigte Mitte März eine Gesetzesinitiative im Bundesrat an, die mittels Verschärfungen des Strafrechts den Gefahren von Botnetzen begegnen soll.⁴ Im Fokus soll dabei nicht die Begehung von Cyberdelikten mithilfe eines Botnetzes stehen, sondern bereits die Infiltration mit der Botware. Damit wäre der Straftatbestand des digitalen Hausfriedensbruchs geschaffen.

Die Berechtigung eines solchen Delikts erscheint offensichtlich. Der Fremde aus dem Ausgangsbeispiel wäre in der realen Welt gem. § 123 I StGB strafbar, wenn er gegen oder ohne den Willen des Hausrechtinhabers in dessen Wohnung eindringt. Übertragen in die digitale Welt muss das Eindringen in ein System gegen oder ohne den Willen des Berechtigten für sich genommen ebenso zur Strafbarkeit führen.

Auch scheint die Bundesrepublik zur Schaffung des Straftatbestands des digitalen Hausfriedensbruchs verpflichtet zu sein. Beispielsweise durch die Richtlinie über Angriffe auf Informationssysteme⁵. Dort heißt es in Art. 3, dass jeder Mitgliedstaat die erforderlichen Maßnahmen zu treffen hat, um sicherzustellen, dass der vorsätzliche und unbefugte Zugang zu einem Informationssystem als Ganzes oder zum Teil zumindest dann unter Strafe gestellt wird, wenn kein leichter Fall vorliegt. Diese Verpflichtung besteht insoweit, als dass der Zugang durch eine Verletzung von Sicherheitsmaßnahmen erfolgt. Ähnlich formuliert ist Art. 2 des Übereinkommens über Computerkriminalität⁶ des Europarates (sog. „Cybercrimekonvention“). Hier-

* Akademischer Rat a.Z. Dr. Markus Mavany ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Habilitand am Lehrstuhl von Professor Dr. Mark A. Zöller an der Universität Trier. Bei dem Beitrag handelt es sich um den um Fußnoten erweiterten Zusammenschritt zweier Vorträge, die der Verfasser im Rahmen der Veranstaltung „Einblicke“ am 27.4.2016 beim Bundeskriminalamt und der Veranstaltung „Rechtliche Grundlagen und gesetzliche Neuerungen im Bereich Cybercrime“ am 4.5.2016 an der Deutschen Hochschule für Polizei gehalten hat. Der Vortragsstil wurde beibehalten.

¹ BT Drs. 338/16.

² Bundesamt für die Sicherheit in der Informationstechnik, Die Lage der IT-Sicherheit in Deutschland 2015, S. 30.

³ Bundeskriminalamt, Cybercrime Bundeslagebild 2014, S. 9.

⁴ S. hierzu die Nachricht „Gesetzesinitiative gegen ‚digitalen Hausfriedensbruch‘“, abrufbar unter <http://www.heise.de/security/meldung/Gesetzesinitiative-gegen-digitalen-Hausfriedensbruch-3133449.html> (zuletzt abgerufen am 20.04.2016).

⁵ Richtlinie 2013/40/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.8.2013 über Angriffe auf Informationssysteme und zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2005/222/JI des Rates, ABl. EU L 218, S. 8 ff.

⁶ Übereinkommen über Computerkriminalität vom 23.11.2001, ETS Nr. 185.

nach muss jede Vertragspartei die erforderlichen Maßnahmen treffen, um den unbefugten Zugang zu einem Computersystem als Ganzem oder zum Teil als Straftat zu umschreiben. Dabei können die Vertragsparteien als Voraussetzung vorsehen, dass die Straftat unter Verletzung von Sicherheitsmaßnahmen, in der Absicht, Computerdaten zu erlangen, in anderer unredlicher Absicht oder unter Verwendung eines verbundenen Computersystems begangen wurde. In beiden Vorschriften ist also die Verpflichtung enthalten, den unbefugten Zugang zu einem Informationssystem – den digitalen Hausfriedensbruch – unter Strafe zu stellen. Es besteht also Handlungsbedarf!?

Ganz so einfach ist die Sache nicht. Denn zum einen existiert bereits ein umfassendes Strafrechtsregime, welches beim Eindringen in ein fremdes System eingreift (dazu unter III.). Insoweit stellt sich die Frage nach der Berechtigung einer weiteren Strafnorm. Zum anderen dient das Strafrecht dem Schutz von Rechtsgütern. Welches Rechtsgut mit einer Strafnorm gegen den digitalen Hausfriedensbruch geschützt werden soll, ist jedoch noch nicht einmal diskutiert worden. Dies mögen einige der Gründe sein, warum der Gesetzgeber bei der Einführung des § 202a StGB das reine Eindringen in ein Computersystem bewusst nicht unter Strafe stellen wollte⁷ – und es bisher so auch nicht getan hat.

II. Botnetze – technische Grundlagen

Bevor ich mich den skizzierten Problemen zuwende, sollen zumindest die rudimentären technischen Grundlagen dessen, was als digitaler Hausfriedensbruch und als Botnetz bezeichnet wird, erläutert werden.

Der Begriff des Botnetzes steht für einen Verbund vernetzter Systeme, den sogenannten Bots. Die Bots werden mit einer Software (der Botware) infiziert und von einer oder mehreren zentralen Einheiten ferngesteuert, bei denen es sich nicht selten um sog. Command and Control-Server (C&C) handelt. Weil die Bots die Befehle des C&C blind ausführen, werden sie auch Zombie oder Zombiebots genannt. Die Person, die ein solches Botnetz kontrolliert, wird als Botmaster oder Bot-Herder bezeichnet. Als Bot kann dabei jedes mit dem Internet verbundene System in Frage kommen. Dies umfasst neben PCs, Tablets und Smartphones auch Router und Unterhaltungselektronik wie internetfähige Fernseher oder Radios.

Selbst Haushaltsgeräte können betroffen sein. So ist mindestens ein Fall bekannt, bei dem ein Kühlschrank Teil eines Botnetzes war.⁸

Die Anwendungsmöglichkeiten von Botnetzen sind vielfältig. Sie können mit der gebündelten Rechenleistung DDoS-Attacken durchführen, mittels Keyloggern Tastatureingaben protokollieren oder den Datenbestand und -verkehr der Bots einsehen.⁹ Botnetze dienen somit als infrastrukturelle Grundlage der Cyberkriminalität.¹⁰

Das Bedrohungspotenzial von Botnetzen ist dementsprechend hoch. Die Jahresstatistik für 2015 des Verbands der Internetwirtschaft e.V. weist von über 175.000 der durch das Anti-Botnet-Beratungszentrum gescannten Systeme 38% Infektionen aus.¹¹ Es wurden über 715.000 infizierte Dateien gefunden.¹² Nach Informationen des BSI wurden in der ersten Jahreshälfte 2015 täglich circa 60.000 Infektionen deutscher Systeme verzeichnet.¹³ Hochgerechnet auf das Gesamtjahr ergibt das eine Zahl von 219 Millionen Infektionen in Deutschland. Zudem geht das BSI davon aus, dass täglich mehrere hundert C&C-Server aktiv sind, die jeweils einzeln oder im Verbund ein Botnetz steuern.¹⁴

Die Zahlen sind mit Vorsicht zu genießen, da zum einen die Dunkelziffer nicht entdeckter Infektionen kaum valide abschätzbar ist. Zum anderen unterliegt die Zahl der Infektionen einer hohen Fluktuation. So sind Systeme, die eine veraltete Software verwenden, besonders gefährdet.¹⁵ Und deren Zahl verändert sich aufgrund von Softwarewechseln und Stilllegungen permanent. Zumindest aber die Größenordnung, wonach 40 % aller internetfähigen Systeme infiziert sein könnten, dürfte die Realität widerspiegeln.¹⁶

Eingerichtet wird ein Botnetz, grob vereinfacht, indem ein System mit der Botware infiziert wird, man spricht vom Spreading. Dies kann auf unterschiedlichen Wegen geschehen.¹⁷ Relativ selten ist die Methode, einen Rechner direkt durch Aufspielen der Software bspw. mittels eines USB-Sticks oder einer CD-ROM zu infizieren. Wesentlich gebräuchlicher ist die Variante, die Software im Anhang einer E-Mail oder als Teil einer Nachricht in einem Sozialen Netzwerk zu versenden. Der Versand kann durch bereits zuvor gekaperte Bots geschehen. Das heißt die

⁷ Vgl. BT-Drs. 10/5058, S. 258.

⁸ S. hierzu die Nachricht „Botnetz infiziert Kühlschrank“, abrufbar unter <http://www.golem.de/news/thingbot-botnetz-infiziert-kuehlschrank-1401-103978.html> (zuletzt abgerufen am 20.04.2016); hierzu auch *Roos/Schumacher*, MMR 2014, 377 (377).

⁹ Vgl. Bundeskriminalamt, Cybercrime Bundeslagebild 2014, S. 9; Bundesamt für die Sicherheit in der Informationstechnik, Die Lage der IT-Sicherheit in Deutschland 2015, S. 30.

¹⁰ Zum gleichen Schluss gelangen auch das Bundesamt für die Sicherheit in der Informationstechnik (Die Lage der IT-Sicherheit in Deutschland 2015, S. 30) und der Branchenverband der Internetwirtschaft, vgl. die Ausführungen auf der vom Branchenverband zur Verfügung gestellten Plattform [botfrei.de](http://www.botfrei.de), abrufbar im Internet unter <https://www.botfrei.de/informieren.html> (zuletzt abgerufen am 20.04.2016). Ein plakatives Beispiel liefert die Entscheidung des *LG Düsseldorf*, Urt. v. 22.3.2011 – 3 KLS 1/11 (=MMR 2011, 624 f.).

¹¹ Jahresstatistik 2015 des Verbandes der Internetwirtschaft e.V., abrufbar im Internet unter <https://www.eco.de/2016/pressemeldungen/botfrei-de-jahresstatistik-2015-zahl-der-zombierechner-weiter-bedrohlich.html> (zuletzt abgerufen am 20.4.2016).

¹² A.a.O.

¹³ Bundesamt für die Sicherheit in der Informationstechnik, Die Lage der IT-Sicherheit in Deutschland 2015, S. 30.

¹⁴ A.a.O., S. 30.

¹⁵ Jahresstatistik 2015 des Verbandes der Internetwirtschaft e.V., abrufbar im Internet unter <https://www.eco.de/2016/pressemeldungen/botfrei-de-jahresstatistik-2015-zahl-der-zombierechner-weiter-bedrohlich.html> (zuletzt abgerufen am 20.4.2016).

¹⁶ A.a.O.; mit Bezug hierzu auch Bundeskriminalamt, Cybercrime Bundeslagebild 2014, S. 9.

¹⁷ Ausführlich zu den technischen Wegen des Spreading *Wagner*, IT-Security und Botnetze, Aktuelle Angriffs- und Abwehrmethoden, 2011, S. 27 – 28.

Botware übernimmt ein System, loggt sich in den vorhandenen E-Mail Client oder Facebook-Account ein und versendet sich selbst an alle gespeicherten Kontakte. Zum Teil wird die Software als Trojaner in anderen Programmen oder Dateien versteckt. Stark zugenommen hat die Infizierung mit der Methode des Drive-by-infection¹⁸. Die Botware wird bei dieser Methode auf einem infizierten Server versteckt. Wenn dort gespeicherte Websites aufgerufen werden, wird automatisch auch die Botware im Hintergrund geladen. All diesen Infizierungsmöglichkeiten ist gemeinsam, dass sie dem jeweiligen Nutzer des Geräts im Regelfall verborgen bleiben. Einmal eingedrungen stellt die Botware eine Verbindung zum C&C her und meldet Bereitschaft. In diesem Moment wird das Gerät zum Bot. Der Botmaster kann nun Befehle an den Bot senden.

Betrachtet man die technischen Grundlagen, so kann man drei Phasen in Bezug auf den Aufbau und Betrieb von Botnetzen identifizieren. Die Erste Phase besteht in dem Programmieren der für die Fernsteuerung der Bots notwendigen Software. Die zweite Phase umfasst das Spreading, also die Infizierung der Geräte mit der Botware. In der dritten Phase wird das Botnetz dann zu weiteren Aktionen verwendet.

Sobald die Botware auf das System installiert ist, wird von einem digitalen Hausfriedensbruch gesprochen. Eine Verbindung zum C&C oder die Ausführung von Befehlen ist nicht notwendig. Bereits die reine Infiltration, also das „Betreten“ des Systems, ist ausreichend. Der digitale Hausfriedensbruch im Zusammenhang mit Botnetzen wird somit in deren zweiter Phase, dem Spreading, verwirklicht.

III. Strafrechtliche Behandlung von Botnetzen

Unterzieht man diese zweite Phase einer strafrechtlichen Bewertung, so können sich diverse Strafbarkeiten ergeben. Insbesondere kommen die Tatbestände der §§ 202a, 202b und 303a StGB und § 44 Abs. 1 i.V.m. § 43 Abs. 2 Nr. 1, 4 BDSG in Betracht.

Mit dem § 202a StGB hat der Gesetzgeber das Ausspähen von Daten unter Strafe gestellt. Der Tatbestand wurde bereits 1986 in das StGB eingefügt¹⁹ und zuletzt durch das 41. StrÄndG²⁰ aus dem Jahr 2007 reformiert. Diese Änderung diente auch der Umsetzung der Cybercrimekonvention des Europarates und des Art. 2 des Rahmenbeschlusses²¹ über Angriffe auf Informationssysteme.²² Der Rahmenbeschluss wurde zwischenzeitlich durch die erwähnte

Richtlinie über Angriffe auf Informationssysteme ersetzt. Deren Art. 3 entspricht nahezu wortgleich dem mit dem 41. StrÄndG umgesetzten Art. 2 des Rahmenbeschlusses. Die Reform zielte vor allem darauf, das bis zum Jahr 2007 straflose sog. Hacking, also das computertechnische Überwinden von Zugangssperren zur Verschaffung der Zugangsmöglichkeiten auf Daten in die Strafbarkeit des § 202a StGB einzubeziehen.²³

Nach § 202a Abs. 1 StGB macht sich strafbar, wer sich oder einem anderen unbefugt Zugang zu Daten, die nicht für ihn bestimmt und gegen unberechtigten Zugang besonders gesichert sind, unter Überwindung dieser Zugangssicherung verschafft. Hierbei ist in Bezug auf den digitalen Hausfriedensbruch zweierlei zu beachten: Erstens schützt § 202a StGB eine formale Geheimnissphäre. Geschützt ist die Verfügungsbefugnis des Berechtigten an dem gedanklichen Inhalt der Daten, aber nur soweit der Dateninhaber durch eine Zugangssicherung ein besonderes Geheimhaltungsbedürfnis dokumentiert hat.²⁴ Die Zugangssicherung muss durch den Täter überwunden werden. Dabei sind die Anforderungen an die Zugangssicherung gering. Sie muss nur objektiv geeignet sein und subjektiv dazu dienen, den Zugriff Dritter auf die Daten zu verhindern.²⁵ Ob dies effektiv geschieht und ihr einziger Zweck ist, ist unerheblich. Somit reicht bereits die Vergabe eines Passwortes oder die Verschlüsselung von Daten aus.²⁶ Besteht eine solche Sicherungsmaßnahme nicht, ist § 202a StGB nicht erfüllt. Dies gilt auch, wenn das System mit einer Malware infiziert, also computertechnisch „Betreten“ wird.

Zweitens ist gefordert, dass sich der Täter Zugang zu den tatbestandlichen Daten verschafft. Bei dem Begriff des „Zugangs“ könnte man auf die Idee kommen, dass ein solcher vorliegt, wenn man ein System infiltriert, sich quasi digitalen Zugang zum System verschafft. Ein i.S.d. § 202a StGB tatbestandlicher Zugang liegt jedoch dann vor, wenn der Täter in der Lage ist, die Daten sichtbar zu machen.²⁷ Er muss die Daten nicht tatsächlich eingesehen haben. Es reicht aus, wenn er auf die Daten zugreifen könnte, wenn er wollte.²⁸ Der Zugang kann somit computertechnisch, z.B. durch das Einschleusen einer Malware auf das System vermittelt werden, wie es bei der Errichtung von Botnetzen üblich ist. Es ist jedoch auch möglich, einen USB-Stick aus einem Tresor zu stehlen und sich auf diese Weise den Zugang zu den auf dem Stick gespeicherten und durch den Tresor gesicherten Daten zu verschaffen.²⁹ Ein computertechnisches Eindringen in das System ist somit für die Verwirklichung des § 202a StGB nicht erforderlich.

¹⁸ S. zum Begriff die Erläuterungen in Bundeskriminalamt, Cybercrime Bundeslagebild 2014, S. 7 mit Fn. 11; *Roos/Schumacher*, MMR 2014, 377 (378 mit Fn. 8).

¹⁹ 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität vom 15.5.1986, BGBl. I 1986, S. 721 – 729; s. hierzu auch BT-Drs. 10/5058, S. 28.

²⁰ 41. Strafrechtsänderungsgesetz zur Bekämpfung der Computerkriminalität vom 7. 8. 2007, BGBl. I 2007, S. 1786 f.

²¹ Rahmenbeschluss 2005/222/JI des Rates vom 24.2.2005 über Angriffe auf Informationssysteme, Abl. EU L 69, S. 67.

²² Vgl. BT-Drs. 16/5449, S. 1; *Schumann*, NStZ 2007, 675 (675); *Ernst*, NJW 2007, 2661 (2661).

²³ *Popp*, in: AnwK-StGB, 2. Aufl. (2015), § 202a Rn. 1; *Ernst*, NJW 2007, 2661 (2661); *Schumann*, NStZ 2007, 675 (675 f.).

²⁴ *Graf*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 2. Aufl. (2012), § 202a Rn. 2; *Lenckner/Eisele*, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. (2014), § 202a Rn. 1; *Eisele*, Computer- und Medienstrafrecht, 2013, § 6 Rn. 1; krit. *Dietrich*, NStZ 2011, 247 ff.

²⁵ *Eisele*, in: Schönke/Schröder, § 6 Rn. 15; *Popp*, in: AnwK-StGB, § 202a Rn. 7 – 9; *Graf*, in: MüKo-StGB, § 202a Rn. 35 m. Bsp.

²⁶ *Roos/Schumacher*, MMR 2014, 377 (379); *Lenckner/Eisele*, in: Schönke/Schröder, § 202a Rn. 15.

²⁷ *Lenckner/Eisele*, in: Schönke/Schröder, § 202a Rn. 18; *Popp*, in: AnwK-StGB, § 202a Rn. 10; BT-Drs. 16/3656, S. 9.

²⁸ *Lenckner/Eisele*, in: Schönke/Schröder, § 202a Rn. 18; *Popp*, in: AnwK-StGB, § 202a Rn. 10; BT-Drs. 16/3656, S. 9.

²⁹ *Popp*, in: AnwK-StGB, § 202a Rn. 7.

Ein digitaler Hausfriedensbruch kann somit von § 202a StGB erfasst sein, zwingend ist dies nicht. Daher wird es jeweils Tatfrage sein, ob bereits durch das Eindringen der Botware in das vernetzte System eine Strafbarkeit nach dieser Norm besteht. Doch eine Botware, die nicht auch in der Lage ist, sich Zugang zu geschützten Daten zu verschaffen, wird dem kriminellen Botmaster kaum weiterhelfen. Denn das Botnetz soll ja gerade der Begehung weiterer Straftaten dienen, wozu die Daten der Betroffenen erforderlich sind. Daher wird die Botware über die Eingliederung des infizierten Systems in das Netzwerk zusätzlich die Funktionen bieten, fremde Daten in Form des § 202a StGB auszuspähen. So beispielsweise durch keylogging, passwordsniffing oder ähnliches. Und heutzutage verfügt praktisch jedes System über die erforderlichen Sicherungsmaßnahmen, sei es durch eine Tastensperre, eine Firewall oder ein Log-in.

Festzuhalten bleibt, dass § 202a StGB nicht die computertechnische Infiltration eines vernetzten Systems und damit den digitalen Hausfriedensbruch erfordert. Im Ergebnis wird § 202a Abs. 1 StGB in der Phase des Spreadings dennoch bis auf seltene Ausnahmen verwirklicht.³⁰ Daher wird der § 202a StGB bereits jetzt als Straftatbestand zur Erfassung des digitalen bzw. elektronischen Hausfriedensbruchs bezeichnet.³¹

Zum vergleichbaren Ergebnis gelangt man, wenn man eine mögliche Strafbarkeit gem. § 44 Abs. 1 i.V.m. § 43 Abs. 2 Nr. 1, 4 BDSG in den Blick nimmt. Nach § 43 Abs. 2 Nr. 1 BDSG handelt derjenige ordnungswidrig, der vorsätzlich oder fahrlässig unbefugt personenbezogene Daten, die nicht allgemein zugänglich sind, erhebt oder verarbeitet. § 43 Abs. 2 Nr. 4 BDSG normiert eine Ordnungswidrigkeit in den Fällen, in denen jemand vorsätzlich oder fahrlässig die Übermittlung von personenbezogenen Daten, die nicht allgemein zugänglich sind, durch unrichtige Angaben erschleicht. Auch durch diese Regelungen sollten Hacker-Angriffe erfasst werden.³² Ob die Infektion eines Systems mit einer Botware von § 43 Abs. 2 Nr. 1, 4 BDSG umfasst wird, ist ebenso wie bei § 202a StGB Tatfrage und danach zu beantworten, ob die Botware personenbezogene Daten erhebt, verarbeitet oder übermittelt. Unter der Verarbeitung ist gem. § 3 Abs. 4 BDSG das Speichern, Verändern, Übermitteln, Sperren oder Löschen personenbezogener Daten zu verstehen. Technisch notwendig ist eine solche Verarbeitung für eine Botware nicht. Doch wie schon bei § 202a StGB wird die Botware dies praktisch immer auch leisten. Denn die Erlangung personenbezogener Daten ist Voraussetzung für die Verwirklichung weiterer Cybercrimedelikte wie z.B. eines Computerbetrugs gem. § 263a StGB mittels ausgespäter Zugangsberechtigungen.

³⁰ Ebenso *Lenckner/Eisele*, in: Schönke/Schröder, § 202a Rn. 18; *Roos/Schumacher*, MMR 2014, 377 (379); beachte aber *Gröseling/Höfjinger*, MMR 2007, 549 (551) und *Gercke*, ZUM 2007, 283 (283), die jeweils auf denkbare Abweichungen hinweisen.

³¹ So etwa *Gröseling/Höfjinger*, MMR 2007, 549 (551); *Ernst*, NJW 2007, 2661 (2661); *Sieber*, in: Hoeren/Sieber/Holznapel (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht, Loseblatt, 45. EL, Stand: 6/2015, Teil 19 Rn. 418.

³² Vgl. BT-Drs. 11/4306, S. 55 zur alten Rechtslage; ebenso *Gola/Schumerus*, BDSG, 12. Aufl. (2015), § 43 Rn. 23; *Roos/Schumacher*, MMR 2014, 377 (379).

Zur Straftat wird dieses Verhalten gem. § 44 Abs. 1 BDSG wenn der Täter gegen Entgelt oder in der Absicht handelt, sich oder einen anderen zu bereichern oder einen anderen zu schädigen. Oftmals werden Botnetze installiert, damit der Botmaster das Netzwerk anderen Kriminellen zur Verfügung stellen kann. Er ist praktisch ein Dienstleister im Bereich der Cyberkriminalität. Hieraus kann die notwendige Bereicherungsabsicht ebenso folgen, wie aus dem Plan des Botmasters, das Botnetz selbst zu kriminellen Zwecken einzusetzen. Die Schädigung Dritter ist dann ein notwendiges Zwischenziel und daher auch zu bejahen.

Ebenfalls im Bereich des Möglichen liegt eine Strafbarkeit gem. § 202b StGB durch die Infektion. Nach § 202b StGB macht sich strafbar, wer sich mittels technischer Anlagen unbefugt Daten verschafft, die sich im elektronischen Übertragungsvorgang befinden. Hierdurch werden die Inhalte aller elektronischer Datenübermittlungsvorgänge erfasst, sei es E-Mail, Telefon, Voice over IP, Fax, WLAN-Übertragung, Bluetooth, etc.³³ § 202b StGB kann erfüllt sein, wenn die Infektion durch Zugriff auf eine Datenübertragung erfolgt, beispielsweise wenn durch einen infizierten E-Mailserver alle ein- und ausgehenden E-Mails abgefangen und mit dem schadhafte Anhang weitergeleitet werden.³⁴

Zudem kann durch die Infektion eine Strafbarkeit gem. § 303a StGB in Betracht kommen. In der Norm ist die Datenveränderung strafrechtlich erfasst. Es wird jedes rechtswidrige Löschen, Unterdrücken, Unbrauchbarmachen oder Verändern von Daten unter Strafe gestellt.

§ 303a StGB schützt die Integrität und Verwendbarkeit eines gespeicherten Datenbestandes.³⁵ Nur der Berechtigte kann straflos Änderungen herbeiführen. Nicht geschützt ist die Integrität eines Speichermediums an sich. Das heißt, dass ein tatbestandliches Verändern des Datenbestandes nur vorliegt, wenn die bereits auf einem Speichermedium vorhandenen Daten inhaltlich umgestaltet werden.³⁶ Wer ohne einen solchen inhaltlichen Eingriff lediglich Daten hinzufügt, erfüllt den Tatbestand nicht. Dies bedeutet, dass das bloße Eindringen in das und die Installation der Botware auf das System zunächst keine Datenveränderung i.S.d. § 303a StGB darstellen. Greift die Botware im Zuge der Installation jedoch auf vorhandene Daten zu und führt dort zu inhaltlichen Veränderungen, ist § 303a StGB erfüllt. In Anbetracht des Umstandes, dass die Botware für ihr Funktionieren die Zuweisungen von Ressourcen des Systems verändern und bestehende Protokolle umschreiben muss, ist auch dieser Tatbestand gegeben.

³³ *Eisele*, in: Schönke/Schröder, § 202b Rn. 4; *Popp*, in: AnwK-StGB, § 202b Rn. 3; *Graf*, in: MüKo-StGB, § 202b Rn. 9; *Ernst*, NJW 2007, 2661 (2662).

³⁴ *Graf*, in: MüKo-StGB, § 202b Rn. 16; *Eisele*, Computer- und Medienstrafrecht, 2013, § 7 Rn. 39.

³⁵ *Popp*, in: AnwK-StGB, § 303a Rn. 1; *Hilgendorf/Frank/Valerius*, Computer- und Internetstrafrecht, 2. Aufl. (2012), Rn. 192; *Eisele*, § 9 Rn. 62.

³⁶ *Ernst*, NJW 2003, 3233 (3238); *Popp*, in: AnwK-StGB, § 303a Rn. 10; *Eisele*, § 9 Rn. 76.

Neben der skizzierten Strafbarkeit könnte bei einer erheblichen Beeinträchtigung von IT-Anlagen durch die Installation der Botware auch eine Computersabotage gem. § 303b StGB verwirklicht werden. Eine solche Beeinträchtigung realisiert sich zumeist erst in der dritten Phase, der Nutzung des Botnetzes zu kriminellen Zwecken. Letztlich kommen auch die Straftatbestände des TKG im Falle des Abhörens von Individualkommunikation in Betracht. Sofern sich die Fälle nicht schon mit denen der §§ 202a, 202b StGB decken, werden auch diese Tatbestände weitgehend erst in der dritten, hier nicht zu betrachtenden Phase verwirklicht werden.

Es bleibt somit festzuhalten, dass in der Phase des Spreadings durch die Infektion mit einer Botware die Tatbestände der §§ 202a und 303a StGB, 44 Abs. 1 i.V.m. 43 Abs. 2 Nr. 1, 4 BDSG erfüllt werden. Zudem kann auch eine Strafbarkeit gem. § 202b StGB gegeben sein.

IV. Sinn und Unsinn eines Straftatbestandes gegen den Digitalen Hausfriedensbruch

Aus dem Gesagten können wir ersehen, dass eine weitreichende Strafbarkeit in der Spreadingphase von Botnetzen bereits besteht. De lege lata nicht kriminalisiert ist hingegen der – wohl theoretische – Fall, in dem der Täter zwar in das fremde System eindringt, indem er dort eine Botware installiert, diese jedoch weder in der Lage ist, gesicherte oder personenbezogene Daten einzusehen, noch in den vorhandenen Datenbestand inhaltlich einzugreifen oder Nutzer- und/oder Nutzungsdaten zu erheben. Dieser Zustand reicht nach zutreffender Ansicht zur Umsetzung der dargestellten inter- und supranationalen Vorgaben von EU und Europarat aus.³⁷ Damit setzt sich ein möglicher Straftatbestand gegen den digitalen Hausfriedensbruch dem Vorwurf aus, rein symbolisches Strafrecht zu verwirklichen.

Jedoch könnte die Kriminalisierung trotz dieser Bedenken seine Berechtigung haben. Denn es ist durchaus denkbar, dass das bestehende Strafrechtsregime nicht die Beeinträchtigung aller tangierten Rechtsgüter abbildet. Insbesondere nicht das Schutzgut des digitalen Hausfriedensbruchs erfasst. Es gilt daher zu beantworten, was überhaupt das Schutzgut eines neu zu schaffenden Tatbestands des digitalen Hausfriedensbruchs wäre.

Der Blick führt hierbei zunächst auf das analoge Vorbild, den § 123 StGB. Dessen Schutzgut ist umstritten. Die h.M.³⁸ sieht zu Recht das Hausrecht als geschützt an. Dieses Recht beinhaltet die Freiheit zu bestimmen, wer sich innerhalb einer bestimmten räumlichen Sphäre aufhalten darf und wer nicht.³⁹ Übertragen auf den digitalen Hausfriedensbruch müsste somit ein digitales Hausrecht bestehen, vermöge dessen der Inhaber darüber bestimmen kann, wer sich in einer bestimmten digitalen Sphäre aufhalten darf und wer nicht. Dies birgt kaum absehbare Bestimmtheitsprobleme. Bereits die Definition der digitalen

Sphäre lässt sich nicht bestimmt erreichen. Soll es sich hierbei um die in einem Computersystem verfügbaren Speicherkapazitäten handeln, also um Festplatte, RAM, Cache usw.? Und falls ja, erfasst dies auch mobile Speichermedien wie SD-Karten und USB-Sticks? Gilt das nur, wenn diese mit dem Hauptsystem verbunden oder auch dann, wenn sie hiervon entfernt worden sind? Und was passiert, wenn das Medium mit einem anderen System verbunden wird? Wird es dann Teil des neuen Systems oder ist es dem Alten zuzuordnen?

Selbst wenn sich eine klare Umgrenzung der digitalen Sphäre erreichen ließe, etwa anhand der Zuordnung zur Hardware, ergeben sich mit Blick auf die technische Realität weitere Probleme. So sind die digitalen Sphären, in denen sich eine Person bewegt, in Zeiten von flächendeckender mobiler Vernetzung und Cloud Computing mehr als diffus. Wenn die Daten, auf die ein Nutzer zugreifen möchte, und die Programme, denen er sich hierzu bedient, gar nicht mehr auf der eigenen Hardware gespeichert sind, so verkümmert die digitale Sphäre bei dem skizzierten hardwareorientierten Verständnis zu einer bloßen Tür ohne geschützten Raum.

Auch fragt sich, wer eigentlich der Inhaber des digitalen Hausrechts sein soll. Wäre dies wiederum hardwarebezogen zu interpretieren, läge der Schluss nahe, dem Eigentümer des Systems das digitale Hausrecht zuzusprechen. Doch die Eigentumsverhältnisse lassen kaum einen Rückschluss auf die Person zu, die durch den digitalen Hausfriedensbruch tangiert wird. So beispielsweise wenn ein Computer von mehreren Familienmitgliedern genutzt wird. Zwar ist anerkannt, dass im Rahmen des § 123 StGB das reale Hausrecht mehreren Personen zustehen kann.⁴⁰ Bei dem gemeinsam genutzten Familien-PC mag das auch in Bezug auf eine digitale Sphäre nachvollziehbar sein. Anders bei geleasteten Systemen, man denke an Firmenserver oder Firmenlaptops. Hier weichen Nutzer, Eigentümer und Dateninhaber voneinander ab. Zudem werden oft private und dienstliche Datenbestände miteinander vermischt. Gleiches gilt bei finanzierten Systemen, die unter Eigentumsvorbehalt stehen. Hiervon sind viele Smartphones betroffen, die im Rahmen eines Mobilfunkvertrags finanziert werden. Ein ähnliches Problem stellt sich mit Blick auf vermietete oder verliehene Geräte wie WLAN-Router, die vom Accessprovider für die Dauer eines Vertrages überlassen werden.

Will man das digitale Hausrecht dagegen dem Nutzer des Systems zubilligen, so stellt sich die Frage, ob es nur insoweit besteht, wie der Nutzer tatsächlich über das System verfügen kann, oder ob es sich auf das Gesamtsystem erstreckt. Wieso aber im letzten Fall ein Nutzer in seinem digitalen Hausrecht beeinträchtigt sein soll, wenn die Botware nur in diesem Nutzer nicht zur Verfügung stehende Ressourcen oder Datenbestände eingreifen kann, erschließt sich nicht.

³⁷ So z.B. *Ernst*, NJW 2007, 2661 (2661); *Schumann*, NSTZ 2007, 675 (675 f.)

³⁸ *Lenckner/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, § 123 Rn. 1; *Fischer*, StGB, 63. Aufl. (2016), § 123 Rn. 2; *Ostendorf*, in: NK, 4. Aufl. (2013), § 123 Rn. 3; *Schäfer*, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 2. Aufl. (2012), § 123 Rn. 1; *Lilie*, in: LK-StGB, Bd. 5, 12. Aufl. (2009), § 123 Rn. 159.

³⁹ *Schäfer*, in: MüKo-StGB, § 123 Rn. 2; *Graf v. Schlieffen*, in: AnwK-StGB, § 123 Rn. 1; *Lilie*, in: LK-StGB, § 123 Rn. 1; *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, § 123 Rn. 1; s. auch *OLG Frankfurt*, NJW 2006, 1746 (1749).

⁴⁰ BGHSt 21, 224 (226); *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, § 123 Rn. 18; *Fischer*, § 123 Rn. 4; *Graf v. Schlieffen*, in: AnwK-StGB, § 123 Rn. 11 f.

Ein digitales Hausrecht strafrechtlich zu schützen geht daher schon im Ansatz an der technischen Realität vorbei und sieht sich nicht lösbaren rechtlichen Bestimmtheitsproblemen gegenüber. Ein digitales Hausrecht kommt damit als Schutzgut eines Straftatbestands gegen den digitalen Hausfriedensbruch nicht in Frage.

Berücksichtigt man, dass die Infiltration eines Systems die Nutzung des dort vorhandenen Speicherplatzes und dessen Ressourcen bedingt, so könnte man als Schutzgut des digitalen Hausfriedensbruchs das Eigentum an dem infiltrierten System annehmen. Mit der Nutzung des Systems ist die umfassende Verfügungsgewalt des Eigentümers eingeschränkt, so dass eine Rechtsgutsbeeinträchtigung gegeben wäre. Auch wird diese Eigentumsbeeinträchtigung durch die bestehenden Straftatbestände der §§ 202a, 202b, 303a und 303b StGB nicht erfasst. Jedoch wären auch hier die skizzierten Probleme in Bezug auf ein Abweichen von Eigentümer, Nutzer und Dateninhaber ungelöst. Auch hat der Gesetzgeber aus gutem Grund die reine Nutzungsentziehung nur in dem begrenzten Umfang des § 248b StGB strafrechtlich erfasst.⁴¹ Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Botware zumeist nur zuvor ungenutzte Ressourcen verwendet oder im Hinblick auf die Gesamtleistungsfähigkeit des Systems einen äußerst geringen Ressourcenbedarf aufweist. Belegen lässt sich dieser Umstand daran, dass die meisten Betroffenen erst von der Eingliederung ihrer Systeme in ein Botnetz erfahren, wenn sie von den Behörden darauf hingewiesen werden.⁴² Daher ist die Eigentumsbeeinträchtigung am System durch den digitalen Hausfriedensbruch als so gering anzusehen, dass die strafrechtliche Erheblichkeitsschwelle nicht überschritten wird. Besonders eindringlich wird dies an dem Beispiel des eingangs genannten Kühlschranks deutlich. Dessen Eigentümer kann ohne Frage sein kaltes Bier genießen, gleichgültig ob der Kühlschrank in ein Botnetz eingegliedert ist oder nicht. Auch das Eigentum scheidet somit als potenzielles Schutzgut des digitalen Hausfriedensbruchs aus.

Man könnte mit einem Blick in das Verfassungsrecht auf der Suche nach dem Schutzgut fündig werden. Denn der Schutz informationstechnischer Systeme vor unbefugtem Zugriff ist seit der Online-Durchsuchung-Entscheidung des *BVerfG*⁴³ als grundrechtlich verbürgt anerkannt. Die Verbürgung erfolgt innerhalb des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts in der Ausprägung des Rechts auf die In-

tegrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme⁴⁴, welche auch als Computergrundrecht⁴⁵ bezeichnet wird. Geschützt wird in Bezug auf Eingriffe des Staates gegenüber den Bürgern. Mit dem Gedanken der mittelbaren Drittwirkung von Grundrechten⁴⁶ und dem Bedürfnis nach einem adäquaten Persönlichkeitsschutz auch gegenüber Privaten lässt sich der Schutzgedanke auf das materielle Strafrecht übertragen. Das *BVerfG* hat in der Entscheidung anerkannt, dass der Einzelne zu seiner Persönlichkeitsentfaltung auf die Nutzung informationstechnischer Systeme angewiesen ist.⁴⁷ Dies umfasst neben der Kommunikation und Interaktion mit anderen auch den Konsum von digitalen Medienangeboten wie Filmen und Musik oder die bloße Information über Websites etc. Werden die informationstechnischen Systeme zur Persönlichkeitsentfaltung genutzt, fallen zwangsläufig Unmengen an persönlichkeitsrelevanten Daten an, die der Nutzer entweder selbst in das System eingibt oder die das System bei der Nutzung generiert.⁴⁸ Die Fülle dieser Informationen könnte in Umfang und Vielfalt durch einen Eingriff auf das System einen Einblick in wesentliche Teile der Lebensgestaltung einer Person ermöglichen oder gar ein aussagekräftiges Bild der Persönlichkeit des Betroffenen offenbaren.⁴⁹ Müsste der Einzelne nun befürchten, dass diese Daten von einer staatlichen Stelle – oder im Falle einer Infektion durch Cyberkriminelle von privaten Dritten – erhoben und verarbeitet werden, stünde zu befürchten, dass er aufgrund dieser Möglichkeit sein Nutzungsverhalten und damit seine Persönlichkeitsentfaltung anpasst.⁵⁰ Daher schützt das als Computergrundrecht bezeichnete Recht das Interesse des Nutzers, dass die vom System erzeugten, verarbeiteten oder gespeicherten Daten in der Gesamtheit vertraulich bleiben.⁵¹ Somit darf auf das System nicht zugegriffen werden, weil auf diese Weise die entscheidende Hürde für die Ausspähung, Überwachung oder Manipulation des Systems sowie eine weitere Datenerhebung überschritten ist.⁵²

Demnach passt das Computergrundrecht als Schutzgut für den Tatbestand des digitalen Hausfriedensbruchs perfekt.

Wer nun aber glaubt, mit Archimedes „Heureka“ schreien zu können, weil die Lösung des Problems gefunden ist, der wird enttäuscht. Denn auch in Bezug auf dieses Schutzgut sind noch viele Fragen ungeklärt. Insbesondere fragt sich, wie schon beim digitalen Hausrecht, wem das Rechtsgut der Vertraulichkeit und Integrität des informationstechnischen Systems eigentlich zusteht. Diese Frage

⁴¹ Der unbefugte Gebrauch fremden Eigentums ist danach nur in Bezug auf Fahrzeuge unter Strafe gestellt. Diese systemfremde Regelung erklärt sich aus der historischen Entwicklung der Norm, die im Wortlaut dem § 1 Abs. 1, 2, 3 und 5 der (Not-)Verordnung des Reichspräsidenten gegen den unbefugten Gebrauch von Kraftfahrzeugen und Fahrrädern vom 20.10.1932 entspricht; *Hohmann*, in: *MüKo-StGB*, § 248b Rn. 2, 5; im Einzelnen zum Tatbestand s. *Zöller*, *Strafrecht BT I*, 2. Aufl. (2015), Rn. 110 – 120.

⁴² Vgl. Bundeskriminalamt, *Cybercrime Bundeslagebild 2014*, S. 9; *Jahresstatistik 2015 des Verbandes der Internetwirtschaft e.V.* auf botfrei.de, abrufbar im Internet unter <https://www.eco.de/2016/pressemitteilungen/botfrei-de-jahresstatistik-2015-zahl-der-zombierechner-weiter-bedrohlich.html> (zuletzt abgerufen am 20.04.2016).

⁴³ *BVerfG*, Urt. v. 27.2.2008 – 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07 = *NJW* 2008, 822 – 837.

⁴⁴ *BVerfG*, *NJW* 2008, 822 (824); hierzu *Murawiek*, in: *Sachs, GG*, 7. Aufl. (2014), Art. 2 Rn. 73c; *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher*, *Grundrechte Staatsrecht II*, 31. Aufl. (2015), Rn. 417; *Ipsen*, *Staatsrecht II Grundrechte*, 18. Aufl. (2015), Rn. 325a f.

⁴⁵ Vgl. *Murawiek*, in: *Sachs*, Art. 2 Rn. 73c; *Ipsen*, Rn. 325a f.; *Kutscha*, *DuD* 2012, 391 (391).

⁴⁶ Vgl. grundlegend *Ipsen*, Rn. 70; *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher*, Rn. 203.

⁴⁷ *BVerfG*, *NJW* 2008, 822 (824).

⁴⁸ A.a.O., 824 f.

⁴⁹ A.a.O., 827.

⁵⁰ A.a.O., 825.

⁵¹ A.a.O., 827.

⁵² A.a.O., 827; hierzu *Murawiek*, in: *Sachs*, Art. 2 Rn. 73c f.

kann hier jedoch eindeutig beantwortet werden: Es geht bei dem durch das Computergrundrecht vermittelten Schutz nicht um das Verfügungsrecht über eine wie auch immer geartete Sphäre, sondern um die Sicherung der entscheidenden Hürde, die einem umfassenden Zugriff auf und der Erhebung von Daten entgegensteht. Daher muss derjenige geschützt werden, dessen Daten durch die Infektion des Systems betroffen wären, also der Dateninhaber. Letztlich wäre dessen Interesse an der Geheimhaltung der Daten protektiert. Das Computergrundrecht strafrechtlich über einen Tatbestand des digitalen Hausfriedensbruchs zu schützen bedeutet somit nichts anderes, als einen strafrechtlichen Vorfeldschutz zu etablieren. Und hier beißt sich die Katze in den Schwanz. Denn der Dateninhaber und dessen Geheimhaltungsinteressen sind bereits durch die §§ 202a StGB, 43 Abs. 2 Nr. 4 BDSG umfassend geschützt.⁵³

V. Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten:

1. Unter dem Begriff des digitalen Hausfriedensbruchs ist das computertechnische Eindringen in ein informationstechnisches System zu verstehen.
2. Der digitale Hausfriedensbruch wird in der Phase des Spreading verwirklicht.
3. De lege lata besteht eine weitreichende Kriminalisierung der Spreadingphase. Je nach Ausgestaltung der Botware ist das Spreading von den §§ 202a, 202b, 303a StGB und § 44 I i.V.m. § 43 II Nr. 4 BDSG erfasst.
4. Will man das Eindringen in ein informationstechnisches System darüber hinaus weiter kriminalisieren, kann dies nur zum Schutz eines Rechtsguts erfolgen, das von den Schutzgütern der verwirklichten Tatbestände abweicht.
5. Der Schutz eines digitalen Hausrechts parallel zum realen Hausrecht i.S.d. § 123 StGB ginge an der technischen Realität vorbei und sieht sich nicht überwindbaren Bestimmtheitsproblemen ausgesetzt.
6. Auch das Eigentum an dem System scheidet als Schutzgut aus.
7. Möglich wäre es, das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG in seiner Ausprägung als Recht auf die Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme als Schutzgut zu deklarieren.
8. Ein solchermaßen vermittelter Schutz stünde jedoch nur dem Dateninhaber mit Blick auf seine Geheimhaltungsinteressen an den Daten zu. Dieser Schutz ist bereits durch die §§ 202a StGB, 43 Abs. 2 Nr. 4 BDSG strafrechtlich gewährleistet.

Im Ergebnis ist die Schaffung eines neuen Straftatbestands des digitalen Hausfriedensbruchs daher abzulehnen. Weder aus internationalen Vorgaben, noch mit Blick auf das potenzielle Schutzgut ergibt sich die Notwendigkeit einer weiteren Kriminalisierung. Daher gilt auch hier, wie bei vielen gesetzgeberischen Initiativen der letzten Zeit: Wir benötigen keine neuen Strafnormen, sondern mehr Mittel für die Strafverfolgungsbehörden, um die bestehenden Tatbestände effektiv durchzusetzen.

⁵³ Insoweit zweifelt *Murswiek* auch die Notwendigkeit des Computergrundrechts neben dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung an, *Murswiek*, in: Sachs, Art. 2 Rn. 73d.

Vorratsdatenspeicherung – Endlich?!

von Dr. Jakob Dalby*

Abstract

Dieser Beitrag befasst sich mit der strafprozessrechtlichen Regelung zur Vorratsdatenspeicherung in § 100g StPO sowie der korrespondierenden Regelung zur Datenspeicherung in § 113b TKG. Insbesondere der Umfang der durch die Telekommunikationsunternehmen zu speichernden Daten sowie die konkrete Ausgestaltung der „Erhebung“, also des Abrufs, durch die Strafverfolgungsbehörden sind von Interesse. Einzelne kritische Punkte werden hierbei herausgegriffen und bewertet. Der Beitrag versucht jedoch keine abschließende Prüfung der Verfassungsmäßigkeit dieser besonders umfangreichen Regelung, sondern beurteilt nur besondere Problemfelder auf deren verfassungsgemäße Umsetzung.

This Essay deals with the provisions on criminal proceedings with regard to data retention under Sec. 100g StPO and the corresponding provision in Sec. 113b TKG. Especially the extent of data that has to be stored by the relevant telecommunication companies as well as the specific structuring of the data „collection” – the retrieval of data – by the law enforcement authorities are of interest. The essay focuses on some of the crucial issues within the aforementioned sections. A final assessment of the particularly complex provision regarding data retention therefore is not given but the assessment of the specific problems (extent & retrieval) and their constitutional solution.

I. Einführung

Die Vorratsdatenspeicherung ist mittlerweile vermutlich das Steckenpferd vieler Autoren geworden. Vorerst ist die Diskussion im luftleeren Raum jetzt beendet. Der Gesetzgeber hat Fakten geschaffen. Man möchte sagen: Endlich! Zu prüfen ist jedoch, ob nicht ein fragender Unterton angebracht ist. Zumindest hat der Gesetzgeber sich im Nebenbei der Flüchtlingskrise dieser Regelungsthematik angenommen und es so geschafft, das wohl „heißeste Eisen“ der jüngeren strafverfolgungsrechtlichen Grundsatzdiskussion lautlos zu schmieden. Dieser Beitrag erläutert die Systematik der Regelung und bewertet die Konzeption der §§ 113b TKG und § 100g Abs. 2 StPO.¹ Der Fokus liegt auf dem Anwendungsbereich der Norm (Datenumfang) und den Verwendungs- und Abrufbestimmungen für die Strafverfolgungsbehörden.

II. Der rechtliche Rahmen

Den rechtlichen Rahmen der neuen Vorratsdatenspeicherung bilden Art. 1 und Art. 2 des Gesetzes zur Einführung einer Speicherpflicht und einer Höchstspeicherpflicht für Verkehrsdaten vom 10.12.2015.² Hiermit führte der deutsche Gesetzgeber die §§ 113a - g TKG neu ein und änderte den § 100g StPO. Dies ist die gesetzgeberische Antwort auf die Frage „wieviel“ Vorratsdatenspeicherung eingedenk der verfassungs- und europarechtlichen Rechtsprechung noch möglich ist.³ Die Regelungen sollen die Vorratsdatenspeicherung grundrechtskonform im Hinblick auf das Telekommunikationsgeheimnis aus Art. 10 GG sowie die datenbezogenen Grundrechte aus Art. 7 und Art. 8 der Grundrechtecharta ausgestalten.⁴

III. Systematik: Doppeltürmodell

Die Systematik der Vorratsdatenspeicherung mit der Begründung der Speicherpflicht und der Bestimmung der Verantwortlichen und sonstiger Parameter (Art und Dauer) im TKG und der korrespondierenden Zugriffsnorm für den Abruf durch die Strafverfolgungsbehörden in der StPO, folgt dem bekannten Schema des Auskunftsverfahrens über Bestandsdaten (vgl. §§ 113 TKG i.V.m. § 100j StPO).⁵ Diese Auseinanderziehung der konkreten Verantwortlichkeiten und Voraussetzungen in zwei verschiedene Gesetze in einem Zwischenschritt, nennt sich „Doppeltürmodell“. Hierdurch werden die Vorschriften, die zum Umgang mit personenbezogenen Daten ermächtigen, in verschiedene, aufeinander aufbauende Eingriffe verschachtelt: Erhebung, Speicherung und Übermittlung (1. Tür) sowie Datenabruf und -übermittlung (2. Tür). Dies ist eine maßgebliche Anforderung an die Verfassungsmäßigkeit der Maßnahme.⁶ Die Speicherpflicht und Übermittlungsberechtigung des TKG wird durch die Zugriffsregelung (Erhebungsermächtigung) in der StPO zu einer Übermittlungspflicht konkretisiert.

1. Die erste Tür: Speicherverpflichtung im TKG

a) Verpflichtete, Umfang der Speicherpflicht und Übermittlungsberechtigung

Die Verpflichtungen zur Speicherung von Verkehrsdaten und die sonstigen Regelungsgegenstände (u.a. Datensicherheit) der §§ 113b bis 113g TKG beziehen sich auf Erbringer öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste für Endnutzer gem. § 113a Abs. 1 S. 1 TKG. Dies

* Der Verfasser ist Legal Counsel (Legal and External Affairs), British American Tobacco GmbH, Hamburg.

¹ Fragen zur Datensicherheit etc., wie sie das BVerfG verändert sehen wollte im Vergleich zum § 100g a.F. sind nicht Gegenstand des Beitrags.

² BGBl. I 2015, S. 2218, in Kraft seit dem 18.12.2015.

³ BVerfG, NJW 2010, 833 und EuGH, NJW 2014, 2169.

⁴ BT-Drs. 18/5088, S. 21-23.

⁵ S. zur manuellen Bestandsdatenauskunft Dalby, CR 2013, 361.

⁶ „Jeder dieser Eingriffe bedarf jeweils einer eigenen Rechtsgrundlage, wobei eine Zusammenfassung mehrerer Rechtsgrundlagen in einer Norm nicht ausgeschlossen ist“, BVerfG, Beschl. v. 24.1.2012 – 1 BvR 1299/05, Rn. 123.

sind Telekommunikationsdienstunternehmen i.S. von § 3 Nr. 6 lit. a) TKG, also nicht bloß bei der Übermittlung von Daten mitwirkende Unternehmen.⁷ Anbieter, die ihren Kunden nur eine kurzzeitige Nutzung des Telekommunikationsanschlusses ermöglichen (Hot Spots in Hotels, Restaurants und Cafés) sind nicht erfasst.⁸ Der Umfang der zu speichernden Daten ergibt sich aus § 113b TKG als fachgesetzliche Kernregelung der Vorratsdatenspeicherung im Sinne der ersten Tür. Sie bestimmt die Adressaten sowie die Grundvoraussetzungen der Speicherpflichten und legt die zu speichernden Datenkategorien fest und macht Vorgaben, wie die Speicherung der Daten und deren Löschung zu erfolgen haben.⁹

§ 113b Abs. 1 TKG enthält die Verpflichtung zur Datenspeicherung, differenziert nach Verbindungsdaten (klassische Verkehrsdaten wie Rufnummer, Datum, Uhrzeit, dynamische IP-Adresse, vgl. § 113b Abs. 2 und Abs. 3 TKG) und nach Standortdaten. Die Verbindungsdaten dürfen höchstens zehn Wochen gespeichert werden; Standortdaten (§ 113b Abs. 4 TKG) dürfen hingegen nur für vier Wochen gespeichert werden.

§ 113b Abs. 2 S. 1 TKG regelt die einzelnen Speicherpflichten für Erbringer öffentlich zugänglicher Telefondienste und umfasst Ausprägungen wie Festnetz, Mobilfunk und Internettelefonie. Bei der Übermittlung von SMS, MMS und ähnlichen Nachrichten beziehen sich die Zeitpunkte der Telekommunikation auf Versendung und Empfang der Nachricht (§ 113b Abs. 2 S. 2 Nr. 1 TKG). § 113b Abs. 2 S. 2 Nr. 2 TKG erstreckt die Speicherpflicht auf nicht entgegengenommene oder erfolglose Anrufe. Dies war bereits im Rahmen des § 113a Abs. 5 TKG a. F. mit einem anderen Wortlaut der Fall. § 113b Abs. 2 Nr. 4 TKG regelt die Speicherung von IMSI (lit. a) und IMEI (lit. b) als die internationalen Kennungen von Anschluss und Endgerät. Lit. c erfasst Prepaidkarten und ordnet die Speicherung des Zeitpunkts der ersten Aktivierung des Dienstes an.¹⁰ § 113 Abs. 2 Nr. 5 TKG erfasst IP-Adressen

bei der Internettelefonie.¹¹

Als wichtigste Regelung muss der folgende § 113b Abs. 3 Nr. 1 TKG bezeichnet werden. Er regelt insbesondere die Pflicht zur Speicherung der dynamischen IP-Adresse für Erbringer öffentlich zugänglicher Internetzugänge. Ferner ist neben der dynamischen IP-Adresse auch die „eindeutige Kennung des Anschlusses“ sowie die „zugewiesene Benutzerkennung“ zu speichern, um die „Rückverfolgung und Identifizierung der Quelle des Kommunikationsvorgangs besser zu ermöglichen“ (§ 113b Abs. 3 Nr. 2 TKG).¹² Die Gesetzesbegründung schweigt sich dazu aus, was diese Begrifflichkeiten meinen. In Betracht kommen verschiedene Kennungen, wie etwa NAT¹³ oder die MAC-Adresse¹⁴. Diesen ist gemein, dass hierdurch nicht konkret ein Nutzer mit Klarnamen identifizierbar ist, sondern es sich um eine zuordenbare Kennung (etwa eine Nummernfolge) handelt. Kategorisch kann es sich sowohl um Bestandsdaten, wie auch Verkehrsdaten handeln. Weder die Begrifflichkeit „eindeutig“, noch „zugewiesen“, sagt etwas darüber aus, ob es sich um eine permanente Zuordnung handelt, wie es etwa bei der statischen IP-Adresse der Fall ist, oder um eine pro Sitzung vergebene Kennung. Jedenfalls bleibt unklar, welche Daten der Gesetzgeber hiervon erfasst sieht. Gem. § 113 Abs. 4 TKG sind die Standortdaten des anrufenden und des angerufenen Anschlusses bei Beginn der Verbindung, also die konkreten Bezeichnungen der Funkzellen, für vier Wochen zu speichern.

§ 113c TKG konkretisiert nun die Übermittlungsberechtigung im Falle der Anfrage von Strafverfolgungsbehörden

⁷ Erbringer zeichnen sich dadurch aus, dass den Kunden regelmäßig ein eigener, in der Regel auf unbestimmte Dauer angelegter, Telekommunikationsanschluss zur selbstständigen Verwendung überlassen wird, vgl. BT-Drs. 18/5088, S. 37.

⁸ Interessant ist insofern, dass die Erhebungs-, Verwendungs- und Speicherberechtigung der §§ 96 ff. TKG enger ist, als die Zugriffsregelung des § 100g StPO (impliziert auch nicht öffentliche Telekommunikationsdienste und nicht geschäftsmäßig erbrachte). Dies erklärt sich damit, dass die Strafverfolgungsbehörden selbst auch Verkehrsdaten in Echtzeit erheben dürfen (vgl. § 100g Abs. 1 S. 3 StPO) und hierzu nicht mehr nur auf die (berechtigt) gespeicherten Daten des Telekommunikationsdiensteanbieters angewiesen sind; dies bezieht sich auf Standortdaten, aber auch darüber hinaus können Echtzeit-Abfragen erfolgen, vgl. *Hegmann*, Beck OK-StPO, § 100g Rn. 7 mit Verweis auf die Umsetzung des Art. 20 der Cybercrime Convention). Dies ergibt sich aber auch bereits aus einem Umkehrschluss aus § 100g Abs. 5 StPO, wonach sich eine Verkehrsdatenabfrage, die nicht beim Anbieter stattfindet, erst nach Abschluss des Telekommunikationsvorgangs nach den allgemeinen Regeln richtet (§§ 94 ff. StPO). D.h. der Gesetzgeber geht davon aus, dass eine Erhebung – und zwar nicht nur von Standortdaten in Echtzeit ohne Einbindung des Telekommunikationsdiensteanbieters – möglich sein, diese mithin auch Bibliotheken, Unis, Hotspots etc. betreffen kann.

⁹ Anders als nach § 113a TKG a. F. sind die Daten ausschließlich im Inland zu speichern; eine Verlagerung durch Speicherung in einem anderen Mitgliedstaat der EU ist nicht möglich. Dies sollte die in §§ 113c ff. TKG enthaltenen Anforderungen an die Verwendung und die Sicherheit der Daten gewährleisten.

¹⁰ Nicht alle Prepaid-Anschlüsse werden hiervon erfasst. So ist auch eine Aktivierung ohne das Erzeugen von Verkehrsdaten möglich, soweit die Aktivierung des Dienstes auf eine Weise erfolgt, bei der Verkehrsdaten weder erzeugt noch verarbeitet werden, wie dies etwa der Fall sein kann, wenn die Freischaltung durch eine sofortige Onlineanmeldung bei Vertragsschluss erfolgt. Dieser Fall wird auch nicht von § 113 TKG erfasst.

¹¹ Dies ist notwendig, da die Speicherung einer dynamischen IP-Adresse noch keinen Aufschluss über den Adressaten des Internettelefonats gibt.

¹² BT-Drs. 18/5088, S. 39.

¹³ Netzwerkadressübersetzung (englisch Network Address Translation, kurz NAT) ist in Rechnernetzen der Sammelbegriff für Verfahren, die automatisiert Adressinformationen in Datenpaketen durch andere ersetzen, um verschiedene Netze zu verbinden, vgl. <https://netzpolitik.org/2015/vorratsdatenspeicherung-kann-noch-mehr-jetzt-auch-mit-vollprotokollierung-von-portnummern/> (zuletzt abgerufen am 28.7.2016).

¹⁴ Die Media Access Control ist die Hardware-Adresse des einzelnen Netzwerkadapters und somit ein eindeutiger Identifikator des Geräts, vglb. der Gerätenummer eines Smartphones (IMEI). Sie ist manuell änderbar, sodass hier wohl kaum die MAC gemeint sein kann. <http://www.itwissen.info/definition/lexikon/MAC-Adresse-MAC-address.html> (zuletzt abgerufen am 28.7.2016)

nach § 100g Abs. 2 StPO zweckbezogen zu einer Übermittlungsverpflichtung.¹⁵

b) Bewertung

Die zentrale Forderung des *EuGH* in puncto Speicherpflicht ist die Beschränkung der Datenspeicherung „auf das absolut Notwendige“.¹⁶ Demnach ist eine ausnahmslose Speicherung sämtlicher Verkehrsdaten aller Kommunikationsmittel in Bezug auf alle Personen, die zugleich anlasslos, d.h. ohne (auch nur) mittelbare Veranlassung durch die Betroffenen erfolgt und nicht im mittelbaren oder entfernten Bezug zwischen Datenspeicherung und Bekämpfung schwerer Straftaten steht, nicht mit den europäischen und mithin mit den verfassungsmäßigen Grundrechten vereinbar.¹⁷

aa) Anlasslose Speicherung ist verfassungsgemäß

Gleichwohl werden im Rahmen der Vorratsdatenspeicherung Daten anlasslos gespeichert. In diesem Punkt driftet die Einschätzung des deutschen Gesetzgebers mit einer kritischen Lesweise des *EuGH*-Urteils auseinander. Der deutsche Gesetzgeber erkennt in der obigen Zusammenfassung der *EuGH*-Rechtsprechung nur eine Aufzählung der Gründe, die die Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung und eine entsprechende nationalstaatliche Umsetzung grundrechtswidrig machen würden – und zwar „in Summe“.¹⁸ Diese Auffassung fußt darauf, dass der *EuGH* nicht explizit Stellung zur Frage bezieht, ob die eine oder andere Spielart der Vorratsdatenspeicherung schlechthin unzulässig ist.¹⁹ Folglich hält der deutsche Gesetzgeber weiterhin an der Anlasslosigkeit der Speicherung fest, wobei er gleichzeitig verschiedenste Forderungen umsetzt.

So werden nicht alle verfügbaren Daten gespeichert (etwa URL nicht). Zudem darf eine Zweckverwendung nach § 113c TKG nur bei Verdacht besonders schwerer Straftaten erfolgen.

In der Tat ist dies jedoch nur ein „marginales Nachgeben“ gegenüber der europäischen Rechtsprechung.²⁰ Diese ist aber nicht frei von Tadel – ganz unabhängig davon, wie man die Grundsätze der Entscheidung lesen möchte. Ein Verzicht auf die anlasslose Speicherung von Verkehrsdaten würde die Vorratsdatenspeicherung nämlich ihres Wesenskerns berauben. Schließlich zeichnet sich eine sinnvolle Speicherung dadurch aus, dass sie auch bisher nicht auffällige Personen einbezieht. Etwa Phänomene wie die „Lonely Wolves“²¹ verdeutlichen dieses Dilemma. Diese Täter achten eben gerade peinlich genau darauf, keine Datenspuren zu hinterlassen, die eine mittelbare oder auch nur entfernte Verbindung zu bestimmten Verdachtspersonen schaffen. Ihnen nachzuspüren, auch wenn es nur zur Rekonstruktion des Täterverhaltens vor der Tat ist, wäre schwierig, wenn Datensätze vollständig fehlen.

Freilich gehen die Einschätzung des Nutzens der Vorratsdatenspeicherung bei Befürwortern und Gegnern komplett auseinander.²² Um diesem Problem gerecht zu werden, wurde jedoch die Evaluationsklausel eingeführt – wengleich auch erst auf Nachruf des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz – sodass der Nutzen sich noch in einer Endbewertung zeigen muss.²³ Dies stellt einen weiteren notwendigen Schritt dar, um die Geeignetheit der Vorratsdatenspeicherung und mithin die Erforderlichkeit zu beurteilen. Die Evaluationsklausel soll dem Ziel der Beschränkung der Datenspeicherung auf das absolut Notwendigste auf lange Sicht garantieren.²⁴

¹⁵ Natürlich sind die gespeicherten Daten auch präventiv für die Polizeien nutzbar gem. § 113c Abs. 1 Nr. 2 TKG. Eine solche Übermittlung ist zulässig, wenn eine Gefahrenabwehrbehörde unter Berufung auf eine gesetzliche Befugnis die Übermittlung verlangt zum Zwecke der Abwehr einer konkreten Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person oder den Bestand des Bundes oder eines Landes. Die Auskunft zur Verfolgung oder Verhinderung von Ordnungswidrigkeiten ist nicht von der Zweckverwendung erfasst.

¹⁶ *EuGH*, NJW 2014, 2169 (2172).

¹⁷ *EuGH*, NJW 2014, 2169. Unverhältnismäßiger Eingriff in Art. 7 (Recht auf Privatheit) und Art. 8 (Schutz personenbezogener Daten) der EU-Grundrechtecharta, ferner auch ein Eingriff in Art. 10 GG respektive das informationelle Selbstbestimmungsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.

¹⁸ Der Gesetzgeber spricht insoweit von einer „Vielzahl von Kritikpunkten, die in ihrer Gesamtbetrachtung die Unverhältnismäßigkeit bedeuteten“ und einer „Kombination“ von langer Speicherdauer ohne Differenzierung nach Datenart, vgl. BT-Drs. 18/5088, S. 23.

¹⁹ Vgl. *EuGH*, Urt. v. 8.4.2014 – C 293/12, C 594/12, Rn. 69: „Aus der Gesamtheit der vorstehenden Erwägungen ist zu schließen, dass der Uniongesetzgeber beim Erlass der RL 2006/24 die Grenzen überschritten hat, die er zur Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im Hinblick auf die Art. 7, 8 und 52 I der Charta einhalten musste.“

²⁰ *Nachbaur*, ZRP 2015, 215 (216). Zur Frage wie sich die europäische Rechtsprechung auf den nationalen Umsetzungsspielraum einer Vorratsdatenspeicherung ausgewirkt, s. *Wollenschläger/Krönke*, NJW 2016, 906; *Boehm/Andrees*, CR 2016, 146.

²¹ Einzeltäter ohne institutionalisierte Gruppenzugehörigkeit, die terroristische Anschläge verüben.

²² So kommt das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in einem Gutachten 2011 zu dem Ergebnis, dass keine Schutzlücken entstehen, wenn auf die Vorratsdatenspeicherung verzichtet würde, vgl.

http://vds.brauchts.net/MPI_VDS_Studie.pdf (zuletzt abgerufen am 28.7.2016); Richter am *BGH Nikolaus Berger* hingegen begründet den Nutzen der Vorratsdatenspeicherung in seiner Stellungnahme zum Regierungsentwurf 2015 mit praktischen Beispielen, vgl. <http://www.bundestag.de/blob/387808/d6991ea70ad90bf15cceaec565c36b3b/berger-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 28.7.2016);

Münch führt die Anschläge in Paris als Beispiel für eine effektive Rückverknüpfung von Verkehrsdaten zur Rekonstruktion von Personenverbindungen an, *Münch*, ZRP 2015, 130 (131, 132); a.A. *Nachbaur*, ZRP 2015, 215 (216).

²³ Nach der Beschlussempfehlung des Ausschusses wurde in Art. 7 des Gesetzes eine Evaluierungsklausel eingefügt, BT-Drs. 18/6391, S.3.

²⁴ Da es keine empirischen Studien im Vergleich zur vorhergehenden gesetzlichen Regelung zur Speicherung von Verkehrsdaten gibt und auch ökonomisch die Kosten, die die Einführung einer Speicherpflicht für die Telekommunikationsunternehmen birgt, in das Ergebnis einzustellen sind, ist die Evaluation zielführendes Mittel. Berücksichtigt soll auch die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Regelungen werden. Den Vorgaben der „Konzeption zur Evaluierung neuer Regelungsvorhaben“ des Ausschusses der Staatssekretärinnen und Staatssekretäre für Bürokratieabbau in der am 23.1.2013 beschlossenen Fassung wird Rechnung getragen; vgl. BT-Drs. 18/6391, S. 9. Faktenbasis bilden die statistischen Erhebungen unter dem neuen § 101b StPO, wonach über die Maßnahmen nach § 100g StPO eine Übersicht zu erstellen ist. Sinnvoll wäre es, in diese Übersicht sogleich mit aufzunehmen, ob der erfolgreiche Abschluss des Verfahrens gerade aufgrund der Verkehrsdatenabfrage gelungen ist. Dies wäre mühelos zu integrieren gewesen und würde eine Erleichterung der Evaluationsarbeit ermöglichen. Im besten Fall wird das Evaluationsergebnis die Hypothese zur Einführung der Vorratsdatenspeicherung – nämlich diejenigen Lücken zu schließen, die eine rein reaktive und zukunftsgerichtete Abfrage von Verkehrsdaten hinterlässt – tatsächlich praktisch bestätigen.

Die Versteifung der Kritiker der Vorratsdatenspeicherung auf die Anlasslosigkeit berücksichtigt im Übrigen Wirk- und Zweckmechanismus des Doppeltürmodells nicht ausreichend. Die Intensität der anlasslosen Speicherung einer Vielzahl von Daten wird nämlich abgefedert durch sehr strenge Abrufmechanismen.²⁵ Die Verfassungsmäßigkeit der anlasslosen Speicherung rechtfertigt sich über die enge Zweckbegrenzung des § 113c TKG. Dem Gesetzgeber ist in diesem Punkt beizupflichten. Diese Zweckbindung darf nun aber nicht im Nachhinein aufgeweicht werden, wenngleich eine gewisse Lockerung der Abrufvoraussetzungen noch keine Verfassungswidrigkeit bedeuten würde (hierzu sogleich in der Bewertung des § 100g Abs. 2 StPO).

bb) Speicherpflicht für dynamische IP-Adresse begründenswert

Als längst überfällig darf die Aufnahme einer expliziten Speicherpflicht für das wichtigste Verkehrsdatum, die dynamische IP-Adressen, bezeichnet werden.²⁶ Diese korrespondiert mit der Ergänzung in § 100j Abs. 2 StPO, wonach für Bestandsdatenauskünfte zu dynamischen IP-Adressen auf nach § 113b TKG gespeicherte Verkehrsdaten zurückgegriffen werden darf. Man kann zwar davon ausgehen, dass bereits vorher ein Pool dynamischer IP-Adressen abfrag- und zuordnenbar war, doch die Speicherung dieser dynamischen IP-Adressen auf Grundlage der §§ 96 ff. TKG war hochstreitig. Grund hierfür: Das Dienstunternehmen benötigt diese nicht für Abrechnungszwecke bei der heutigen Verbreitung von Flatrate-Tarifen.²⁷ Kompliziert wurde die Speicherberechtigung über § 100 TKG konstruiert.²⁸ Teilweise wehrten sich die Dienstunternehmen auch explizit gegen die Abfrage der dynamischen IP-Adressen unter Verweis auf die ungeklärte Rechtsgrundlage.²⁹

Der Gesetzgeber korrigiert mit der Aufnahme nunmehr auch seine eigene Gesetzgebung, führte er doch mit § 113 Abs. 1 S. 2 TKG im Juli 2013 eine Regelung ein, die die Zuordnung dynamischer IP-Adressen voraussetzte, obwohl diese eben nicht hätten gespeichert werden dürfen.³⁰

cc) Speicherung der „eindeutigen Anschlusskennung“ und „zugewiesene Benutzerkennung“ fragwürdig

Bereits über das manuelle Auskunftsverfahren, das explizit den Zweck der Personenidentifizierung verfolgt, ist über die Verknüpfung von dynamischer IP-Adresse mit

Bestandsdaten die Identifizierung einer bestimmten Person als Anschlussinhaber möglich. In § 113c Abs. 1 Nr. 3 TKG ist im Rahmen der Zweckverwendung die Möglichkeit der Auskunftserteilung über die dynamische IP-Adresse geregelt für ein anschließendes manuelles Auskunftsverfahren nach § 113 Abs. 1 S. 3 TKG. Dieser Verweis ist vollkommen korrekt, da über die Zuordnung der dynamischen IP-Adresse die dahinterstehende Auskunft über die Bestandsdaten des Anschlussinhaber als Mittel der Personenidentifikation erlangt werden können.

Fraglich ist jedoch, wozu diese Zuordnung überhaupt noch zu erfolgen hat und wie sich die Qualität dieser Auskunft über die hinter einer zu einem bestimmten Zeitpunkt vergebenen dynamischen IP-Adresse stehenden Bestandsdaten von der „eindeutigen Anschlusskennung“ und der „zugewiesenen Benutzerkennung“ i.S.d. § 113 Abs. 3 Nr. 2 TKG unterscheiden. Dies legt die Vermutung nahe, es handelt sich um eine informationstechnische Tautologie. Soweit die Regelung nun aber den genauen Benutzer identifizieren möchte, unterscheidet sich die Regelung vom manuellen Auskunftsverfahren i.V.m. § 100j StPO, welches nur über den Inhaber des „Internetvertrags“ aufklärt. Obwohl die Benutzerkennung nicht die Speicherung eines Klarnamens bedeutet, sondern nur etwa einer Nummernfolge, die erst über eine anschließende Bestandsdatenabfrage nach §§ 112, 113 TKG die Zuordnung zu einer Person bzw. einem Geräteinhaber ermöglicht, vermag die Intensität dieser Auskunft höher sein, als die Auskunft über die Geräteerkennung eines Smartphones (IMEI) oder besagte Zuordnung dynamischer IP-Adressen. Eine Benutzerkennung eines internetfähigen Gerätes hat schon nach dem Wortlaut einen höheren Aussagewert über die dahinterstehende Person. Ihr liegt eine konkrete Identifizierbarkeit zugrunde, sodass letztendlich personengenau eine Geräte-Zuordnung zu der Person erfolgen könnte, die Initiator der Internetnutzung ist. Dies birgt eine erhöhte Eingriffsintensität, da ohne größeren Aufwand eine Profilerstellung der Internetaktivitäten unter dieser Nutzerkennung möglich erscheint. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Gesetzgeber hiermit systemfremd ein Bestandsdatum in den § 113b TKG aufgenommen hat. Anders als bei der geteilten Nutzung von Internetanschlüssen ist nämlich zu unterstellen, dass mittlerweile die meisten Nutzer über ein eigenes personalisiertes Endgerät das Internet nutzen, dass sich permanent durch eine Benutzerkennung im Internet identifizierbar machen würde. Ähnliche Probleme

²⁵ A.A. *Roßnagel*, NJW 2016, 533 (538).

²⁶ In der Praxis sind dynamische IP-Adressen von der größten Wichtigkeit in Zusammenhang mit Cybercrime (90,2 % der Auskunftersuchen waren Abfragen anhand einer dynamischen IP-Adresse im Jahr 2011, vgl. den Abschlussbericht BKA 2011 – Stand der statistischen Datenerhebung im BKA zu den Auswirkungen des Urteils des *BVerfG* zu „Mindestspeicherfristen“, S. 5, https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Themen/Sicherheit/Mindestspeicherfrist/studie.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt abgerufen am 28.7.2016).

²⁷ Im Erg. auch *BGH*, NJW 2011, 1509 (1510) in Bezug auf Flatrate-Tarife; vgl. auch *Dittscheid/Rudloff*, in: Beck'scher TKG Kommentar, § 45i TKG Rn. 9 f.

²⁸ V.a. vom *BGH* vertreten *BGH*, NJW 2011, 1509; dagegen *Gercke/Brunst*, Praxishandbuch Internetstrafrecht (2010), Rn. 767 ff. zur Entgeltabrechnung; sehr ausführlich vor allem zur Störungsbeseitigung *Breyer*, MMR 2011, 57; zum für und wider nach der alten Rechtslage ausführlich *Dalby*, Grundlagen der Strafverfolgung im Internet und der Cloud – Möglichkeiten, Herausforderungen und Chancen (2016), S.86 ff.

²⁹ So etwa Vodafone mit dem Hinweis, dass eine Speicherung dynamischer IP-Adressen über die Verbindung hinaus nicht notwendig sei; vgl. <http://www.loschelder.de/de/rechtsanwaelte/aktuelles-rechtsfragen/details/artikel/vodafone-wehrt-mit-loschelder-unberechtigten-auskunftersuchen-von-abmahnern-ab-datenschutz-im-inte.html> (zuletzt abgerufen am 28.7.2016).

³⁰ Die Behörde kann über das Abfangen von Telekommunikation und die Überwachung einer Website zwar auch selbst an die dynamischen IP-Adressen kommen, jedoch werden diese zumeist aus den Log-Files des Anbieters stammen, sodass er deren Mitwirkung bedarf.

dürften mit der IPv6 anstehen. Jedenfalls verdient der § 113b Abs. 3 TKG weiter beobachtet zu werden. Eine abschließende Beurteilung kann derzeit nicht erfolgen.

2. Die zweite Tür: Zugriffsregelung in den Fachgesetzen zur Verwendung und Abruf der Daten

a) Voraussetzungen des Abrufs

Die Grobstruktur des § 100g StPO erklärt sich ebenfalls bestens anhand des Doppeltürmodells. Dies wird insbesondere deutlich an der Zweiteilung der Vorschrift nach Art der Daten und zugehörigen Abrufvoraussetzungen. So erfasst § 100g Abs. 1 StPO die Daten, die Telekommunikationsunternehmen ganz unabhängig von der Einführung der Vorratsdatenspeicherung bereits geschäfts- und somit nach §§ 96 ff. TKG rechtmäßig speichern.³¹ Ein Abruf dieser Daten durch Strafverfolgungsbehörden ist einfacher möglich als derjenige nach § 100g Abs. 2 StPO. Dieser regelt nämlich die Zugriffs Voraussetzungen auf Daten, deren Speicherverpflichtung durch § 113b TKG neu umrissen wurde.

Der Gesetzgeber nutzt die Heranziehung eines Straftatenkatalogs zur Beschränkung der Zugriffs Voraussetzungen auf „Vorratsdaten“. Die Einordnung der „Schwere“ der Straftat in das abgestufte Intensitätskonzept der StPO (mittlere, schwere, besonders schwere Kriminalität), die im Einzelfall auch schwer wiegen muss, hat sich bewährt.³² § 100g Abs. 2 StPO fordert – vergleichbar § 100c StPO – eine besonders schwere Straftat. Dieser Bereich der Kriminalität ist dann betroffen, wenn die Folgen der Tat für betroffene Rechtsgüter besonders schwer sind. Bei bestimmten Straftaten ist die hinreichende Schwere auch im Einzelfall schon durch das verletzte Rechtsgut indiziert (Rechtsgutindikation etwa bei Mord und Totschlag), bei anderen bedarf sie der eigenständigen Feststellung, etwa durch einen Straftatenkatalog.³³ Der Gesetzgeber hat diese auf den § 100c StPO gemünzte Rechtsprechung des *BVerfG* aufgegriffen. Im Kern sind „besonders schwere Straftaten“ damit solche, die im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe von mehr als fünf Jahren Dauer bedroht sind und

solche, bei denen der Qualifikationstatbestand mit einer höheren Strafe als fünf Jahre Freiheitsstrafe droht.³⁴

§ 100g Abs. 2 StPO knüpft die Erhebung der Daten, die nach § 113b TKG verpflichtend zu speichern sind,³⁵ an verschiedene Erfordernisse: (1.) Sie sind nur bei Verdacht einer bestimmten, besonders schweren, im Einzelnen aufgezählten Straftat (Straftatenkatalog) zulässig;³⁶ (2.) die nach § 113b TKG gespeicherten Verkehrsdaten dürfen nur erhoben werden, wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, dass jemand als Täter oder Teilnehmer einer Katalogtat ist; (3.) eine Erhebung darf nur erfolgen, soweit dies für die Erforschung des Sachverhalts erforderlich ist und die Erhebung der Daten in einem angemessenen Verhältnis zur Bedeutung der Sache steht (Subsidiaritätsklausel).

Der Straftatenkatalog weist eine Schnittmenge mit den in § 100a Abs. 2 StPO enthaltenen Straftaten auf, ist diesem gegenüber jedoch noch reduziert. Es handelt sich um Straftaten, die der Bekämpfung des Terrorismus oder dem Schutz höchstpersönlicher Rechtsgüter, insbesondere Leib, Leben, Freiheit und sexuelle Selbstbestimmung, dienen und solcher, bei denen Verkehrsdaten nach kriminalistischer Erfahrung besonders wertvoll sind (etwa Verbreitung kinderpornographischer Schriften).

Herauszuheben ist, dass § 100g Abs. 3 StPO eine Sonderregelung zu Funkzellenabfragen enthält. Durch die Legaldefinition der Funkzellenabfrage wird eine normenklare Ermächtigungsgrundlage geschaffen. Funkzellenabfragen, bei denen auf die nach § 96 Abs. 1 TKG gespeicherten Daten zugegriffen werden soll, erfolgen auf der Grundlage von Absatz 3 Satz 1. Hiermit reagiert der Gesetzgeber auf die Intensität der Abfrage und verengt die Zulässigkeit, um die unverhältnismäßige Beeinträchtigung einer Vielzahl von Betroffenen zu vermindern.³⁷

In Ergänzung der in § 99 Abs. 2 S. 2 TKG genannten Ausnahme von der Speicherpflicht des § 113b Abs. 2 TKG verbietet § 100g Abs. 4 TKG die Erhebung von Verkehrsdaten in Bezug auf alle in § 53 Abs. 1 S. 1 StPO genannten

³¹ Das *BVerfG* hatte diesen Teil der Vorschrift des § 100g StPO in seinem Urteil nicht beanstandet, insbesondere auch nicht die Erhebung von Verkehrsdaten, welche die Telekommunikationsunternehmen nach Maßgabe der §§ 96 ff. TKG zu geschäftlichen Zwecken speichern. Herauszuheben in Bezug auf den nicht vorratsdatenbezogenen § 100g Abs. 1 StPO ist, dass die Erhebung von Standortdaten nur für künftig anfallende Verkehrsdaten oder in Echtzeit zulässig (§ 100g Abs. 1 S. 1 Nr. 1) ist. Hierdurch differenziert der Gesetzgeber diese sensiblen Daten, die zur Erstellung von Bewegungsprofilen dienen, nach Verwendung für die Zukunft und Vorratsdaten. Konsequenz ist, dass nicht gespeicherte Standortdaten den Behörden nach wie vor im gleichen Umfang wie vor der Neufassung zur Verfügung stehen; auf gespeicherte Standortdaten ist der Zugriff nur noch unter den Bedingungen des Absatzes 2 möglich.

³² Vgl. §§ 100a Abs. 2, 100c Abs. 2, 112 Abs. 3 StPO.

³³ Die Qualifizierung einer Straftat als schwer muss aber in der Strafnorm – insbesondere etwa durch deren Strafraumen – einen objektivierte Ausdruck finden (vgl. *BVerfGE* 109, 279): „Die besondere Schwere der Tat im Einzelfall kann insbesondere durch die faktische Verzahnung mit anderen Katalogstraftaten oder durch das Zusammenwirken mit anderen Straftätern begründet werden“; vor allem organisierte Kriminalität fällt hierunter; vgl. *BVerfG*, Urte. v. 3.3.2004 - 1 BvR 2378/97, 1 BvR 1084/99, Rn. 335.

³⁴ *BVerfG*, Urte. v. 3.3.2004 - 1 BvR 2378/97, 1 BvR 1084/99, Rn. 238, 241.

³⁵ „Daten“ ist hier die korrekte Bezeichnung, da der § 113b TKG, wie erläutert, neben Verkehrsdaten auch Bestandsdaten umfasst bzw. im Rahmen der eindeutigen Benutzererkennung umfassen könnte.

³⁶ *BVerfG* und *EuGH* hatten den Anwendungsbereich der Vorratsdatenspeicherung auf schwere Kriminalität beschränkt, vgl. *BVerfGE* 125, 260 sowie *EuGH*, Urte. v. 8.4.2014, (Digital Rights) C-294/13 und C-594/12, Rn. 60. Eine Generalklausel oder lediglich die Verweisung auf Straftaten von erheblicher Bedeutung reichen hingegen nicht aus. Auch der Gerichtshof der Europäischen Union hat objektive Kriterien gefordert, die den Eingriff in Artikel 7 und 8 der Charta der Grundrechte auf Straftaten beschränken, die im Hinblick auf die betroffenen Grundrechte als hinreichend schwer angesehen werden können, um den Eingriff zu rechtfertigen *EuGH*, (Digital Rights) C-294/13 und C-594/12, Rn. 60.

³⁷ Lesenswert die Begründung als Beispiel dafür, dass der Gesetzgeber explizit versucht, auf Bedenken einzugehen und Missstände proaktiv zu korrigieren: „Bei den anordnenden Stellen soll das Bewusstsein dafür geschärft werden, dass es im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung stets einer besonderen Abwägung insbesondere im Hinblick darauf bedarf, dass durch die Funkzellenabfrage in regelmäßig unvermeidbarer Weise Verkehrsdaten Dritter erhoben werden.“, BT-Drs.18/5088, S. 32.

Berufsgruppen. Ein grundsätzliches Speicherverbot ist laut Gesetzgeber nicht möglich, da die Liste der Berufsgeheimnisträger permanent aktualisiert werden müsste und dies zudem nicht möglich wäre, weil dynamische IP-Adressen schließlich ständig neu vergeben würden.³⁸

Bekannt und bewährt hat sich die Abfederung des Grundrechtseingriffs durch Benachrichtigungspflicht und Richtervorbehalt. Diese finden sich in § 101a StPO.

b) Bewertung

Um es vorabzuschicken: Die Abrufregelung des § 100g Abs. 2 StPO ist verfassungsgemäß. Man könnte fast schon sagen, der Gesetzgeber ist „zu streng“ mit sich selbst. Es ist jedoch ein Fingerzeig für die mittlerweile bestehende Sensibilität des Gesetzgebers bei grundrechtsinvasiven Maßnahmen.

aa) Beschränkung auf Verfolgung besonders schwerer Straftaten (definitiv) ausreichend

Praktisch sinnvoll,³⁹ rechtlich zulässig und gleichsam erfreulich ist, dass der Gesetzgeber die Zugriffsvoraussetzungen heraufsetzt und an den §§ 100a und 100c StPO orientiert. Hiermit wird den Anforderungen des *BVerfG* an die Knüpfung der schweren Kriminalität ausreichend Rechnung getragen; die Regelung ist zweifelsohne verfassungsgemäß.⁴⁰ Es bestehen zudem weitgehende Übereinstimmungen mit § 100c StPO – wie die fast identische Abbildung der § 100c Abs. 2 Nr. 1 lit. a-I und Nrn. 2-7 StPO.⁴¹

Im Kern besteht nun zwischen Vorratsdatenspeicherung und einem Eingriff in Art. 10 GG durch die Telekommunikationsüberwachung oder ein sonstiges Abhören von Inhalten kein Wertungsunterschied mehr. Dies ist insofern verwunderlich, als dass § 100g Abs. 2 StPO in seiner Intensität nicht über § 100a StPO hinausgeht. Die Möglichkeit zur Erstellung von Bewegungsprofilen ist zwar weiterhin gegeben, doch müsste hierzu über einen viel längeren Zeitraum auf Verkehrsdaten zurückgegriffen werden. 10 Wochen sind wohl kaum ausreichend.⁴² Dies kann nun nur noch über eine sukzessive Verknüpfung der nach 10 Wochen zu löschenden Daten erfolgen. Der Aufwand dürfte immens sein. Etwa müssten über verschiedene Richtervorbehalte auch im Rahmen der §§ 113 TKG, 100j StPO immer wieder erneute Anfragen gestellt werden. Eine Zweckentfremdung des Instruments Vorratsdaten-

speicherung in einem ungehörigen und mithin verfassungswidrigen Ausmaß durch eine geschickte Abfrage steht nicht zu befürchten.⁴³

Umso mehr verwundert vor diesem Hintergrund die Zwecksetzung der Erhebung zur Bekämpfung der „besonders schweren Kriminalität“. Hiermit wird neben dem Straftatenkatalog eine Nähe zu § 100c StPO hergestellt, die die praktische Intensität der Vorratsdatenspeicherung nicht herzustellen vermag. Die Beschränkung der Erhebung nach § 100g Abs. 2 StPO auf schwere Straftaten vergleichbar der Regelung des § 100a StPO wäre ebenso verfassungsgemäß. Dies würde auch einen Gleichklang mit den sonstigen (tele)kommunikationsbezogenen Überwachungsmaßnahmen der StPO bedeuten, da die Nähe zu einer Inhaltsüberwachung seinen Widerhall im Wortlaut finden würde. Der Eingriff in Art. 10 GG durch den Zugriff auf Verkehrsdaten wäre als „kleine Schwester“ des § 100a StPO richtig verortet.⁴⁴

Im Ergebnis wird nun eine Verkehrsdatenabfrage in den Intensitätskontext einer Inhaltsüberwachung gestellt (Kataloge der §§ 100a und 100c StPO.) und semantisch sogar in den Intensitätskontext des Lauschangriffs (§100c StPO).

bb) Zweifel an der Begründung der „Nichtumsetzbarkeit“ eines Speicherverbots für Daten von Berufsgeheimnisträgern

Der Aufwand einer Listenerstellung für ca. 1000 Telekommunikationsanbieter dürfte sich in Grenzen halten, sodass die Begründung des Gesetzgebers mit einem nicht zu vertretenden Aufwand nicht trägt.⁴⁵ Richtig ist jedoch, dass eine solche Liste nur bei einer dauerhaften Zuordnung von IP-Adressen sinnvoll ist. Dynamischen IP-Adressen erschweren die Listenerstellung somit immens. Erneut darf man jedoch fragen, ob dieses Argument vor dem Hintergrund der „eindeutigen Benutzererkennung“ gem. § 113b Abs. 3 Nr. 2 TKG noch trägt, da hierüber schließlich eine Identifikation erfolgen könnte.

IV. Fazit

Man merkt dem Gesetzgeber das Bemühen an, eine gerichtsfeste Regelung zu schaffen. Dies dürfte mit der strafprozessualen Vorratsdatenspeicherung gelungen sein.⁴⁶ Ein fragender Unterton ist im Hinblick auf die Verfassungsmäßigkeit nicht mehr nötig. Endlich!

Der Gesetzgeber versucht sich an der Umsetzung folgenden Prämissen: Der Speicherumfang ist unkritisch, soweit

³⁸ Vgl. BT-Drs. 18/5088, S. 33.

³⁹ A.A. *Nachbaur*, ZRP 2016, 215 (216) zum Beispiel des § 89a StGB.

⁴⁰ Die Verfassungsmäßigkeit des Straftatenkatalogs des § 100a Abs. 2 StPO wurde bestätigt (*BVerfG*, Beschl.v. 12.10.2011, 2 BvR 236/08 = *BVerfGE* 129, 208). Wobei *Bär* zurecht darauf hinweist, dass der Katalog eher an § 100c StPO angelehnt ist; vgl. Beck-OK StPO, Ed. 24, § 100g StPO, Rn. 31. Dies ist aber unschädlich, da der § 100c StPO noch strengere Voraussetzungen aufweist, als der § 100a StPO. Erst Recht ist § 100g Abs. 2 StPO unter diesen Voraussetzungen verfassungsgemäß.

⁴¹ Eingehend hierzu *Bär*, in: Beck OK-StPO, Ed. 24, § 100g StPO, Rn. 32.

⁴² Der Gesetzgeber erachtet diese Speicherdauer als ausreichend, um in der weitaus überwiegenden Anzahl von Ersuchen eine Verfügbarkeit der maßgeblichen Daten sicherzustellen, BT-Drs. 18/5088, S. 37.

⁴³ Gleichzeitig dürfte die Aufdeckung organisierter Kriminalitätsstrukturen oder serieller Tatbegehungen hierdurch schwieriger, wenn auch nicht unmöglich werden, durch eine sukzessive Verknüpfung von Erhebungsergebnissen nach § 100g Abs. 2 StPO.

⁴⁴ So ja auch das *BVerfG*, das ausführte, dass der Eingriff „grundsätzlich nicht geringer wiegt als die inhaltsbezogene Telekommunikationsüberwachung“, NJW 2010, 833 (841).

⁴⁵ *Roßnagel* verweist zu Recht darauf, dass es der BNetzA gem. § 99 II TKG möglich ist eine aktualisierte Liste von Beratungsstellen zu führen und es daher nicht einzusehen ist, warum es bei den anderen Berufsgeheimnisträgern unmöglich sein soll. Bei der Erstellung der Listen könnten die jeweiligen Kammern, Parlamente oder Berufsvereinigungen unterstützen; NJW 2016, 533 (538).

⁴⁶ S. Beschl. des *BVerfG* zum einstweiligen Rechtsschutz, *BVerfG* 1 BvQ 42/15 und *BVerfG* 1 BvR 229/16, ersterer abgedruckt in diesem Heft ab S. 140 ff.

die Abrufvoraussetzungen den Grundrechtsschutz abbilden. Er schießt hierbei jedoch mit dem Willen, eine gerichts feste Regelung zu schaffen, über das Ziel hinaus, denn er knüpft die Vorratsdatenspeicherung an Voraussetzungen, die das intensitätsbezogenen Regelungskonzept der StPO in Frage stellen. Der Versuch, ein Ermittlungsinstrument in den Maßnahmenkatalog des 8. Abschnitts der StPO einzuführen, der entsprechend seiner Intensität zwischen der Bestandsdatenauskunft (§ 100j StPO) und der „Inhaltsdatenüberwachung“ (§ 100a StPO) liegt, gelingt systematisch nicht. Nun wird die Vorratsdatenspeicherung konzeptionell bereits auf dem Papier als schwerwiegender Eingriff statuiert, als ein expliziter Zugriff auf Inhalte der Telekommunikation. Der Gesetzgeber beraubt sich hiermit des Gestaltungsspielraums künftiger und dann tatsächlich gravierender Maßnahmen. Die Luft zwischen den jeweiligen Normen in der StPO wird dünner.

Doch selbst dies scheint die Kritiker dieses Instruments nicht zu befriedigen, die sich weiterhin an der Anlasslosigkeit der Speicherung abarbeiten. Getragen wird die Kritik von einer überbordenden Angst und Skepsis gegen-

über dem Gesetzgeber. Sie steht unter der Hypothese, dass die Wegmarke zu einem Überwachungsstaat allmählich passiert wird.

Wenngleich die Bastion der Speicherverpflichtung gefallen ist, steht der Schutzwall – die Verankerung einer verfassungsgemäßen Abrufermächtigung – nun robuster denn je möchte man ihnen zurufen.

Dies ist der Ansatzpunkt für eine versöhnliche Erklärung gegenüber den Bedenkenträgern: Die Abrufermächtigung wird nicht gelockert werden. Dies wäre eine schier unlösbare Aufgabe für den Gesetzgeber im Kontext der verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen, die von den Entscheidungen zum Lauschangriff über die Online-Durchsuchung und Vorratsdatenspeicherung ihren Niederschlag in der StPO gefunden haben. Die Eingriffsschwellen über das nun gesetzte Maß abzusenken, wäre der gesetzgeberische Dolchstoß für die Rechtsprechung des *BVerfG*. Die Befürchtungen der Kritiker haben sich insofern einen unmöglichen Entwicklungsschritt von der Realität entfernt.

STELLUNGNAHMEN ZU GESETZENTWÜRFEN

Zum Regierungsentwurf der Reform der Vermögensabschöpfung

von LOStA Folker Bittmann*

Abstract

Crime doesn't pay – Verbrechen darf sich nicht lohnen. Weil es nach bisheriger Rechtslage so schwierig ist, diesen ebenso einfachen wie einsichtigen Grundsatz im praktischen Strafverfahren durchzusetzen, legte das BMJV am 8.3.2016 einen Referentenentwurf zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vor. Bereits gut 4 Monate später, am 13.7.2016, beschloss das Bundeskabinett den nunmehr vorliegenden Regierungsentwurf. Sah es im optimistischen Frühling so aus, als solle die Vermögensabschöpfung zur 3. Spur des Strafrechts ausgebaut werden, so zeigt sich nun die die Freude an der Bewegung dämpfende Wirkung der Wärme des (wenngleich zeitweise verregneten) Sommers: Sollte das Ziel unverändert sein, so kann einer Novelle auf der Basis des Reg-E nur die Bedeutung eines Zwischenschritts auf dem Weg dorthin zukommen. Einige der ursprünglich tief in die Strukturen eingreifenden Änderungen sind der Fortentwicklung von Regelungen des bisherigen Rechts gewichen. Trotzdem enthält der Reg-E wichtige, wenngleich eher punktuelle Verbesserungen, überlässt die Antwort auf manche für die Justizpraxis wichtige Frage aber weiterhin den Gerichten und scheute vor der Übernahme, die Effizienz weiter steigender Vorschläge zurück. Übersichten über den Referentenentwurf finden sich bei Bittmann, NZWiSt 2016, 131; ders., ZinsO 2016, 873; Bund Deutscher Rechtspfleger, ZinsO 2016, 1512; Frind, NZI 2016, 674; Köllner/Cyrus/Mück, NZI 2016, 329; Müller-Sartori, WiJ 2016, 87; Rönnau/Begemeier, NZWiSt 2016, 260 (m.w.N. in Fn. 5) und WisteV, WiJ 2016, 175, s.a. den Einwurf von Dierlamm, StV 2016, Heft 8, I. Nachfolgend wird der Fokus auf einige Strukturfragen und auf Änderungen im Regierungsentwurf gerichtet.

Crime doesn't pay – because it is so difficult to establish this simple as evident principle in the criminal process regarding the current legal situation, the Federal Ministry of Justice of Germany presented a draft bill for the reformation of the disgorgement rules. Already about 4 months later, on July 13th 2016, the German Federal Cabinet concluded the now existing draft bill. While in an optimistic spring it seemed like the disgorgement rules would be expanded to the third track of criminal law, now the warmth of the (temporarily rainy) summer shows it's exercise lessening impact: if the aim is still unchanged, the draft bill can only be seen as an interim stage. Some of the modifications that were initially deeply interfering in the regulations, gave way to the development of the already existing law. Nevertheless, the draft bill contains important,

though selective improvements, leaves the answer to questions important to the justice praxis to the courts and shied away from the receipt of efficiency enhancing propositions. Overviews of the draft bill can be found at Bittmann, NZWiSt 2016, 131; ders., ZinsO 2016, 873; Bund Deutscher Rechtspfleger, ZinsO 2016, 1512; Frind, NZI 2016, 674; Köllner/Cyrus/Mück, NZI 2016, 329; Müller-Sartori, WiJ 2016, 87; Rönnau/Begemeier, NZWiSt 2016, 260 (m.w.N. in Fn. 5) und WisteV, WiJ 2016, 175, s.a. den Einwurf von Dierlamm, StV 2016, Heft 8, I. The following article will focus on some questions of structure and modifications in the draft bill.

I. Grundzüge des geltenden Rechts

1. Materielles Recht

Das geltende StGB differenziert zwischen Verfall und Einziehung. Letztere bereitet durchaus, aber nur wenige in der Praxis vorkommende Probleme: Gegenstände, die zum Begehen einer vorsätzlichen Tat dienen oder aus ihr hervorgebracht wurden, §§ 74 ff. StGB, lassen sich meist sinnlich erkennen, sicherstellen und einziehen. Vergleichbares gilt für Beziehungsgegenstände. Das sind solche, die zwar von der Tat unberührt blieben, auf die sich aber (wie z.B. auf Zigaretten bei Schmuggel oder Steuerhehlelei) die Tat bezog. Sie können nur nach Spezialvorschriften eingezogen werden. Praxisrelevanter und meist heftig umstritten ist die Entscheidung über den Verfall des aus der oder für die Tat Erlangten, §§ 73 ff. StGB. Die Rechtslage ist wenig übersichtlich geregelt. § 73 Abs. 1 S. 2 StGB bestimmt nämlich, dass der Verfall ausscheidet, soweit dem Verletzten Ansprüche aus der Tat erwachsen sind: Seine finanzielle Entschädigung soll nicht durch staatliche Abschöpfung erschwert oder gar verhindert werden. Weil aber zahlreiche Opfer von Vermögensstrafaten aus den unterschiedlichsten Gründen (Straftäter sind nur selten dankbare Prozessgegner; Kosten und sonstiger Aufwand der Rechtsverfolgung bei unsicherer Aussicht; aber vielleicht auch nicht immer durchweg sauberer eigener „Weste“) auf die Verfolgung ihrer Ansprüche gegen den Täter verzichten, blieb diesen vielfach ihr Ergaunertes erhalten. Vor ca. 10 Jahren schuf der Gesetzgeber daher die Möglichkeit des in § 111i Abs. 2-7 StPO hürdenreich geregelten „bedingten Verfalls“: Der Vorrang des Verletzten bleibt damit zwar erhalten. Setzt er seine Ansprüche aber nicht durch, so erwirbt der Staat 3 Jahre nach Rechtskraft des Urteils das vom Täter (oder einem Dritten) Erlangte. Wird jemand wegen einer schweren Tat

* Der Verfasser ist Leitender Oberstaatsanwalt in Dessau-Roßlau.

nach einer Vorschrift bestraft, die auf § 73d StGB verweist, so unterliegen Gegenstände im Zugriffsbereich des Täters dem (erweiterten) Verfall, wenn sie aus anderen Straftaten stammen, ohne dass die konkrete Herkunftstat festgestellt werden müsste.

Der Umfang der Abschöpfung wird nach dem Bruttoprinzip bestimmt. Aufwendungen für die Tat werden deshalb nicht abgezogen. Allerdings ist für einige Konstellationen umstritten, was „erlangt“ wurde.¹ Ist bei einem durch Bestechung erhaltenen Auftrag der Vertrag als solcher erlangt? Dann wären Leistung und Gegenleistung zu saldieren. Oder ist rechtlich nur, wirtschaftlich aber schmerzhaft, der Anspruch auf den kompletten Werklohn erlangt? Was kann abgeschöpft werden bei ungenehmigter Ausfuhr? Der gesamte Anspruch gegen den Vertragspartner, wenn das Geschäft als solches verboten war, hingegen nur die ersparten Kosten des Genehmigungsverfahrens, hätte die Ausfuhr gestattet werden müssen. Was aber gilt bei Ermessensentscheidungen? Wie verhält es sich bei Überladungen, Verstößen gegen die Lenkzeitverordnung, das Sonntagsfahrverbot und bei Geschwindigkeitsüberschreitungen? Nobody knows.

2. Vorläufige strafprozessuale Sicherung

Um im Fall einer Verurteilung die Einziehung oder den Verfall des Erlangten bzw. den jeweiligen Wert tatsächlich durchsetzen, d.h. vollstrecken zu können, kann die Staatsanwaltschaft die betroffenen Gegenstände bereits im Ermittlungsverfahren beschlagnahmen, §§ 111b und c StPO, oder deren Geldwert im Wege der Vollziehung eines erwirkten dinglichen Arrests sichern, §§ 111b und d StPO. Das gilt zugunsten der Verletzten auch dann, wenn der Verfall nach § 73 Abs. 1 S. 2 StGB ausgeschlossen ist, § 111b Abs. 5 StPO. Verletzte können (nur) auf dem Zivilrechtsweg einen Titel gegen den Beschuldigten erwirken, dessen Vollstreckung allerdings gem. §§ 111g und h StPO zu einer Verwertungsmöglichkeit im Rang des staatlichen Sicherungsrechts und damit vor etwaigen anderen Gläubigern führt, die nach dem strafprozessualen Zugriff in den Gegenstand vollstreckten.

Das funktioniert aber nur in den Fällen recht zufriedensstellend, in denen der Beschuldigte über ausreichend Geld verfügt und dieses (oder ein werthaltiger Gegenstand) sichergestellt zu werden vermochte. Bei Internetbetrügereien gibt es zwar Opfer in zuweilen vierstelliger Anzahl, aber meist lässt sich nur noch ein kleiner Teil des ihnen entzogenen Geldes auffinden. Dann müssen sich 1.000 Verletzte mit einem Schaden von je 100 €, insgesamt also von 100.000 €, um z.B. 10.000 € arretiertes Bankguthaben streiten. Die ersten Hundert haben vollen Erfolg, die restlichen 900 gehen komplett leer aus. Wer aber weiß im Vorhinein, ob er zu den 100 oder zu den 900 gehört? Und das für bestenfalls 100 €, aber garantiert viel Aufwand,

meist Ärger? Anders sieht es aus, wenn einer der Verletzten Insolvenzantrag stellt. Im Insolvenzverfahren werden alle Gläubiger gleich behandelt, theoretisch also bekäme jeder Verletzte 10 € (praktisch allerdings weniger, weil die Verfahrenskosten zuvor abgezogen werden und regelmäßig auch noch andere Gläubiger zu berücksichtigen sind, allerdings auch noch weitere Vermögensgegenstände zur Verteilung anstehen können).

Bei einer Aussicht auf eine derart niedrige Quote verzichten viele Geschädigte (verständlicherweise) darauf, ihre Ansprüche zu verfolgen.² Das freut die übrigen Gläubiger die plötzlich und unerwartet aufgrund der ertrogenen Gelder im Insolvenzverfahren mit vollständiger Befriedigung rechnen können. Und was wird mit dem Vermögen, das in solchen Fällen übrigbleibt?

Die Antwort ist heftig umstritten. *OLG Hamm*,³ *OLG Frankfurt*⁴ und das *KG*⁵ befürworten den Fortbestand der strafprozessualen Sicherung trotz Insolvenzeröffnung. Dann bleibt das Geld beim Justizfiskus, soweit Verletzte nicht darauf zugreifen. Diesen wie sonstigen Gläubigern steht es im Insolvenzverfahren als Vollstreckungsmasse nicht zur Verfügung. Das ist mit dem insolvenzrechtlichen Gleichberechtigungsgrundsatz unvereinbar.⁶ Deswegen halten *OLG Nürnberg*⁷ und wohl auch *OLG Karlsruhe*⁸ die Freigabe zugunsten des Insolvenzverfahrens für geboten. Zutreffend daran ist, dass der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung den Vorrang des Insolvenzverfahrens bedingt. Das zwingt aber keineswegs zu völliger Aufgabe der strafprozessualen Sicherungen. Den aufeinanderstrebenden Interessen wird es am besten gerecht, wenn das strafprozessuale Sicherungsrecht lediglich in den Rang hinter den Insolvenzbefehl zurücktritt, aber als solches fortbesteht und seine Kraft dort entfalten kann, wo es das Insolvenzverfahren nicht berührt, z.B. nach dessen Abschluss.⁹

II. Reformideen

1. Materielles Recht

Im materiellen Recht sollen die Institute der Einziehung und des Verfalls zu einem einheitlichen Instrument der *Einziehung von Taterträgen* zusammengefasst werden, § 73 StGB-E. Es soll umfassend gelten, so dass sich Verletzte (nur) aus dem befriedigen können, was der Staat eingezogen hat. Das *Bruttoprinzip* wird auf zwei Schritte aufgeteilt: Von all dem, was erlangt wurde, § 73 Abs. 1 StGB-E, sind alle Aufwendungen abziehbar, soweit sie nicht der Planung und Durchführung der Tat dienen, § 73d Abs. 1 StGB-E. Der *erweiterte Verfall* wird als *erweiterte Einziehung von Taterträgen*, § 73a StGB-E, auf sämtliche Taten ausgedehnt.¹⁰ Erträge aus *Organisierter Kriminalität* und *Terrorismus* sollen zukünftig zwar nicht

¹ Dazu jüngst *Rönnau*, ZGR 2016, 277 (295 ff.).

² Eindrucksvolles Beispiel: *KG*, wistra 2013, 445.

³ NSStZ 2014, 344.

⁴ ZinsO 2016, 453.

⁵ Wistra 2013, 445.

⁶ Vgl. *Claus*, jurisPR – Strafr 9/2016, Anm. 4.

⁷ NZWiSt 2013, 297 und wistra 2014, 116.

⁸ ZIP 2014, 993.

⁹ Vgl. *Bittmann*, in: MüKo-StPO, Bd. 1, 1. Aufl. (2014), Vorb. §§ 111b ff. Rn. 7 und 12 f.; *ders.*, ZWH 2014, 135 (138 f.); 2015, 58; ZinsO 2014, 2024 (2025 ff.); 2015, 1633 und 1758; krit *Rönnau*, Vermögensabschöpfung in der Praxis, 2. Aufl. (2015), Rn. 325 mit Fn. 974; *Claus*, jurisPR – Strafr 9/2016, Anm. 4

¹⁰ Abl. *Rönnau/Begemeier*, NZWiSt 2016, 260.

ohne Nachweis einer Straftat, wohl aber ohne Verurteilung einer natürlichen Person eingezogen werden können, § 76a Abs. 4 StGB-E.¹¹

2. Strafprozessrecht

Strafprozessual soll die *Beschlagnahme* insolvenzfest werden, § 111d Abs. 1 StPO-E. An die Stelle des zivilistisch geprägten dinglichen Arrests tritt der eigenständige *Vermögensarrest*, §§ 111e – i StPO-E. Das Ergreifen dieser Sicherungsmaßnahmen steht nur noch beim Fehlen dringender Gründe, die für die Abschöpfung sprechen, im *Ermessen* der Staatsanwaltschaft, andernfalls *sollen* sie angeordnet werden, § 111b Abs. 1 StPO-E. Im Mangel-fall, in dem das Gesicherte wertmäßig hinter den Ansprüchen der Verletzten zurückbleibt, darf¹² die Staatsanwaltschaft für diese den Antrag auf Eröffnung des *Insolvenzverfahrens* über das Vermögen des Beschuldigten stellen, §§ 111i Abs. 2; auch i.V.m. 459h Abs. 2 S. 2 StPO-E.

3. Vorschau

Diese Grundlinien ergeben ein durchaus stimmiges Ganzes. Dessen Praktikabilität hängt aber von der Ausgestaltung insgesamt, d.h. der stimmigen Festlegung auch der Details und vor allem der Passgenauigkeit der Schnittstellen zwischen den verschiedenen Rechtsgebieten ab. In letztgenannter Hinsicht hat der Reg-E an manchen Stellen sachgerecht nachjustiert.¹³ Aufgrund des Gebots, eine EU-Richtlinie noch in diesem Jahr in nationales Recht zu überführen, und wegen des bereits aufscheinenden Endes der Legislaturperiode, besteht ein erheblicher Zeitdruck. Es fehlt daher die wünschenswerte Ruhe, um auch noch weitere Teile zu optimieren und die strafprozessuale Vermögensabschöpfung sowohl in materieller wie in verfahrensrechtlicher Hinsicht in einer, was durchaus möglich wäre, für die Praxis deutlich leichter zu handhabenden Weise zu regeln.

III. Zu einzelnen Aspekten

1. Einheitliche Einziehung

Die Zusammenfassung von Verfall und Einziehung zu einem einheitlichen Instrument ist in erster Linie dem Bestreben nach besserem internationalen Verständnis geschuldet. Zumeist kennen andere Rechtsordnungen nur ein Abschöpfungsinstrument. Aufgrund der terminologischen Nähe, Confiscation, zur Einziehung stößt der Verfall dort auf Unverständnis und verfällt demnach im neuen Recht.

2. Bruttoprinzip

a) Maßgebliche Zeitphase

Die Begründung nennt die Neuregelung des Bruttoprinzips dessen Stärkung.¹⁴ Das ist jedenfalls insoweit zutreffend, als klargestellt wird, dass im ersten Schritt jegliche Saldierung ausscheidet, § 73 Abs. 1 StGB-E. Damit wird in Zukunft nicht der Vertrag als solcher, d.h. Saldierung von Leistung und Gegenleistung, Ausgangspunkt der Berechnung sein können. Stattdessen wird allein der Zufluss an den Täter (oder Dritten) maßgeblich sein. Worin aber besteht er? Das Gesetz verwendet den Terminus „durch“. Die Begründung erläutert dazu, damit sei die Annahme einer Beschränkung auf unmittelbar Zufließendes unvereinbar. Vielmehr sei allein die Kausalität entscheidend.¹⁵ Was so klar wie überzeugend klingt, wird jedoch von der weiteren Begründung selbst wieder in Frage gestellt. Entscheidend sei, was *in irgendeiner Phase des Tatablaufs* zufließe.¹⁶ Man wird dieser Formulierung entnehmen können, dass nicht allein dasjenige abgeschöpft werden können soll, was durch die *Tathandlung* in das Vermögen des Täters gelangt. Es genügt demnach der Erwerb jedenfalls bis zur *Tatvollendung*.

Da diese aber sehr von der Ausgestaltung der Strafnorm abhängt und deshalb nicht in der Lage ist, das nach einem frühen Vollendungszeitpunkt (wie z.B. beim Betrug) Zufließende, welches gleichwohl mit dem Odium des Kriminellen behaftet sein kann, zu erfassen, wird man nicht umhin kommen, den Erwerb auch in der Phase nach Vollendung als bemakelt und damit abschöpfbar anzusehen. Die *Zeit bis zur Tatbeendigung* ist deshalb eingeschlossen. Was aber ist danach? Kommt es wie gemäß Begründung auf eine Phase der *Tat* an, so scheidet damit alles nach Beendigung Zufließende aus. Damit wären zumindest solche Vermögensmehrungen nicht abschöpfbar, die der Täter aus dem Vermögen Dritter erhält. Die Lizenz, lukrative Weihnachtsmärkte betreiben zu dürfen, ist vielfach umkämpft. Erfolgt der Zuschlag bestechungsbedingt, so ist die *Tat* mit Erteilung der Lizenz und Zahlung des Schmiergeldes beendet. Dieses aufzubringen belastet den Betreiber aber zunächst einmal mit einem Aufwand. Seinen Gewinn macht er durch Vergabe der Standplätze an die einzelnen Gewerbetreibenden. Regelmäßig realisiert er ihn erst Monate nach Beendigung der Bestechung, d.h. Zahlung von Schmiergeld und Erhalt der Lizenz, also nicht während irgendeiner Phase der *Tat*, wohl aber aufgrund und damit „durch“ die *Tat*. Es widerspräche den Zielen der Novelle, die eingenommenen Standgebühren nicht abschöpfen zu können.

b) Abschöpfungsrechtlicher Tatbegriff

Die Unklarheiten über das Verständnis der *Tat* setzen sich im 2. Schritt fort. Gemäß § 73d Abs. 1 StGB-E sind Aufwendungen für die *Tat* nicht abzugsfähig. Erneut lautet

¹¹ Zwischen § 73a StGB-E und § 76a Abs. 4 StGB-E sehen *Rönnau/Begemeier*, NZWiSt 2016, 260 (264) einen Wertungswiderspruch.

¹² Nicht muss, s. Reg-E, Begr. S. 92 f.

¹³ Zum Bedarf auf der Basis des Ref-E s. *Bittmann*, ZinsO 2016, 873, zusammengefasst S. 890 f.

¹⁴ Begr. Reg-E, S. 62.

¹⁵ Begr. Reg-E, S. 62 f.

¹⁶ Begr. Reg-E, S. 71 (auch S. 77 f.) unter Übernahme der zum bisherigen, aber eben engeren Recht gebrauchten Formulierung des *BGH*, NStZ 2011, 83, Rn. 39.

die Frage: Was ist die *Tat*? Es gibt den materiellen Tatbegriff = Verwirklichung des Tatbestands eines Strafgesetzes, den prozessualen Tatbegriff = das historische Gesamtgeschehen, und den weiten rückgewinnungshilfrechtlichen Tatbegriff des noch geltenden Rechts¹⁷ = das Vorhandensein eines nicht strafprozessualen Ersatzanspruchs. Kommt es auf einen von diesen oder auf einen ganz anderen, ggf. abweichenden Begriff der *Tat* an? Die Suche nach einer sachgerechten Antwort ist nicht allein von theoretischem Interesse, sondern ihr Ergebnis hat gravierende Auswirkungen: Je weiter der Begriffsinhalt verstanden wird, desto weniger kann vom im ersten Schritt Erlangten abgezogen werden, desto umfangreicher fällt demnach die Abschöpfungsmöglichkeit aus, desto höher ist also der abzuschöpfende Betrag. Umgekehrt fällt er aufgrund umfassenderen Abzugs umso niedriger aus, je enger das maßgebliche Verständnis ausfällt.

c) Orientierung am Rechtsgut

Die Begründung des Entwurfs hält sich hier bedeckt. Die höchstrichterliche Rechtsprechung ist jedenfalls nicht gefestigt. Allerdings wird in der Literatur eine relativ umfangreiche Diskussion geführt.¹⁸ Sie knüpft an die Kontroverse zwischen dem 1. Strafsenat des BGH und dessen 3. und 5. Strafsenat über das zutreffende Verständnis des *Erlangten* an und rankt sich um die Frage, ob eine Konzentration auf solche Zuflüsse geboten ist, welche direkt auf das verletzte Rechtsgut zurückzuführen sind. Fiskalische Interessen, die Erhöhung des Risikos für den Rechtsverletzter, nicht zuletzt auch die erleichterte Handhabung sprechen klar für ein weites Verständnis und damit geringe Abzüge = hohe Abschöpfungssummen. Indes: es handelt sich dabei nicht um spezifisch strafrechtliche Gesichtspunkte! Die Ahndung der Straftat erfolgt mittels Festsetzung der Strafe. Fiskalische und Gesichtspunkte der Praktikabilität sind bedeutsam, aber strafrechtlich nur Nebenaspekte. Abschöpfungsrechtlich geht es und kann es auch nur gehen um die Entziehung dessen, was ein Täter (oder ein Dritter) unter Verwirklichung eines Straftatbestands (oder einer Bestimmung des Rechts der Ordnungswidrigkeiten) erlangt hat. Den Bezugspunkt dafür bieten die materiell-rechtlichen Tatbestände. Es ist jedoch noch eine weitere Zuspitzung erforderlich. Ziel repressionsauslösender Tatbestände ist der Schutz eines wie auch immer definierten Rechtsguts. Das Verbotensein folgt gerade aus der Verletzung eben des vom verwirklichten Strafgesetzes geschützten Rechtsguts. Demnach kann es nicht darauf ankommen, ob ein Tatbestand in toto erfüllt und deswegen eine Bestrafung aus vollendeter Norm möglich ist. Entscheidend ist vielmehr, ob das jeweilige *Rechtsgut verletzt* ist und *deswegen* dem Täter etwas zuffloss. Das kann, wie es auch vom BGH unter heftiger Kritik von Teilen des Schrifttums zum geltenden Recht entschieden wurde, auch bei einer nur versuchten Tat der Fall sein.¹⁹

Ob sich diese Rechtsgutsorientierung in allen Facetten mit dem materiellen Tatbegriff deckt, mag offenbleiben. Sie lehnt sich jedenfalls stark an ihn an. Nur dieses Verständnis erlaubt die Restitution des auf verbotene Weise Erlangten, wahrt die Parallele zu den Vorschriften über den zivilrechtlichen Ausgleich ungerechtfertigter Bereicherungen, §§ 812 ff. BGB, und erfasst alles verwirklichte Unrecht, welches repressive Gesetze vermeiden wollen, verhindert aber Exzesse wie sie bei der Komplettabschöpfung auch der legalen Anteile eines gemischt rechtmäßigen und rechtswidrigen Gesamtgeschehens unvermeidlich sind. Verboten ist nicht der Bau einer Müllverbrennungsanlage, verboten ist nicht die nur aus Gründen der Rechtskontrolle allgemein genehmigungspflichtige Ausführung, verboten ist nicht der Transport, sondern verboten ist die Bestechung, das sich-Ersparen eines Ausfuhrantrags, die Überladung, das Führen eines LKW am Sonntag und das Überschreiten zulässiger Geschwindigkeit. Wie anders als unter Orientierung am verletzten Rechtsgut soll das absurde Ergebnis verhindert werden, das gesamte Entgelt von vielleicht 100.000 € für den Transport eines Kühlaggregats von Flensburg nach Garmisch-Partenkirchen abschöpfen zu wollen, nur weil der Fahrer des LKW auf der A 9 eine überraschende, nur 500 m währende Geschwindigkeitsbegrenzung auf 60 km/h wegen einer Querrinne nicht eingehalten hat und bei Tempo 70 geblitzt wurde? Unverhältnismäßig, ja klar. Aber dabei handelt es sich um einen lediglich vergleichenden Maßstab. Der Grundsatz ist relativer, nicht inhaltlicher Natur, enthält also nicht selbst die ausschlaggebenden Umstände. Demnach vermag er nicht an die Stelle der materiellen Orientierung am Rechtsgut zu treten. Die Neuregelung, zumindest deren Begründung, hätte der Praxis zahlreiche weiter zu erwartende Streitigkeiten erspart, wäre darin auch nur eine Andeutung in diese Richtung zu finden.

3. Erweiterte Einziehung

Bislang ist der erweiterte Verfall nur für Delikte zulässig, die auf § 73d StGB verweisen und wenn die Umstände die Annahme rechtfertigen, der Täter oder Teilnehmer habe einen für sich reklamierten Gegenstand (Sache oder Recht) aus einer anderen oder für eine andere rechtswidrige (nicht notwendig: Katalog-)Tat erlangt. Demgegenüber ist § 73a Abs. 1 StGB-E deutlich verschlankt: zukünftig soll genügen, dass ein Gegenstand des Täters oder Teilnehmers aus einer anderen als der verfahrensgegenständlichen Tat stammt oder für sie gewährt wurde. Der Bezug auf Täter oder Teilnehmer ist nicht neu. Auf das Eigentum kann es dabei nicht ankommen, es genügt behauptetes Eigentum oder Besitz. Das Entfallen des Verweises auf die Umstände erklärt sich aus der Rechtsprechung des BVerfG.²⁰ Es verlangt die volle richterliche Überzeugung von der deliktischen Herkunft. Die vom Gericht gebrauchten Formulierungen wollte der Ref-E noch in das Gesetz übernehmen. Da sich die volle Überzeugung

¹⁷ Bittmann, wistra 2013, 309 f. Dieser weite Begriff geht mit dem Wandel vom Rückgewinnungshilfe- zum Entschädigungsmodell nicht unter, weil sich die Abgrenzungsprobleme in eben demselben Umfang bei der Frage der Anspruchsberechtigung wieder stellen, vgl. Begr. Reg-E, S. 56 f.

¹⁸ Bittmann, NStZ 2016, 28 ff. (zu OLG Stuttgart, NStZ 2016, 26 ff.)

¹⁹ Fischer, StGB, 63. Aufl. (2016), § 73 Rn. 6 m.N.

²⁰ BVerfGE 110, 1.

aber sowieso auf das Vorliegen aller gesetzlichen Merkmale erstrecken muss, braucht dies nicht gesondert hervorgehoben zu werden. Eine inhaltliche Änderung ist damit nicht verbunden.

Gleichwohl werden sich neue Anwendungsprobleme ergeben.²¹ Die Überzeugung deliktischer Herkunft mag bei Gegenständen im Lagerschuppen einer Bande leicht gewonnen werden können, selbst wenn z.B. neuwertige Elektronik nicht mehr verpackt ist. Ob aber das im Badezimmer befindliche Haargel eines Ladendiebs gestohlen oder redlich erworben wurde, lässt sich auch bei einem Armen nicht allein aus dem bestehenden Geldmangel schlussfolgern. Das folgt nicht nur aus der uneingeschränkt weitergeltenden Eigentumsvermutung gem. § 1006 BGB, sondern auch aus strafprozessualen Grundsätzen: Ohne ernsthafte gegenteilige Anhaltspunkte fehlt es bereits an einem Anlass, am rechtmäßigen Besitz zu zweifeln, so dass die Berechtigung des Besitzers, also dessen Eigentum, gar nicht erst in Zweifel gezogen und überprüft werden darf. Es ist also auch in Zukunft nicht zulässig, bei einer Durchsuchung alles zusammenzupacken und mitzunehmen, um die Berechtigung des Wohnungsinhabers nachzuprüfen, ggf. monatelang und bei z.B. Erbstätten ohne erwartbares Ergebnis.

Die mit erleichterter Handhabung gegenüber dem bisherigen Recht korrelierende Verschärfung besteht darin, dass Zweifel an der z.B. Bandenmäßigkeit des ursprünglichen Diebstahls, die gem. § 244 Abs. 4 StGB allein den erweiterten Verfall erlaubt, de lege ferenda die erweiterte Einziehung nicht mehr hindern wird.

4. Gesetzliche Regelung der Verschiebungsfälle

a) Grundzüge

Der *BGH* subsumierte die Fälle, in denen ein Täter oder Teilnehmer das aus der oder für die Tat Erlangte auf jemand Drittes transferierte, unter § 73 Abs. 3 StGB. Es wurden aber Zweifel daran laut, ob diese Auslegung mit dem Wortlaut vereinbar ist, weil die Rechtsprechung nicht darauf abstellt, ob der Täter bereits bei Tatbegehung für den Drittempfänger handelte, so, wie es z.B. beim für die

GmbH tätig werdenden Geschäftsführer der Fall ist.²² Diesen Einwänden soll mit der Neuregelung der Boden entzogen werden. Nunmehr ist ein eigenständiger § 73b mit 3 Absätzen vorgesehen. Der Reg-E brachte gegenüber dem Ref-E noch einmal wesentliche Veränderungen mit sich. Nunmehr ist nicht mehr vorgesehen, dass der Dritte das Erlangte vom Täter oder Teilnehmer erlangt haben muss – ein Erfordernis, das nur schwer zu beweisen gewesen wäre. Demnach ist die jetzt vorgesehene Fassung praxisfreundlicher.

b) Anwendungshürden

aa) Übertragung

Diese Erleichterung wird jedoch vom nunmehr vorgesehenen § 73b Abs. 1 S. 2 StGB-E wesentlich eingeschränkt. Die Drittabschöpfung scheidet danach aus, wenn das Erlangte zuvor mit Rechtsgrund auf einen gutgläubigen Dritten *übertragen* worden war. Das Ziel, der Schutz des Geschäftsverkehrs und der Gutgläubigkeit der Inhaber berechtigter Ansprüche, ist verständlich und sachgerecht. Gleichwohl: die rigide Ausnahmslosigkeit verwundet.

Überwindbare Probleme bereitet die Formulierung: Übertragen werden kann auch der bloße Besitz. Da aber die Einziehung auf das Eigentum abstellt, § 75 Abs. 1 StGB-E, kann auch für die zwischenzeitliche Übertragung nur das Eigentum gemeint sein. Angesichts der Formulierung bedarf es allerdings nicht der Prüfung, ob der Erwerbsvorgang zivilrechtlich in jeglicher Hinsicht rechtswirksam erfolgt war. Keine wirkliche Hürde stellen auch die Fälle betrügerischen Erwerbs dar: wer auf diese Weise Eigentum erworben hat, war nicht gutgläubig in Bezug auf die Herkunft des Gegenstands.

bb) Erfüllungsfälle

Aufmerksamkeit verlangen jedoch die Erfüllungsfälle. Nach bisherigem Recht ist die Abschöpfung bei Vertretung und nach Verschiebung, nicht aber in Erfüllung einer bestehenden Verbindlichkeit möglich. Letzteres scheint sich zukünftig zu ändern.²³ Einschlägig sind § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. b und S. 2 StGB-E. Während § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. a StGB-E den unentgeltlichen Erwerb und

²¹ *Rönnau/Begemeier*, NZWiSt 2016, 260 (262), halten die Erweiterung für eine unverhältnismäßige Inhalts- und Schrankenbestimmung i.S.v. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG. Da aber Erwerb und Behalten dürfen durch Straftaten erlangter Vermögenswerte gerade nicht unter dem Schutz des Grundgesetzes stehen, handele es sich um organisierte Kriminalität oder um eine Alltagstat wie die Unterschlagung eines ausgeliehenen Buches, kann eine am materiellen Strafrecht ansetzende Kritik nicht durchgreifen. Problematisch kann immer nur sein, aus welchen Umständen auf die deliktische Herkunft geschlossen werden kann und darf. Die Bemakelung des Erwerbs wird nicht nur von organisiert Kriminellen verschleiert (und von ihnen auch nicht durchweg, werden menschengehandelte Damen doch zumindest semiöffentlich „angeboten“), sondern auch in Alltagsfällen. Finden sich im Regal dessen, der ein bestimmtes ausgeliehenes Buch nicht zurückgegeben hat, 50 weitere (neue, also nicht remittierte) Bücher, die am Rücken Beschädigungen aufweisen, die auf bibliothekstypische, aber entfernte Aufkleber schließen lassen, oder sind die Innenseiten, auf denen üblicherweise auf den Eigentümer weisende Stempel angebracht sind, entfernt, so mag die Ermittlung des wahren Berechtigten unmöglich sein. Warum aber soll der Täter diese mit Sicherheit ebenfalls unterschlagenen Bücher behalten dürfen, nur weil er nicht als Teil einer Bücherbande agierte?

²² Ausführlich *Rönnau* (oben Fn. 9), Rn. 122 – 127.

²³ Nachdrücklich dafür und noch darüberhinausgehend *Burghart*, in: SSW-StGB, 2. Aufl. (2014), § 73 Rn. 26.

solchen ohne Rechtsgrund erfasst, betrifft lit. b die Übertragung mit Rechtsgrund. Sie ist aber zukünftig nur einziehungsfest, wenn der Empfänger die deliktische Herkunft weder kannte noch sie hätte erkennen müssen (einfach fahrlässige Unkenntnis dürfte nicht schaden, wohl aber die unterhalb grober Fahrlässigkeit angesiedelte Leichtfertigkeit). Trotz Rechtsgrunds = Erfüllungsfall wird dem Empfänger der ihm von Rechts wegen gebührende Wert also wieder weggenommen, wenn er in ein erkennbar kriminelles Kleid gehüllt übertragen wurde. Das Eigentum (im verfassungsrechtlichen Sinne) wird dem Empfänger also entgegen bisheriger Rechtslage wieder entzogen, selbst wenn er den Makel nur hätte erkennen müssen. War das nicht der Fall, so scheidet die Einziehung allerdings ein für allemal aus (solange keine neue Straftat mit oder an diesem Gegenstand begangen wird). Das bestimmt § 73b Abs. 1 S. 2 StGB-E.

cc) Einfallstor für Umgehungsstrategien

Der im Hinblick auf die kriminelle Herkunft gutgläubige Zweitempfänger erwirbt das Eigentum von einem gutgläubigen Erwerber des Erlangten ausnahmslos, also selbst dann, wenn er nichts dafür bezahlt hat oder es keinen Rechtsgrund für die Übertragung gab, § 73b Abs. 1 S. 2 StGB-E, der Ersterwerber sogar schon dann, wenn er nur einen Anspruch gegen den Übertragenden hatte, den dieser unerkannt mit aus Straftaten stammenden Werten erfüllte, § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. b StGB-E, und zwar selbst dann, wenn er den Empfänger für sein kriminelles Gebaren, z.B. zwecks Geldwäsche, einspannte, d.h. missbrauchte. Das eröffnet kriminelle Phantasie.

§ 73b Abs. 1 S. 2 StGB-E bietet dafür z.B. folgende „Spielwiese“: Der gutgläubige Zwischenerwerb steht der Einziehung auch dann strikt entgegen, wenn der Gegenstand oder dessen Wert nachfolgend auf den Täter (zurück- oder weiter) übertragen wird: Was also liegt näher, als gegen eine kleine Provision einen unwissenden (schein-)legalen An- und Verkäufer als verlässliche Versicherung gegen staatliche Abschöpfung zwischen Tat und Genuss des Erlangten zwischenzuschalten? Selbst dies ist noch nicht einmal wirklich erforderlich. Aufgrund der strafprozessualen Nachweislast der Justiz genügt es, dass ein legaler Zwischenerwerb nicht sicher ausgeschlossen werden kann – schon scheitert die Abschöpfung! Der mit einem von einem Händler ergaunerten Luxusauto Angetroffene braucht bloß zu behaupten, den Wagen in der Werkstatt X gekauft zu haben, welche erklärt, nur Kommissionsgeschäfte zu machen und die Angaben über die Person des Kunden nicht zu notieren: keine Abschöpfung. Bargeldloser Erhalt oder Transfer über z.B. Western Union sind nicht per se verdächtig. Derart phantasievolle Schutzbehauptungen lassen sich häufig nicht oder nur mit erheblichem, in der Praxis nicht zu rechtfertigendem Aufwand widerlegen.

Verkehrerschutz und Vorkehrungen gegen phantasievolle Verschleierung bemakelten Erwerbs ließen sich jedoch relativ leicht in ein ausgewogeneres Verhältnis bringen: Trotz Handelns innerhalb eines Strafverfahrens sind die insoweit maßgeblichen Rechtsfragen rein zivilrechtlicher

Natur. Daher wäre es verfassungsrechtlich durchaus möglich, die für strafrechtliche Themen angemessene Beweislast der Justiz zu modifizieren und den Empfänger mit in die Pflicht zu nehmen. Es ist dafür noch nicht einmal nötig, die Beweislast umzukehren. Sachgerecht erscheinen hingegen abgewogene Erklärungslasten des Eigenbesitzers. Ohne Anhaltspunkte für legalen (Zwischen-)Erwerb müsste ein solcher rein abschöpfungsrechtlich nicht zugrunde gelegt werden. Es wäre dann Sache dessen, dem der aus einer Straftat stammende Gegenstand oder Wert übertragen wurde, den legalen Erwerb zumindest glaubhaft zu machen. Dabei käme es auf den Einzelfall an, welche Tatsachen unterhalb des Vollbeweises er nicht nur vortragen, sondern auch belegen müsste.

Wird die Fassung des § 73b StGB-Reg-E Gesetz und erfolgt keine Erleichterung, so dürfte die Abschöpfung in der überwiegenden Zahl der Fälle schon an der kriminellen Verschleierungsphantasie auch nur Mittelbegabter scheitern.

5. Härteklausele

a) Verschärfungen im materiellen Recht

Bislang sieht § 73c StGB vor, dass vom Verfall bei Entreicherung abgesehen werden kann, § 73c Abs. 1 S. 2 StGB. Eine zwingende Grenze normiert § 73c Abs. 1 S. 1 StGB im Fall einer andernfalls eintretenden unbilligen Härte. Unrichtige Rechtsanwendung führt zu einer steten Zahl von Aufhebungen seitens des BGH.²⁴ Zukünftig wird es nur noch unter erhöhten Anforderungen zulässig sein, von der zwingenden Einziehung abzusehen. Der Ref-E ließ die Unbilligkeitsgrenze unberührt, bestimmte aber einschränkend, dass die Entreicherung nur noch bei Dritten die Einziehung als unbillig erscheinen lassen könne, § 75 Abs. 1 StPO-Ref-E, und erlaubte nur das Absehen von der Vollstreckung der Einziehungsentscheidung, wenn dies die Wiedereingliederung des Verurteilten erschweren würde oder sonst unverhältnismäßig wäre, § 459g Abs. 4 StPO-Ref-E. Der Reg-E sieht nunmehr eine weitere materiell-rechtliche Verschärfung vor. Danach entfällt die Grenze der Unbilligkeit und mit ihr eine Quelle häufiger Fehler ersatzlos. Im Erkenntnisverfahren kann zukünftig nur noch ein im Hinblick auf seine Entreicherung nicht unlauter handelnder Drittempfänger auf eine gewisse Abmilderung des im Kern vollständig zurückzugewährenden Erlangten hoffen, § 73e Abs. 2 StPO-Reg-E.

b) Erweiterungen im Rahmen der Vollstreckung

Im quasi Gegenzug wird auf der Vollstreckungsebene das Entgegenkommen erweitert: Neben der Unverhältnismäßigkeit sperrt bereits jede wertmäßige Entreicherung die Vollstreckung, § 459g Abs. 4 S. 1 StPO-Reg-E. Zukünftig findet kein Ermessen mehr statt und besteht auch keine Privilegierung bestimmter Zwecke mehr. Dies erleichtert die Anwendung sehr. Eine gewisse Vergrößerung der Rechtslage ist damit allerdings verbunden. Die Abschöp-

²⁴ Knappe Übersicht bei Fischer, Fn. 19, § 73c Rn. 3 – 5 m.N.

fung entfällt auch bei einem reichen oder jedenfalls solventen Täter, der das Erlangte verprasst hat. Das gilt jedoch nur dann, wenn er diese Art Lebensstil ausschließlich der Tat und des Erlangten wegen pflegte: wer ständig Party feiert, muss sich entgegenhalten lassen, er hätte ohne das Erlangte die Feier aus seinem sonstigen Vermögen bezahlt. Der Wert des Erlangten blieb ihm dann erhalten. Eine einmalige Feier oder eine große Sause statt einer bescheidenen Fête sperren jedoch regelmäßig die Vollstreckung. Das mag nicht als gerecht erscheinen, dürfte aber so selten vorkommen, dass die Vorteile für die Rechtsanwendung diese Pauschalierung allemal rechtfertigen – zumal ein etwaiger Werbeeffekt für einen Kaufmann ja ebenfalls Vermögenswert hat und daher abgeschöpft werden kann.

c) Nachholen der Vollstreckung

Im Fall vorgetäuschter Entreichung oder bei nachträglichem Eintritt von Umständen, welche der Annahme eines Vollstreckungshindernisses entgegengestanden hätten, wird die Vollstreckung wiederaufgenommen, § 459g Abs. 4 S. 2 StPO-E. Das ist für Verschleierungskonstellationen unproblematisch. Sich jedoch vorzustellen, wie nachträglich die Entreichung oder die Unverhältnismäßigkeit entfallen kann, verlangt schon viel Phantasie. Zu denken ist z.B. an die überraschende Versicherungszahlung für eine bei einem Unfall zerstörte und zuvor ergaunerte Luxuskarosse oder das Beerben des reichen, aber geizigen Verwandten, den der Betroffene unter Einsatz des Erlangten bis zu dessen Tode pflegte. Bei wortgetreuer Anwendung liegt aber im zweiten dieser beiden Fälle wohl keine nachträglich entfallene Entreichung vor: der Gepflegte durfte sich vom Betroffenen pflegen lassen, der Einsatz des Erlangten führte zu dessen Entreichung. Ob der Betroffene aufgrund des Erbfalls gerade den Wert des Erlangten zurückerhielt, ist faktisch höchst zweifelhaft und rechtlich eine Frage der Zurechnung. Faktisch reduziert sich der Anwendungsbereich der Wiederauflebensklausel des § 459g Abs. 4 S. 2 StPO-E im Wesentlichen auf vorgetäuschte Entreichung. Das wäre wohl nur vermeidbar, stellte man auf die Unbilligkeit des Unterbleibens der Vollstreckung ab – und damit auf einen weichen Maßstab, den man im Interesse der Praxisfreundlichkeit in § 459g Abs. 4 S. 1 StPO-E gerade eliminiert hat. Auch hier gilt: die wenigen Fälle ungerechter Privilegierung des Betroffenen sind im Interesse der (im bisherigen Recht vermissten) Praktikabilität hinzunehmen.

6. Opportunität

a) Grundgedanken

Der Ref-E sah eine Ergänzung des § 160b StPO vor, die Erörterungen über Abschöpfungsfragen fördern sollte. Diese oder eine entsprechende Bestimmung sucht man im Reg-E vergebens. Das mag der angestrebten Stringenz des neuen Rechts geschuldet sein.²⁵ Angesichts der Komplexität der Abschöpfungsfragen außerhalb einfacher Sachverhalte besteht aber ein Bedürfnis, im konkreten Fall

Aufwand und Ertrag einer Abschöpfungsentscheidung in ein ausgewogenes Verhältnis bringen zu können. Dem trägt der Reg-E jedoch durchaus Rechnung, sogar stärker als der Ref-E. Dieser sah in § 421 Abs. 1 StPO-Ref-E ein Absehen von der Einziehung nur unter deutlich engeren Voraussetzungen als nach geltendem Recht, § 430 StPO, vor, nämlich nur im Fall unangemessenen Aufwands. Nur für die Fälle der heutigen Einziehung, zukünftig Einziehung von Tatprodukten u.a., § 74 StGB bzw. § 74 StGB-E, war eine flexiblere Regelung vorgesehen. Diese Differenzierung gibt der Reg-E wieder auf und belässt es im Wesentlichen beim geltenden Recht, allerdings mit einem umgestalteten § 421 Abs. 1 StPO-E und der Überführung von § 73c Abs. 1 S. 2 StGB in § 421 Abs. 1 Nr. 1 StPO-E (Absehen bei geringem Wert).

b) Kein Alles oder Nichts

Inhaltlich neu daran ist ein „soweit“ in der Bestimmung über die Möglichkeit des Absehens von der Einziehung wegen unangemessenen Aufwands oder unangemessener Erschwernisse. Dieses „soweit“ ist sprachlich aber auf die Einziehung (und nicht auf das Absehen) bezogen, so dass nicht ganz klar ist, ob statt eines vollständigen Ausschlusses der Abschöpfung auch – was wünschenswert wäre – eine bloße Beschränkung der Einziehungsentscheidung in gewisser Parallele zu § 154a StPO möglich sein soll. Ein derartiges Verständnis, welches dringenden Bedürfnissen der Praxis entspricht, ist allerdings möglich, weil es dem die Vorschrift tragenden und in ihrem Wortlaut, wenn auch wenig klar, zum Ausdruck kommenden Rechtsgedanken entspricht.

7. Vorläufige strafprozessuale Sicherungsmaßnahmen, §§ 111b Abs. 1 und 111e Abs. 1 StPO-E

a) Änderungen gegenüber dem bisherigen Recht

Das geltende Recht enthält ausdifferenzierte Bestimmungen, unter denen das noch vorhandene Erlangte beschlagnahmt oder dessen Wert arretiert werden kann. Anders als nach bisherigem Recht gibt es zukünftig nicht mehr eine allgemein geltende Eingangsvorschrift. Vielmehr beziehen sich §§ 111b und 111e StPO-Reg-E nur auf Beschlagnahme bzw. Vermögensarrest – Letzteres eine neue und (weitgehend) eigenständige strafprozessuale Variante des zivilprozessualen dinglichen Arrests. Den Ref-E kennzeichnete eine radikale Abkehr von gesetzlich aufgestellten Hürden zugunsten einer vom Grundsatz der Verhältnismäßigkeit geprägten Flexibilität. Wie der Ref-E so gibt zwar auch der Reg-E das Fristenregime des geltenden Rechts auf, differenziert aber im Gegensatz zum Ref-E in den für die Staatsanwaltschaften handlungsleitenden Eingangsvoraussetzungen. Wie bisher stehen Maßnahmen, welche die spätere Abschöpfung sichern sollen, nicht unter dem Legalitätsprinzip. Ausgangspunkt ist weiterhin eine Kann-Regelung. Neu ist hingegen, dass bei Vorliegen dringender Gründe die Beschlagnahme bzw. der Vermögensarrest angeordnet werden soll.

²⁵ Begr. Reg-E, S. 61 f.: „Gewährleistung vollständiger Vermögensabschöpfung“.

b) Begrenzung der Strukturprinzipien

Wie an § 421 Abs. 1 StPO-Reg-E, so zeigt sich auch an §§ 111b und e StPO-Reg-E deutlich, dass der Reg-E nicht mehr vom Ziel geprägt ist, die Vermögensabschöpfung zur 3. Säule des Straf(verfahrens)rechts auszubauen. Ob es in einem Verfahren zu abschöpfenden Maßnahmen kommt, wird weitgehend im Ermittlungsstadium (vor-)entschieden. Ohne strafprozessuale Sicherungsmaßnahmen werden in der Hauptverhandlung Abschöpfungsfragen selten thematisiert (sieht man von § 30 OWiG einmal ab, ohne dass allerdings die Unternehmensgeldbuße auch nur annähernd als Massenphänomen bezeichnet werden könnte). Ob dringender Tatverdacht besteht, interessiert nach jetzigem Recht zu Beginn eines Ermittlungsverfahrens nur in Bezug auf die eventuelle Haftfrage. § 111b Abs. 3 StPO macht das Aufrechterhalten strafprozessualer Sicherungsmaßnahmen erst nach Ablauf von 6, spätestens von 12 Monaten, vom Vorliegen dringender für die Anordnung von (bedingtem oder unbedingtem) Verfall (ggf. von Wertersatz) sprechender Gründe abhängig – dazu muss aber erst einmal eine Beschlagnahme oder ein dinglicher Arrest vollzogen worden sein. Zuvor genügen einfache *Gründe*, wenngleich Sicherungsmaßnahmen faktisch regelmäßig nur ergriffen werden, wenn dringende Gründe für die Abschöpfung im späteren Urteil sprechen.

Auf Basis des Ref-E wäre jeder Staatsanwalt gezwungen gewesen, das Erlangte oder dessen Wert zu beschlagnahmen bzw. zu arretieren, es sei denn, es lägen Anhaltspunkte für ein ausnahmsweises Absehen vor. Der Reg-E hingegen sucht einen Mittelweg: Grundsatz Opportunität – wie bisher; regelmäßiges Ergreifen bei dringenden Gründen – neu. Das Streben nach Ausgewogenheit erleichtert die Rechtsanwendung allerdings nicht. Nach dem Reg-E gibt es nicht *eine* Leitlinie, sondern derer zwei, abhängig von unterschiedlichen, von der Staatsanwaltschaft in einem Zwischenschritt zu prüfender Voraussetzungen. Da aber selbst bei objektivem Vorhandensein dringender Gründe kein Zwang besteht, Erlangtes vorläufig zu sichern, liegt es nahe, dass die von Zeitdruck und Überlastung geprägte Praxis schon deshalb kaum häufiger als nach bisherigem Recht strafprozessuale Sicherungsmaßnahmen ergreifen wird. Dies ist rechtmäßig, denn der Staatsanwaltschaft steht es nach § 421 Abs. 3 S. 1 StPO-Reg-E im Ermittlungsverfahren frei, die Verfolgung voraussetzungslos auf andere Rechtsfolgen zu beschränken. Das Erfordernis, dies aktenkundig zu machen, § 421 Abs. 3 S. 2 StPO-E, wird mittels Ankreuzformulars in der Abschlussverfügung erfüllt werden. Ein kraftvoller Impuls zu verstärkter Abschöpfung geht demnach vom Reg-E nicht mehr aus.

²⁶ Das verkennt *Frind*, NZI 2016, 674. Er erwartet zudem etliche negative Auswirkungen der Novelle auf das Insolvenzverfahren. Seine Furcht basiert aber zu einem erheblichen Teil auf einer Über- oder Fehlinterpretation der neuen Vorschriften der StPO. §§ 111d Abs. 1 und 111h Abs. 1 StPO-E beanspruchen Geltung nur für *beschlagnahmte*, aus der Tat erlangte Gegenstände. Eine darüberhinausgehende Schmälerung der Masse auch in Fällen des Vermögensarrests und bei Taten mit individuellem Verletzten steht daher nicht an.

8. Schnittstelle vorläufige strafprozessuale Sicherung – Insolvenzrecht

a) Systemische Überlegungen

Ein Schwerpunkt der Novelle liegt in der erstmaligen gesetzlichen Regelung des Verhältnisses vorläufiger strafprozessualer Sicherungsmaßnahmen zum Insolvenzrecht. Dafür besteht ein dringendes praktisches Bedürfnis, weil nach Vermögensdelikten mit einer Mehr-, zuweilen einer Vielzahl von Geschädigten typischerweise nur ein Teil des Werts des Erlangten sichergestellt werden kann und sonstigen Vermögen nicht vorhanden, jedenfalls nicht bekannt ist, wäre es doch andernfalls ebenfalls sichergestellt worden. Derartige Mangelfälle sind strukturell folglich von einer Insolvenzlage gekennzeichnet. Nach dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung müssen Insolvenz- und Straf(prozess)recht einheitlichen Regeln folgen. Da die Güterzuordnung eine Frage des materiellen Zivilrechts bleibt, selbst wenn sie sich in strafprozessualen Gewande stellt, ist eindeutig, dass dem Insolvenzrecht der Vorrang gebührt. Dazu gehört z.B. der Gleichbehandlungsgrundsatz, der in der Ausgestaltung seitens der InsO dem Verletzten einer Straftat keine bevorrechtigte Befriedigung zubilligt.

Straf(prozess)recht darf zwar Insolvenzrecht ausdrücklich modifizieren,²⁶ muss sich ihm aber im Übrigen widerspruchsfrei anpassen. Nur dort, wo das Insolvenzrecht keine eigenen Regeln enthält, ist Platz für ergänzende strafrechtliche oder strafprozessuale Vorschriften – kann aber eben auch ein derartiger Bedarf zu erfüllen sein! Die Harmonisierung ließe sich strukturell und systematisch am besten dadurch erreichen, dass beide Rechtsgebiete zwar unberührt blieben, straf(prozess)rechtliche Maßnahmen aber im Konfliktfall relativ unwirksam würden.²⁷ Das Insolvenzrecht genösse uneingeschränkter Vorrang, das Straf(prozess)recht träte aber nur soweit zurück, wie es insolvenzrechtlich erforderlich wäre. Kollisionsbedingte Lücken könnten nicht auftreten.²⁸

Diesen einfachen und praxisfreundlichen Weg schlägt die Novelle aber leider nicht ein. Sie normiert stattdessen Einzelregelungen, die unnötig kompliziert sind und bei denen nicht durchweg sichergestellt ist, dass sie ihr selbstgestecktes Ziel zu erreichen vermögen.

b) Neuregelungen

aa) Verzicht auf eine einheitliche strafprozessuale Verfügungssperre

Anders als materiell-rechtlich mit der Vereinigung von Verfall und bisheriger Einziehung zu einem neuen Institut der einheitlichen Einziehung, das aber in sich weitgehend

²⁷ Dafür auch *Frind*, NZI 2016, 674 (678).

²⁸ Vgl. *Bittmann*, in: MüKo-StPO, Vorb. §§ 111b Rn. 7 und 9; *ders.*, ZWH 2014, 135; 2015, 58; ZinsO 2014, 2024; 2015, 1758 (1769); 2016, 873 (884); NZWiSt 2016, 131 (138).

die Differenzierung von Verfall und herkömmlicher Einziehung aufrechterhält, scheut die Novelle davor zurück, die strafprozessualen Sicherungsinstrumente Beschlagnahme und (nun: Vermögens-)Arrest praxisfreundlich und die Gefahr von Fehlern minimierend zu einer (auch inhaltlich) einheitlichen strafprozessualen Verfügungssperre zusammenzuführen.²⁹

bb) Beschlagnahme: relatives Veräußerungsverbot

Die Beschlagnahme führt auch nach neuem Recht, § 111d Abs. 1 S. 1 StPO-E, lediglich zu einem relativen Veräußerungsverbot, § 136 BGB. Ein solches entfaltet im Insolvenzverfahren keine Wirkung, § 80 Abs. 2 S. 1 InsO. Das ist allerdings in den Fällen bedeutungslos, in denen die Straftat nicht zu einem Wechsel der Eigentümerstellung geführt hat: Der Bestohlene bleibt Eigentümer des Diebesguts und kann es kraft Eigentums auch in der Insolvenz (qua Aussonderungsrecht, § 47 InsO) zurückverlangen, § 985 BGB. Der Betrüger erwirbt hingegen das Eigentum am ertrogenen Gegenstand mittels Einigung und Übergabe, § 929 S. 1 BGB. Der Betrogene kann sich sein Eigentum zwar im Wege der Anfechtung (des schuldrechtlichen und kumulativ auch des dinglichen Geschäfts) zurückholen, aber nur unter den Voraussetzungen der §§ 123 f. BGB. Hat er sie nicht eingehalten oder die Anfechtung gar nicht erst (doppelt) erklärt, so verfügt er an den ertrogenen Gegenständen über kein dingliches Recht mehr.

Der Schadenersatzanspruch des Betrogenen ist rein schuldrechtlicher Art. Er mag über ein Veräußerungsverbot gesichert werden. Dieses ist jedoch, wie schon erwähnt, *de lege lata* nicht insolvenzfest. Das will das kommende Recht ändern. § 111d Abs. 1 S. 2 StPO-E ordnet deshalb an, dass die Wirkung der Beschlagnahme von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Betroffenen nicht berührt wird und schließt das Recht zur Insolvenzanfechtung aus. Die Neufassung verlängert damit die Wirkung des relativen Veräußerungsverbots in das Insolvenzverfahren.

Das führt zwar dazu, dass der Insolvenzverwalter einen ertrogenen Gegenstand ebensowenig wie einen im Eigentum des Bestohlenen verbliebenen nicht zu Gunsten der Masse verwerten darf, verhindert aber nicht, dass ein solcher Gegenstand in die Masse fällt. Während der Eigentümer Rückgabe verlangen kann, steht dem Betrogenen nur das Recht auf Rückübertragung zu. Es ist mangels dinglicher Wirkung rein schuldrechtlicher Natur und stellt eine Insolvenzforderung dar: Dürfte der Insolvenzverwalter den Gegenstand verwerten, so erhielte der Betrogene immerhin noch Befriedigung in Höhe der durch den Erlös im wirtschaftlichen Wert erhöhten Insolvenzquote (falls eine solche denn erzielt wird). Da dem Verwalter die Verwertung kraft des in das Insolvenzverfahren verlängerten Veräußerungsverbots aber gerade verboten ist, wird dem Betrogenen gemäß der Gestaltung des Reg-E nur die wirtschaftlich geringere Quote gewährt. Sein *Recht* wirkt sich

also als (empfundene) *Last* aus! Für das Schicksal des ertrogenen Gegenstands bedeutet das, dass er demgemäß im rechtlichen Nirvana verbleibt: Der Insolvenzverwalter darf ihn nicht verwerten, an den betrogenen nicht-mehr-Eigentümer aber auch nicht herausgeben, weil diesem als Verletztem kein Recht auf Aussonderung oder Herausgabe aufgrund sonstiger insolvenzfester Ansprüche zusteht: Es herrscht ein Patt zwischen Verwalter und Opfer,³⁰ das die Masse mit überflüssigen Verwaltungskosten unnötigerweise weiter schmälert.

Wird im parlamentarischen Verfahren nicht doch noch eine einheitliche strafprozessuale Verfügungssperre geschaffen,³¹ so muss zumindest geregelt werden, dass das auf § 111d Abs. 1 StPO-E zurückgehende relative Veräußerungsverbot dem Verletzten in der Insolvenz des Betroffenen die Aussonderung gestattet. Darin läge zwar ein zivilrechtliches Unikum auf strafprozessualer Basis, systematisch nicht gerade elegant. Es hielte sich aber innerhalb des Spielraums des Gesetzgebers und führte (erst!) dazu, dass das erklärte gesetzgeberische Ziel auch tatsächlich erreicht wird.

cc) Arrestpfandrecht nach Straftat ohne individuellen Verletzten in der Insolvenz

Für den Vermögensarrest sieht der Reg-E differenzierte Regelungen vor. § 111h Abs. 1 StPO-E erklärt zunächst § 80 Abs. 2 S. 2 InsO auf das in Vollziehung des angeordneten Vermögensarrests entstehende Sicherungsrecht für anwendbar. Das bedeutet, dass das Arrestpfandrecht wie bisher schon vorbehaltlich Rückschlagsperre, § 88 InsO, und Insolvenzanfechtung, §§ 130 f. InsO, und damit regelmäßig bei Entstehen minimal 3 Monate vor dem Insolvenzantrag, insolvenzfest ist. Aufgrund des veränderten Regelungszusammenhangs wandelt sich aber die Bedeutung der Bestimmung und zeitigt Folgen, die nach geltendem Recht so nicht eintreten.

Dinglicher Arrest kommt in Betracht, wenn das Erlangte gegenständlich nicht mehr vorhanden ist. Das kann bei Taten mit und ohne individuellen Geschädigten der Fall sein. Gibt es einen Verletzten, so scheidet Verfall aus, § 73 Abs. 1 S. 2 StGB. Möglich ist aber auch dann die Beschlagnahme, nämlich zum Zwecke der Rückgewinnungshilfe, § 111b Abs. 5 StPO. Nur bei Ausbleiben der Rechtsverfolgung seitens des Verletzten tritt an die Stelle der Rückgewinnungshilfe der staatliche Auffangrechtserwerb, § 111i Abs. 5 und 6 StPO. Da die Rückgewinnungshilfe rechtstatsächlich überwiegt, dient die Insolvenzfestigkeit nach geltendem Recht in der Mehrzahl der Fälle den Verletzten.

Zukünftig steht das Arrestpfandrecht aber ausschließlich dem Justizfiskus zu und soll die spätere Verwertung zu dessen Gunsten sichern. Darauf, ob es an Verletzte gemäß § 459h StPO-E ausgekehrt wird, kommt es nicht an. Allerdings differenziert auch das zukünftige Recht nach Taten ohne und mit individuellem Verletzten. Ersterenfalls gilt § 111h Abs. 1 StPO mit der Folge, dass ein 3 Monate

²⁹ Für diesen Weg *Bittmann*, ZinsO 2016, 873 (889 f.).

³⁰ *Bittmann*, ZinsO 2016, 873 (882 f. und 886); *Frind*, NZI 2016, 674 (676); *WisteV*, WiJ 2016, 175 (178 f.).

³¹ Dazu oben III 8 b aa.

vor dem Insolvenzantrag (oder früher) entstandenes Arrestpfandrecht des Justizfiskus insolvenzfest ist. Sollte sich die Erwartung des Reformgesetzgebers erfüllen und es aufgrund der Neuregelung zu einer deutlichen Zunahme von Abschöpfungsentscheidungen kommen, so führt § 111h Abs. 1 StPO-E in einer nennenswerten Anzahl von Insolvenzen zu einer, ggf. signifikanten Schmälerung des Vermögens des Betroffenen und damit der (potentiellen) Insolvenzmasse, die bis hin zur Notwendigkeit der Abweisung mangels Masse führen kann.

Das Vermögen des Betroffenen, der etwas aus einer Straftat erlangt hat, stünde dann in wirtschaftlicher Hinsicht nicht vorrangig seinen Gläubigern zur Verfügung,³² sondern dem Justizfiskus – aufkommensmäßig deutlich häufiger als nach geltendem Recht. Die Abschöpfung kann sogar vollständig zu Lasten der Allgemeingläubiger des Betroffenen gehen. Da der Staat keinen originär-eigenen Anspruch auf das Erlangte hat, wäre es sinnvoll festzuschreiben, dass die Insolvenzfestigkeit des Arrestpfandrechts in den Fällen des § 111h Abs. 1 StPO-E nicht gegen Insolvenzgläubiger wirkt. Damit wäre einerseits die Rückgabe an den Betroffenen ausgeschlossen, wenn das Insolvenzverfahren tatsächlich mit einem Überschuss abgeschlossen werden sollte, es müssten aber andererseits nicht die Insolvenzgläubiger hinter einem lediglich Auffangfunktion ausübenden Einziehungsrecht des Staates zurückstehen. Da Verbindlichkeiten aus Delikt nicht von der Restschuldbefreiung umfasst würden, wäre auch die Befreiung des Betroffenen von (anderen) Verbindlichkeiten (weitgehend) systematisch stimmig.³³

dd) Arrestpfandrecht nach Straftat mit individuellen Verletzten in der Insolvenz

Im wirtschaftlichen Ergebnis ordnet § 111i StPO-E das Zurücktreten des (aus dem Abschöpfungsgebot abgeleiteten) Interesses des Staates an Übertragung des Eigentums am Erlangten auf sich für den Fall an, dass die zugrundeliegende Straftat das Vermögensinteresse eines Individuums verletzt hat. Dieser Vorrang der anderen Gläubiger des Betroffenen kommt allerdings nicht nur dem oder den Verletzten zugute, sondern allen³⁴ – umso weniger verständlich ist es, dass sie bei Erlangtem aus einer Tat ohne individuellen Verletzten nicht nur nicht ebenfalls privilegiert werden, sondern im Gegenteil mit ihren Interessen ggf. hinter denen des Justizfiskus zurückstehen müssen.

Rechtstechnisch beschreitet § 111i Abs. 1 StPO-E allerdings nicht den Weg der Anordnung relativer Unwirksamkeit des Arrestpfandrechts gegenüber den Insolvenzgläubigern und/oder dem Insolvenzverwalter. Vielmehr ordnet § 111i Abs. 1 S. 1 StPO-E an, dass das Arrestpfandrecht (ausnahmslos) mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Betroffenen erlischt. Die (nur) damit entstehenden Folgeprobleme versucht der Reg-E durch Sonderregelungen zu meistern. Das kann nur partiell gelingen und belässt Sicherungslücken.³⁵

Gemäß § 111i Abs. 1 S. 2 StPO-E erlischt das Arrestpfandrecht an im Ausland befindlichen Gegenständen dann nicht, wenn der betreffende Staat das deutsche Insolvenzverfahren nicht anerkennt. Was gilt im Fall der generellen Anerkennung, aber dem Führen eines Partikularinsolvenzverfahrens im Ausland? Wie ist zu verfahren, wenn der Gebietsstaat zwar die Eröffnung des deutschen Insolvenzverfahrens anerkennt, die Wirkungen dort aber von noch nicht eingetretenen Umständen abhängen? Und warum soll es ggf. nötig sein, den Vermögensarrest erneut in denselben Gegenstand vollziehen zu müssen, wenn das (deutsche) Insolvenzverfahren endet, ohne dass der Gegenstand verwertet wurde? Ergibt sich eine solche Lage allerdings am regulären Ende eines Insolvenzverfahrens und ist deswegen der Übererlös an den Betroffenen auszukehren, so entsteht immerhin daran gem. § 111i Abs. 4 StPO-E kraft Gesetzes ein staatliches Pfandrecht bis zur Höhe des Vermögensarrests. Die rechtlichen und wesentlich praxisfreundlicheren Vorteile der Anordnung relativer Unwirksamkeit werden damit nicht erreicht, partiell gleiche Wirkungen aber immerhin auf andere Weise erzielt.

9. Entschädigung der Opfer

Für die Erfüllung der Ansprüche individueller Verletzter differenziert das Gesetz zwischen Deckungs- und Mangelfällen. Reicht das strafprozessual vorläufig Gesicherte aus, um dem bzw. den Verletzten das Erlangte vollständig zurückzugeben, ggf. zurück zu übertragen, so ist dies, erforderlichenfalls einschließlich der Verwertung, Aufgabe der Staatsanwaltschaft und dort des Rechtspflegers. Für den Mangelfall sieht die Novelle das Insolvenzverfahren als den regelmäßigen Ort der Verteilung an.

³² Daher abl. Bittmann, NZWiSt 2016, 131 (137 f.); Frind, ZinsO 2016, 674 (677); Bund Deutscher Rechtspfleger, ZinsO 2016, 1512 (1515).

³³ A.A. Begr. Reg-E, S. 92. Unbedacht ist bei der knackigen Aussage, der Beschuldigte solle mit Erlösen aus Straftaten gegen die Allgemeinheit nicht seine privaten Schulden begleichen können, dass das Erlöschen des staatlichen Arrestpfandrechts mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Betroffenen, der etwas aus einer Tat mit individuellem Verletzten erlangt hat, § 111i Abs. 1 S. 1 StPO-E, dazu führt, dass auch dessen Allgemeingläubiger vom Zufluss aus Straftaten profitieren, dazu sogleich III 8 b dd. In den Erfüllungsfällen des § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. b StGB-E begleicht der Täter bei Gutgläubigkeit des Empfängers seine Schulden direkt aus Erlösen aus der oder für die Straftat; ebenso möglich ist das auch in der von § 73b Abs. 1 S. 2 StGB-E erfassten Situation. Darin liegt zwar kein logischer Widerspruch, wohl aber ein wertungsmäßiges Spannungsverhältnis.

³⁴ Grundlegend verkannt von Frind, NZI 2016, 674 (677), der auch für die Fälle des § 111i StPO-E eine drastische Verschärfung der Gläubigerkonkurrenz befürchtet, die aber nur für die von § 111h Abs. 1 StPO-E erfasste Konstellation zu erwarten ist.

³⁵ Bittmann, ZinsO 2016, 873 (884); ebenso Frind, NZI 2016, 674 (678 f.).

a) Deckungsfälle

aa) Zeitpunkt der Entschädigung des Opfers

Den Ausgangspunkt bildet § 75 StGB-E, die Einziehung. Erst nach Rechtskraft sehen die §§ 459h, j, k und m StPO-E die regelmäßige Befriedigung des Verletzten vor – aus vom Staat eingezogenen Gegenständen oder Werten, möglichst in einem vereinfachten, streitige Zivilprozesse entbehrlich machenden Verfahren (§ 459j Abs. 1 – 3 StPO-E für Rückübertragung und Herausgabe; § 459k Abs. 1 – 3 StPO-E für die Auskehr des Verwertungserlöses), oder gegen Vorlage eines zivilprozessualen Vollstreckungstitels (§§ 459j Abs. 4 StPO-E, 459k Abs. 4 StPO-E und 459m StPO-E). Mit Ausnahme der Rückgabe beschlagnahmter beweglicher Sachen gem. § 111n Abs. 2 StPO-E ist gegen den Willen des Betroffenen die Befriedigung des Verletzten also erst nach Rechtskraft der Einziehungsentscheidung möglich. Das kann dauern. Der Entwurf steht jedoch auf dem Standpunkt, dass die vermehrte Abschöpfung deutlich öfter als bislang zu einer immerhin sicheren Aussicht auf Rückführung des Erlangten beiträgt. Angesichts der Abstriche, die insbesondere der Reg-E von den Grundgedanken vorsieht, muss man diesen Optimismus nicht teilen. Aber selbst, ja gerade wenn er gerechtfertigt sein sollte, stellt sich die Frage, warum Verletzte so lange auf Entschädigung warten sollen.

bb) Vollstreckungsverbot

Im Gegensatz zum bisherigen Recht soll ihnen eigenes zivilprozessuales Vorgehen sogar noch erschwert werden. Im Interesse der Gleichbehandlung im Mangelfall und damit dem Gedanken der Einheit der Rechtsordnung konsequent, aber keineswegs auf die einzig mögliche Weise Rechnung tragend, sieht § 111h Abs. 2 S. 1 StPO-E ein zivilprozessuales Vollstreckungsverbot in arretierte Gegenstände vor.

cc) Ausnahme: § 324 AO

Davon macht § 111h Abs. 2 S. 2 StPO-E eine Ausnahme nur für einen aufgrund Steuerhinterziehung erwirkten dinglichen Arrest gem. § 324 AO. Dies wiederum ist u.a. unter Gleichheitsgesichtspunkten nicht recht einsichtig, verstärkt es doch das aufgrund des Rechts, selbst einen Vollstreckungstitel errichten zu dürfen, ohnehin schon bestehende Vollstreckungsprivileg der öffentlichen Hand.

dd) Vermeidbare Erschwernisse

Unabhängig davon erschwert § 111h Abs. 2 S. 1 StPO-E die Rechtsdurchsetzung des Verletzten auch dort, wo dies nicht erforderlich ist.³⁶ Nur im Mangelfall stellen sich Verteilungsprobleme und damit die Frage nach Geltung des zivilprozessualen Prioritätsprinzips oder des insolvenzrechtlichen Gleichheitsgrundsatzes. Dem trägt die Neuregelung (nur) für die Herausgabe beschlagnahmter beweglicher Sachen Rechnung. Diese können gemäß § 111n Abs. 2 StPO-E an den Verletzten herausgegeben werden, sobald sie für strafprozessuale Zwecke nicht mehr benötigt werden. Im Übrigen verbietet die Novelle dem Verletzten zwar nicht, den Zivilrechtsweg zu beschreiten. Sie hindert ihn de jure auch nicht an der

Zwangsvollstreckung. De facto sieht der Entwurf dies jedoch bei größeren deliktischen Schäden durchaus vor, nimmt er doch an, dass dann alles pfändbare Vermögen des Betroffenen strafprozessual gesichert werde.³⁷ Selbst wenn er aber über weiteres verfügen sollte, wäre die Vollstreckung des Verletzten erschwert, weil ihm der Zugriff auf das strafprozessual Arretierte und vermutlich am besten Verwertbare verwehrt bliebe.

Es wäre aber ohne weiteres denkbar, dem Verletzten die durchaus auch nur vorläufige Vollstreckung oder zunächst allein sichernde Arrestvollziehung zu gestatten, um ihm die Durchsetzung seiner Restitutionsansprüche unabhängig vom (manchmal schleppenden) Verlauf des Ermittlungs- und Strafverfahrens zu ermöglichen. Der im Mangelfall durchgreifende Gleichheitsgrundsatz müsste dafür keineswegs aufgegeben oder auch nur eingeschränkt werden, erstreckte man die Regelung des § 111i Abs. 1 S. 1 StPO-E nur auf ein solches zivilprozessuales Arrestpfandrecht (oder bezöge es, wie hier präferiert, in die gesetzlich festzulegende Regelung über die relative Unwirksamkeit mit ein).

ee) Zuständigkeit: Rechtspfleger der Staatsanwaltschaft

Im Deckungsfall liegt die Verwertung in den Händen der Rechtspfleger der Staatsanwaltschaft. Diese Aufgabe üben sie bereits nach geltendem Recht aus, allerdings nur bei Verfall (ggf. des Wertersatzes), denn bei erfolgreicher Rückgewinnungshilfe liegt die Verwertung in den Händen des Verletzten. Das ändert sich nach neuem Recht. Den Rechtspflegern wachsen damit keine inhaltlich neuen Aufgaben zu,³⁸ die bisherigen fallen aber wohl deutlich häufiger an. Allerdings wird der Deckungsfall nur bei noch vorhandenem Erlangten, also in Fällen der Beschlagnahme, in einer nennenswerten Anzahl vorkommen, bei Verteilung von Wertersatz meist nur bei einem einzigen Geschädigten (obwohl der Reg-E im Gegensatz zu § 459h Abs. 2 S. 1, HS. 2 StPO-Ref-E auf die Vorabefriedigung der Verwertungskosten verzichtet).

b) Mangelfälle

aa) Grundgedanke

Die faktische Regel bilden die Mangelfälle. Für diese sieht § 111i Abs. 2 StPO-E eine Ermächtigung der Staatsanwaltschaft vor, für die Verletzten bereits vor Rechtskraft der Einziehungsentscheidung, ggf. schon im Ermittlungsverfahren, Insolvenzantrag zu stellen. Gleiches gilt gemäß § 459h Abs. 2 S. 2 StPO-E für das Vollstreckungsverfahren. Diese Befugnis entspricht nicht nur einem praktischen Bedürfnis, sondern dient der Einheit der Rechtsordnung und legt die Verteilung des Mangels in die Hände derjenigen, die berufsmäßig damit zu tun haben. Soweit, so überzeugend. Heikel ist hingegen die Ausgestaltung der Schnittstelle zwischen Ermittlungs- und Strafverfahren einerseits (§ 111i Abs. 2, ggf. i.V.m. § 459h Abs. 2 S. 2 StPO-E), und dem Insolvenzverfahren andererseits.

³⁶ Abl. Bittmann, ZinsO 2016, 873 (889 f.).

³⁷ Vgl. Begr. Reg-E, S. 93 f.

³⁸ A.A. Bund Deutscher Rechtspfleger, ZinsO 2016, 1512 (1512 und 1517 f.).

bb) Praxisprobleme aufgrund Ausgestaltung als Gläubigerantrag

Wie die Begründung des Reg-E ausführlich darlegt,³⁹ soll es sich um einen Gläubigerantrag handeln. Ihn dürfe zwar die Staatsanwaltschaft stellen, aber unter Erfüllung sämtlicher Anforderungen der InsO.

(1) § 111i Abs. 3 StPO-E stellt die Gläubiger vom Kostenrisiko frei. Das ist angemessen, weil die Staatsanwaltschaft den Insolvenzantrag ohne ihre tatsächliche Zustimmung stellen kann.

(2) Ob aber die Staatsanwaltschaft ohne weiteres in der Lage ist, einen zulässigen Gläubigerantrag zu stellen, so wie es die Begründung⁴⁰ für relativ unproblematisch hält, ist nicht von Zweifeln frei. Ein Gläubigerantrag verlangt dreierlei: ein rechtliches Interesse sowie die Glaubhaftmachung von Forderung und Eröffnungsgrund. Stellt die Staatsanwaltschaft den Antrag alsbald nach einer Durchsichtung, so wird sie aufgrund der vom Gläubiger übermittelten Unterlagen und sonstigen Informationen in der Lage sein, dem Insolvenzgericht Forderung und (zumindest teilweise) Nichterfüllung darzulegen. Die Begründung stellt, aber wohl nicht abschließend, auf eine ermittlungsrichterliche Entscheidung wie die Anordnung des Vermögensarrests ab.⁴¹

(3) Ob die Staatsanwaltschaft jedoch auch den Eröffnungsgrund glaubhaft zu machen in der Lage ist, hängt davon ab, welche Unterlagen sie bei der Durchsichtung sicherzustellen vermochte, ob diese ausgewertet wurden und ob sich Folgemaßnahmen abzeichnen. Gibt es Hinweise auf noch nicht beschlagnahmtes oder arretiertes Vermögen, so bleibt unklar, ob – und ist damit gerade nicht glaubhaft, dass – Zahlungsunfähigkeit vorliegt.⁴² Bis diese Umstände geklärt sind, geht regelmäßig gehörige Zeit ins Land. Liegt nach vielleicht einem Jahr die Annahme bestehender Zahlungsunfähigkeit nahe genug, so kann für die Forderung und deren Nichterfüllung zum Zwecke des Insolvenzantrags aber nicht mehr auf die früheren Erkenntnisse zurückgegriffen werden, weil diese sich längst geändert haben können. Hier wird also nochmals an zumindest einen Gläubiger herangetreten werden müssen.

³⁹ Begr. Reg-E, S. 93 f.

⁴⁰ Begr. Reg-E, S. 92.

⁴¹ Begr. Reg-E, S. 93.

⁴² So auch Begr. Reg-E, S. 93 für etwaiges Auslandsvermögen; allg. wie hier *Frind*, NZI 2016, 674 (679).

(4) Das aber ist noch nicht alles. Laut Begründung müsse die Staatsanwaltschaft dem Insolvenzgericht zwar kein *vollständiges* Vermögensverzeichnis des Betroffenen präsentieren, wohl aber eine Zusammenstellung seiner verfügbaren und der kurzfristig liquidierbaren Zahlungsmittel (Bargeld, Schecks, Bankguthaben, Kreditmittel) und sonstigen Vermögensgegenstände (Aktien, Schmuck etc.).⁴³ Selbst unter der optimistischen Annahme der Begründung, all dies werde typischerweise im Zuge der Finanzermittlungen entdeckt und sichergestellt, gilt dies nur für den Zeitpunkt der Durchsichtung. Nach Ablauf einer nennenswerten Frist ist aber nicht auszuschließen, dass der Betroffene zwischenzeitlich weitere Vermögensgegenstände erlangt hat: Nochmalige Durchsichtung? Nur zu dem Zwecke, einen zulässigen Insolvenzantrag stellen zu können? Wäre das verhältnismäßig? Diese Frage wird sich vermutlich nur selten stellen, denn auf die Idee einer derartigen ergänzenden Durchsichtung mit reinem, nur der Zulässigkeit des Insolvenzantrags dienendem Absicherungscharakter wird ein Staatsanwalt angesichts der knappen Ressourcen wohl bestenfalls in herausragenden Fällen kommen, ihr aber wohl auch dann nicht (durchweg) näherzutreten müssen, weil in solchen Konstellationen den Insolvenzantrag meist schon andere zuvor gestellt haben werden.

cc) Änderungsbedarf

Die gute Idee, die Verteilung im Mangelfall dem Insolvenzverfahren zu überantworten, wird von der strafprozessualen Praxis in größerem Umfang wohl nur dann angenommen werden können, falls sie ein Insolvenzeröffnungsverfahren schon dann anstoßen kann, wenn die von Gläubigern angemeldeten Rückgabe- bzw. Rückübertragungsansprüche den Wert des Sichergestellten überschreiten.⁴⁴ Schon diese Feststellung kann aufwendig sein, lässt sich aber immerhin meist noch mit erträglichem Aufwand erfüllen. Das gilt für darüberhinausgehende Anforderungen an einen Insolvenzantrag nicht. Es wäre daher wünschenswert, im parlamentarischen Verfahren die nötigen Erleichterungen für Insolvenzanträge zu schaffen, die die Staatsanwaltschaft stellen darf.

⁴³ Begr. Reg-E, S. 93. *Frind*, NZI 2016, 674 (679), bezweifelt demgegenüber, dass die Staatsanwaltschaft einen ausreichend verlässlichen Überblick über den Umfang des Vermögens des Betroffenen haben wird. Das ist allerdings auch nicht nötig, weil die Zulässigkeit eines Gläubigerantrags nicht den *Nachweis* eines Insolvenzgrundes verlangt. Soweit *Frind* die Feststellung der Vermögensverhältnisse seitens eines Gerichtsvollziehers für verlässlicher als strafprozessuale Finanzermittlungen hält, klingt dies für einen Vergleich zwischen einem redlichen Schuldner und einem Beschuldigten durchaus plausibel; vergleicht man hingegen, wie es für die Fälle der Schnittstelle zwischen strafprozessualer Sicherung und Insolvenzrecht geboten ist, die Feststellung der Vermögensverhältnisse eines Betroffenen seitens der Staatsanwaltschaft einerseits und des Gerichtsvollziehers andererseits, so kann von einer Überlegenheit des Letztgenannten keine Rede sein: wenn jemand sein Vermögen verschleiern will, dann hat er kein Interesse an dessen Offenbarung – weder gegenüber der Staatsanwaltschaft noch vor dem Gerichtsvollzieher.

⁴⁴ Den ursprünglichen Ref-E in diese Richtung interpretierend, ein Verständnis, das angesichts der Begründung des Reg-E nicht mehr möglich ist, *WisteV*, WiJ 2016, 175 (182 ff.); s.a. *Bittmann*, NZWiSt 2016, 131 (135).

IV. Fazit

Kühne Grundgedanken, die den Ref-E prägten, hegt der Reg-E behutsam ein. Das mag man bedauern oder als Anerkennung der real vorhandenen Kapazitäten der Justiz mit Erleichterung zur Kenntnis nehmen. Unabhängig davon gilt es jedoch, im parlamentarischen Verfahren Bestimmungen zu eliminieren, mit denen sich der Entwurf selbst im Wege steht, und neben dem nötigen Feinschliff, der hier nicht näher beleuchtet werden kann,⁴⁵ zumindest folgende Aspekte mit ergänzenden Vorschriften so zu justieren, dass der Entwurf seine Ziele tatsächlich erreichen kann:

(1) Orientierung des Umfangs der Abschöpfung am jeweils verletzten Rechtsgut.⁴⁶

(2) Glaubhaftmachung legalen Erwerbs durch den Eigenbesitzer des Erlangten.⁴⁷

(3) Herstellen der Insolvenzfestigkeit des Rechts auf Rückübertragung des Eigentums an beschlagnahmten Gegenständen durch Schaffung eines Aussonderungsrechts, § 111d Abs. 1 StPO-E.⁴⁸

(4) Anordnung im Verhältnis zum Insolvenzverwalter relativer Unwirksamkeit des auf einem Vermögensarrest basierenden Pfandrechts (Entsprechendes muss für Siche-

runghypotheken gelten).⁴⁹ Ob eine solche Regelung nur für Erlangtes aus Taten mit individuellem Verletzten gelten oder auch auf Taten ohne einen solchen erstreckt werden soll,⁵⁰ ist eine politisch zu entscheidende Frage.

(5) Beseitigung oder zumindest Lockerung des Vollstreckungsverbots gem. § 111h Abs. 2 S. 1 StPO-E durch Erlauben eigener (ggf. vorläufiger oder sichernder) Vollziehungsmaßnahmen Verletzter, deren Sicherungsrechte nur im Fall der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens wieder erlöschen würden.⁵¹

(6) Befugnis der Staatsanwaltschaft, das Insolvenzgericht bereits dann einzuschalten, wenn die angemeldeten Forderungen Verletzter das strafprozessual gesicherte Vermögen übersteigen.⁵²

Damit der Sprung des gedanklichen Tigers nicht als (sicherlich überzeichnend) zahnloser Bettvorleger endet, lässt sich nur hoffen, dass das Parlament den Mut, den es bei der Reform des Sexualstrafrechts aufbrachte – bejuble man die dabei entstandenen neuen Tatbestände oder verfluche sie – auch bei der Neuregelung des Rechts der strafprozessualen Vermögensabschöpfung an den Tag legt, die Einschränkungen des Reg-E gegenüber dem Ref-E also wieder beseitigt und zusätzlich die Regelungen schafft, die das neue Recht erst im gewünschten Maße praktikabel werden lässt.

⁴⁵ Auflistung zum Ref-E bei *Bittmann*, ZinsO 2016, 873 (890 f.).

⁴⁶ Näher oben III 2.

⁴⁷ Näher oben III 4.

⁴⁸ Näher oben III 8 b bb.

⁴⁹ Näher oben III 8 b dd.

⁵⁰ Näher oben III 8 b cc.

⁵¹ Näher oben III 9 a bb und dd.

⁵² Näher oben III 9 b bb (2) – (4) und cc.

Das reformierte Sexualstrafrecht – Ein Überblick über die vorgenommenen Änderungen

*Dr. iur. Konstantina Papathanasiou, LL.M.**

Abstract

Am 6. Juli 2016 hat der 6. Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz den Gesetzentwurf zur Reform des Sexualstrafrechts verabschiedet (BT-Drs. 18/9097). Verfolgtes gesetzgeberisches Hauptziel war, die sexuelle Selbstbestimmung besser und umfassender zu schützen. Der vorliegende Beitrag gibt einen Überblick über die vorgenommenen Änderungen des Sexualstrafrechts unter direktem Bezug auf den Text der Begründung der Beschlussempfehlung und zeigt das Ausmaß der Änderung der Rechtslage im Lichte des Rückwirkungsverbots auf: Nicht nur wurden vorhandene Regelungen verschärft, sondern auch neue Straftatbestände eingeführt. Die Reform der §§ 177 ff. StGB führt somit auch zu einer Vorverlagerung bzw. Erweiterung der Versuchsstrafbarkeit. Der Beitrag beleuchtet ergänzend als obiter dictum die hier interessierenden Vorsatz- und Irrtumsfragen. Die Ausführungen runden die wesentlichsten Folgeänderungen ab.

The 6th Committee on Legal Affairs and Consumer Protection has approved on 6 July 2016 the draft law on Reform the Penal Code in the area of Sexual Offenses (Bundestag document „BT-Drs. 18/9097“). Main legislative objective was to protect the sexual self-determination better and more comprehensively. The paper at hand gives an overview of the modifications made in regard to sexual offenses with direct reference to the text of the justification of the proposed resolution and shows the extent of the change in the legal situation in the light of the prohibition on retrospective criminalisation: Not only existing regulations have been strengthened, but also new offenses have been introduced. The reform of Articles 177 et seqq. of the German Penal Code leads therefore to a forward displacement and expansion of the punishment of attempt as well. The paper illuminates complementary as obiter dictum questions which are of interest here about intention and mistake. The most significant consequential amendments round out the explanations.

*Da wird geliebt, gelacht, gesungen,
Da wird geschmaust, gezecht, gesprungen;
Frau Ceres hier, Gott Bacchus nebenan,
Priapus und Cupido scherzen
Mit alten wie mit jungen Herzen,
Und über Alle ragt der Grosse Pan!*

Auszug aus dem Gedicht „Das Mysterium des großen Pan“ von Arthur Heinrich Wilhelm Fitger¹

I. Einleitung

Die sexuelle Selbstbestimmung ist anerkanntermaßen ein besonders hohes Rechtsgut, welches seit dem Vierten Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 23. November 1973 (BGBl. I S. 1725) explizit vom 13. Abschnitt des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs geschützt wird.² Als Ausprägung des vom Bundesverfassungsgericht entwickelten allgemeinen Persönlichkeitsrechts³ wird die sexuelle Selbstbestimmung aus der in Art. 1 Abs. 1 GG garantierten Menschenwürde und dem Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG auf freie Entfaltung der Persönlichkeit abgeleitet.⁴ Seit geraumer Zeit wird durch Berichte und Studien von Verbänden und Instituten aufgezeigt⁵, dass vor allem § 177 StGB in seiner gegenwärtigen Fassung nicht ausreichend ist, um alle strafwürdigen Tathandlungen zu erfassen, mit denen das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung verletzt wird. Dies wurde nicht zuletzt durch die Ereignisse in der *Kölner Silvesternacht* 2015/2016 auf tragische Weise bestätigt.

Nach langen Diskussionen und Einreichung mehrerer Entwürfe wurde vom 6. Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz am 6. Juli 2016 der Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung verabschiedet (BT-Drs. 18/9097). Der Ausschuss hat somit den Gesetzentwurf auf Drucksachen 18/8210, 18/8626 in erheblich geänderter Fassung angenommen, die Gesetzentwürfe auf Drucksachen 18/7719 und 18/5384 hingegen abgelehnt.⁶ Am darauffolgenden Tag wurde das Gesetz

* Die Autorin ist akademische Mitarbeiterin und Habilitandin am Institut für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht und Strafprozessrecht der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg.

¹ Die Deutsche Gedichtbibliothek (online verfügbar unter http://gedichte.xbib.de/Fitger_gedicht_Das+Mysterium+des+gro%DFen+Pan.htm; zuletzt abgerufen am 4.8.2016).

² So BT-Drs. 18/8210, S. 7; zum Rechtsgut der §§ 174 ff. StGB s. statt vieler *Bottke*, in: FS Otto, 2007, S. 535 ff.; zur geschichtlichen Entwicklung der damaligen Reform vgl. *Albrecht*, Sexualstrafrecht – Reformen und Ergebnisse, RdJB 11, 148 (151 ff.); nach *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, 2. Aufl. (2012), vor §§ 174 ff. Rn. 4, gewann der 13. Abschnitt durch das 4. StrRG „sein im Wesentlichen auch heute noch vorhandenes Gesicht.“

³ Grundlegend dazu BVerfGE 34, 238 (Tonband); 35, 202 (Lebach); 65, 1 (Volkszählung); 120, 274 (Online-Durchsuchung).

⁴ Vgl. BR-Drs. 162/16, S. 3; BT-Drs. 18/8210, S. 7.

⁵ Dazu s. die Nachweise in BT-Drs. 18/8210, S. 8.

⁶ BT-Drs. 18/9097, S. 3.

vom Bundestag in zweiter und dritter Lesung beschlossen.⁷ Ziel des vorliegenden Beitrags ist es, einen Überblick über die vorgenommenen Änderungen zu geben, und zwar im Lichte des Rückwirkungsverbots, zumal die Rechtslage sich durch die Reform geändert hat und das Sexualstrafrecht verschärft wurde.⁸

II. Regelungsgegenstand des reformierten Sexualstrafrechts

Bei den vorgenommenen Änderungen hatte die Implementierung der sog. Nichteinverständnislösung („Nein-heißt-Nein“-Lösung) höchste Priorität.⁹ Entscheidend wird von nun ab sein, dass der Wille des Opfers erkennbar ist und der Täter sich darüber hinwegsetzt. Dies entspricht letztendlich auch dem Artikel 36 der Istanbul-Konvention¹⁰, welcher verlangt, dass die Staaten alle nicht-einvernehmlichen sexuellen Handlungen unter Strafe stellen sowie effektiv verfolgen müssen. Nach einer richtungsweisenden Entscheidung des EGMR aus dem Jahr 2003, worauf der Erläuternde Bericht zur Istanbul-Konvention explizit Bezug nimmt¹¹, reicht es sogar aus, wenn eine Bestrafung wegen nicht einverständlicher sexueller Handlungen unter anderem durch Auslegung der nationalen Vorschriften grundsätzlich möglich ist, auch wenn die Mitgliedstaaten Begriffe wie „Gewalt“, „Bedrohung“ etc. in ihrer nationalen Gesetzgebung verwenden.¹²

Die Verortung aller Tathandlungen des sexuellen Übergriffs auf Menschen mit und ohne Behinderung in einem neu gefassten § 177 StGB führte ferner zur Abschaffung der Vorschrift des sexuellen Missbrauchs widerstandsunfähiger Personen nach § 179 StGB. Auch der Begriff der Vergewaltigung wurde dahingehend erweitert, dass nun mehr auch Tathandlungen erfasst werden, die nicht mit einer Nötigung des Opfers einhergehen.¹³ Zukünftig soll sich strafbar machen, wer die Unfähigkeit eines Opfers zum Widerstand ausnutzt oder überraschend sexuelle Handlungen an einem Opfer vornimmt. Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung sieht daher neue Straftatbestände vor, mit denen der sexuelle Missbrauch unter Ausnutzung besonderer Umstände unter Strafe gestellt wird. Auf diese Weise sollen Frauen – und Männer – besser als bislang vor sexuellen

Übergriffen geschützt werden.¹⁴

Der neu eingeführte § 184i StGB enthält einen neuen Straftatbestand der sexuellen Belästigungen. Ziel dieser gesetzgeberischen Entscheidung war ausweislich der Beschlussempfehlung des Ausschusses, auch Fälle unter Strafe zu stellen, welche gegenwärtig nicht oder allenfalls im Einzelfall als Beleidigung nach § 185 StGB erfasst werden können.¹⁵ Der ebenfalls neu eingeführte § 184j StGB verhängt eine Strafe für Fälle, in denen Personen in einer Gruppe zusammen eine andere Person bedrängen, um an ihr die Begehung einer Straftat zu ermöglichen, wenn es zu einer Straftat nach §§ 177 oder 184i StGB kommt.¹⁶

1. Neu gefasste (§ 177 StGB) und gestrichene (§ 179 StGB) Vorschriften

Die geänderte Fassung weicht erheblich vom ursprünglichen Regierungsentwurf ab. Dieser hatte noch vorgesehen, vermutete Schutzlücken etwa in Hinblick auf Überraschungstaten im bestehenden § 179 StGB zu regeln; die geänderte Fassung des Gesetzentwurfes sieht hingegen vor, den § 177 StGB neu zu fassen („Sexueller Übergriff; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung“) und dort auch die Missbrauchstatbestände des § 179 StGB aufgehen zu lassen.¹⁷ Im Einzelnen gilt nun mehr Folgendes¹⁸:

Nach § 177 Abs. 1 StGB wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft, wer gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person sexuelle Handlungen an dieser Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt. Der Gesetzgeber hat dabei auf den Begriff der „Nötigung“ verzichtet, welcher die Überwindung des entgegenstehenden Willens des Opfers mit Zwangsmitteln voraussetzte.¹⁹ Infolgedessen wird zugleich auch *kein Finalzusammenhang mehr* zwischen dem Einsatz des Nötigungsmittels und der sexuellen Handlung verlangt bzw. erübrigt sich an dieser Stelle die bisherige Diskussion über die Notwendigkeit dieses Erfordernisses.²⁰ Ausweislich der Begründung der Beschlussempfehlung greift die neue Regelung den Gedanken der sog. „Nein-heißt-Nein“-Lösung auf und erfasst sämtliche sexuelle Handlungen i.S.d.

⁷ Vgl. aktuelle Nachricht in FD-StrafR 2016, 379633.

⁸ Zur jüngsten Diskussion siehe repräsentativ *Blume/Wegner*, HRRS 2014, 357 ff.; *Deutscher Anwaltverein*, Stellungnahme Nr. 11/2016 vom 2.3.2016 zur Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung (online verfügbar unter <https://anwaltverein.de/.../sn-11-16-verbesserung-des-schutzes-der-sexuellen-selbstbes...>, zuletzt abgerufen am 31.7.2016); *Eisele*, Schriftliche Stellungnahme vom 24.1.2015 zur Sachverständigenanhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages (online verfügbar unter <https://www.bundestag.de/blob/357194/.../eisele-data.pdf>, zuletzt abgerufen am 1.8.2016); *El-Ghazi*, jurisPR-StrafR 9/2016 Anm. 1; *Fischer*, ZIS 2015, 312 ff.; *Freudenberg*, RuP 2016, 109 ff.; *Gerhold*, JR 2016, 122 ff.; *Herning/Illegner*, „Ja heißt Ja“ – Konsensorientierter Ansatz im deutschen Sexualstrafrecht, ZRP 2016, 77 ff.; *Hörnle*, Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention, Gutachten für das Deutsche Institut für Menschenrechte, 2015, *dies.*, ZIS 2015, 206 ff.; *dies.*, KriPoZ 2016, 19 ff.; *Renzikowski*, Lücken beim Schutz der sexuellen Selbstbestimmung aus menschenrechtlicher Sicht, Stellungnahme vom 26.1.2015 (online verfügbar unter <https://www.bundestag.de/blob/357202/.../renzikowski-data.pdf>, zuletzt abgerufen am 1.8.2016); umf. *Mütting*, Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung (§ 177 StGB): Reformdiskussion und Gesetzgebung seit 1870, 2010.

⁹ BT-Drs. 18/9097, S. 22.

¹⁰ Übereinkommen des *Europarats* zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt vom 11.5.2011 (ETS Nr. 210).

¹¹ Vgl. Erläuternder Bericht, Rn. 191.

¹² *EGMR*, Urt. v. 4.12.2003 – *Beschw. Nr. 39272/98*, Rn. 161.

¹³ BT-Drs. 18/9097, S. 2.

¹⁴ Vgl. Pressemitteilung der Bundesregierung v. 07.07.2016 zitiert nach <https://www.juris.de/jportal/?quelle=jlink&docid=jnachr-JUNA160701506&psml=juris.psml&max=true> (zuletzt abgerufen am 1.8.2016).

¹⁵ Dazu BT-Drs. 18/9097, S. 3, 22.

¹⁶ A.a.O., S. 3, 22.

¹⁷ Vgl. Meldung des Deutschen Bundestages vom 6.7.2016 (online verfügbar unter <https://www.bundestag.de/presse/hib/201607-/434604>; zuletzt abgerufen am 28.7.2016).

¹⁸ Hierzu bereits *Papathanasiou*, jurisPR-StrafR 17/2016 Anm. 1.

¹⁹ Vgl. repräsentativ *Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 29. Aufl. (2014), § 177 Rn. 4.

²⁰ Zu dieser Diskussion s. *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB § 17 Rn. 6, 7a, 11a jeweils m.w.N. auf Rspr. sowie zust. und abl. Schrifttum. Der Finalzusammenhang wird nun im neuen § 177 Abs. 5 verlangt werden.

§ 184h Nr. 1 StGB, mit denen sich der Täter über den entgegenstehenden Willen des Opfers hinwegsetzt.²¹ In solchen Fällen wird nämlich das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung ohne Weiteres verletzt, weswegen die Motiven des Opfers unbeachtlich sind.²² Abzustellen ist vielmehr auf den erkennbaren Willen des Opfers, wobei die Erkennbarkeit des entgegenstehenden Willens aus der Sicht eines objektiven Dritten zu beurteilen ist: Dafür wird entweder eine ausdrückliche (d.h. verbale) Erklärung oder ein konkludentes Verhalten (wie z.B. Weinen oder Abwehren der sexuellen Handlung) zum Tatzeitpunkt vorausgesetzt.²³ Der Gesetzesentwurf will somit das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung unabhängig davon schützen, ob das Opfer es selbst, ggf. unter hohen Risiken und ohne konkrete Erfolgsaussichten, gegen den Täter verteidigt oder dies zumindest versucht.²⁴

Besonders auslegungsbedürftig ist in Abs. 1 (wie auch in Abs. 2) das „Bestimmen“ einer Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen. Der Täter muss durch unmittelbare Einwirkung auf das Opfer den Grund dafür gegeben haben, dass es sexuelle Handlungen vornimmt.²⁵ Diesbezüglich sollte nicht ausreichen, wenn der Entschluss zur Vornahme der sexuellen Handlung in dem Opfer hervorgerufen wird. Das „Bestimmen“ ist vielmehr – unter Berücksichtigung systematischer Überlegungen – wie in §§ 174 Abs. 2 Nr. 2, 176 Abs. 2, 4 Nr. 2, 182 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 Nr. 2 StGB dahingehend zu verstehen, dass es erfolgreich sein muss, nämlich, dass es zu der sexuellen Handlung tatsächlich kommt.²⁶ Die Einwirkung auf das Opfer setzt ansonsten (wie bei § 26 StGB) voraus, einen unmittelbaren kommunikativen, nicht notwendig eigenhändigen, Kontakt voraus, wobei das angewendete Mittel irrelevant ist.²⁷

Ist der entgegenstehende Wille des Opfers nicht erkennbar, macht sich der Täter nur strafbar, solange die in § 177 Abs. 2 StGB genannten Umstände vorliegen. Es handelt sich dabei um Konstellationen, in denen dem Opfer das Erklären eines entgegenstehenden Willens entweder nicht zumutbar ist, so dass selbst eine geäußerte Zustimmung nicht tragfähig wäre, oder ihm das Erklären eines entgegenstehenden Willens objektiv nicht möglich ist.²⁸

In Betracht kommt § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB, wenn der Täter ausnutzt, dass das Opfer nicht in der Lage ist, einen entgegenstehenden Willen zu bilden oder zu äußern. Eine derartige Unfähigkeit des Opfers ist aus objektiver Ex-ante-Perspektive zu beurteilen, sodass auch Fälle erfasst werden, „in denen dem Opfer sogenannte K.O.-Tropfen beigebracht worden sind, unabhängig davon, ob dies der

Täter selbst getan hat, oder ob es das Opfer in einer solchen Situation vorfindet und dies ausnutzt“.²⁹ Ausweislich der Begründung der Beschlussempfehlung muss das Opfer zur Bildung oder Äußerung eines Willens absolut unfähig sein, sodass auch Fallkonstellationen des bisherigen § 179 Abs. 1 und 2 StGB (Sexueller Missbrauch widerstandsunfähiger Personen) erfasst werden und diese Vorschrift dementsprechend aufgehoben werden kann.³⁰

Ferner verwirklicht der Täter § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB, wenn er ausnutzt, dass die Person aufgrund ihres körperlichen³¹ oder psychischen³² Zustands in der Bildung oder Äußerung des Willens erheblich eingeschränkt ist, es sei denn, er hat sich der Zustimmung der Person zu der sexuellen Handlung versichert. Ausweislich der Begründung der Beschlussempfehlung wird mit dieser Regelung im Grundsatz das sexuelle Selbstbestimmungsrecht von denjenigen Personen geschützt, die zwar einen natürlichen Willen bilden oder äußern können, die aber in dieser Fähigkeit erheblich eingeschränkt sind.³³ Der natürliche Wille kann insbesondere verbal oder konkludent (z.B. durch sexualisierte Berührungen die die geschützte Person freiwillig an der handelnden Person vornimmt) erklärt werden und muss aus objektiver Sicht eindeutig sein.³⁴ Die Zustimmung muss jedenfalls bereits vor der jeweiligen sexuellen Handlung (ausdrücklich oder konkludent) eingeholt werden, sodass insoweit (anders als in Abs. 1) die sog. „Nur-Ja-heißt-Ja“-Lösung umgesetzt wird.³⁵

Aus § 177 Abs. 2 Nr. 3 StGB macht sich derjenige strafbar, der für die Tatbegehung ein Überraschungsmoment ausnutzt. Das Opfer wird in derartigen Situationen unvorbereitet getroffen. Grundsätzlich betrifft diese Regelung fremde Täter, welche in der Öffentlichkeit plötzlich an das Geschlechtsteil des Opfers fassen, soweit hierin eine sexuelle Handlung nach § 184h Nr. 1 StGB zu sehen ist.³⁶ Die überraschende sexuelle Handlung kann aber ausweislich der Begründung der Beschlussempfehlung auch im nicht-öffentlichen Raum und zwischen Personen, die sich kennen, erfolgen.³⁷

Des Weiteren wird nach § 177 Abs. 2 Nr. 4 StGB bestraft, wer eine Lage ausnutzt, in der dem Opfer bei Widerstand ein empfindliches Übel droht. Ausweislich der Begründung der Beschlussempfehlung muss dieses empfindliche Übel (i.S.d. § 240 StGB) dem Opfer objektiv drohen, der Täter braucht aber damit nicht ausdrücklich zu drohen, sodass grundsätzlich die sog. „Klima-der-Gewalt“-Fälle erfasst werden.³⁸

Schließlich verwirklicht § 177 Abs. 2 Nr. 5 StGB derje-

²¹ Vgl. BT-Drs. 18/9097, S. 23.

²² A.a.O., S. 22.

²³ Vgl. a.a.O., S. 23.

²⁴ So explizit BT-Drs. 18/9097, S. 22.

²⁵ S. näher *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, § 176 Rn. 34.

²⁶ Vgl. dazu *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB § 180 Rn. 21 m.w.N.

²⁷ *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, § 176 Rn. 26.

²⁸ BT-Drs. 18/9097, S. 24.

²⁹ A.a.O., S. 24 m.w.N.

³⁰ A.a.O., S. 24.

³¹ A.a.O., S. 25: „Ein entsprechender körperlicher Zustand liegt vor, wenn ein Gebrechen oder anderes Hemmnis vorliegt, das nicht auf eine psychische Störung zurückzuführen ist. Dass kann etwa eine partielle Lähmung sein.“

³² BT-Drs. 18/9097, S. 25: „Der Begriff ‚psychisch‘ findet sich bereits in § 171 StGB (Verletzung der Fürsorge- und Erziehungspflicht) und in § 218c StGB (ärztliche Pflichtverletzung bei einem Schwangerschaftsabbruch). Psychisch bedeutet dasselbe wie das Merkmal ‚seelisch‘ in § 20 StGB. [...] Der Begriff erfasst auch sogenannte Geisteskrankheiten, also etwa die angeborene Intelligenzminde- rung.“

³³ BT-Drs. 18/9097, S. 25.

³⁴ A.a.O., S. 25.

³⁵ A.a.O., S. 26.

³⁶ A.a.O., S. 26.

³⁷ A.a.O., S. 26.

³⁸ A.a.O., S. 26.

nige, der die Person zur Vornahme oder Duldung der sexuellen Handlung durch Drohung mit einem empfindlichen Übel genötigt hat. Ausweislich der Begründung der Beschlussempfehlung hat sich die Vorschrift an § 240 Abs. 1 und Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB orientiert, weswegen letztere von beiden gestrichen wurde.³⁹ Die Regelung verlangt im Unterschied zu den übrigen Tatmodalitäten, dass der Täter das Opfer nötigt, d.h. dass er einen entgegenstehenden Willen des Opfers durch Zwang bricht, indem er dem Opfer ein empfindliches Übel in Aussicht stellt.⁴⁰

Die Grundtatbestände des § 177 Abs. 1 und 2 sind nach § 177 Abs. 3 StGB auch im Versuch strafbar. Entsprechend den gesetzlichen Änderungen kommt es diesbezüglich zu einer gewissen Vorverlagerung bzw. Erweiterung der Versuchsstrafbarkeit: Der *Versuch beginnt* nämlich nicht mehr mit dem unmittelbaren Ansetzen zur nötigen Einwirkung auf das Opfer⁴¹, sondern mit dem unmittelbaren Ansetzen zur Vornahme der sexuellen Handlung bzw. (beim „Bestimmen“⁴²) mit dem unmittelbaren Ansetzen zur Einwirkung auf das Opfer. Dies soll sogar passieren beim Abs. 1 gegen den objektiv erkennbaren entgegenstehenden Willen des Opfers, beim Abs. 2 unter den dort explizit genannten Umständen. Somit werden Verhaltensweisen erfasst, welche unter Umständen weit vor dem eigentlichen sexuellen Übergriff liegen können.⁴³

In § 177 Abs. 4 StGB ist eine Qualifikation vorgesehen: Es ist auf Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr zu erkennen, wenn die Unfähigkeit, einen Willen zu bilden oder zu äußern, auf einer Krankheit oder Behinderung des Opfers beruht. Ausweislich der Begründung der Beschlussempfehlung bezieht sich diese Qualifikation ausschließlich auf das Grunddelikt aus § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB.⁴⁴ Hingegen bezieht sich die Qualifikation des § 177 Abs. 5 StGB auf sämtliche Grundtatbeständen aus § 177 Abs. 1 oder 2 StGB.⁴⁵ Im Einzelnen verwirklicht der Täter § 177 Abs. 5 Nr. 1 StGB, wenn er gegenüber dem Opfer Gewalt anwendet.⁴⁶ § 177 Abs. 5 Nr. 2 StGB kommt in Betracht, wenn der Täter dem Opfer mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben droht.⁴⁷ Der Täter verwirklicht schließlich § 177 Abs. 5 Nr. 3 StGB, wenn er eine Lage ausnutzt, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist.⁴⁸ Schließt man sich der bisherigen h.M. zum früheren § 177 Abs. 1 StGB an, dann wird nun für § 177 Abs. 5 StGB auch der Finalzusammenhang zwischen dem Einsatz des Nötigungsmittels und der sexuellen Handlung verlangt.

Anschließend werden in § 177 Abs. 6 StGB zwei besonders schwere Fälle benannt. Diese Regelbeispiele beziehen sich auf die Grundtatbestände des § 177 Abs. 1 und 2 StGB und sehen jeweils einen Strafrahmen nicht unter

zwei Jahren vor. Der Täter verwirklicht das erste Regelbeispiel des § 177 Abs. 6 Nr. 1 StGB, wenn er mit dem Opfer den Beischlaf vollzieht oder vollziehen lässt oder ähnliche sexuelle Handlungen an dem Opfer vornimmt oder von ihm vornehmen lässt, die dieses besonders erniedrigen, insbesondere, wenn sie mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind (Vergewaltigung). Ausweislich der Begründung der Beschlussempfehlung war Ziel der Regelung, dass die Vergewaltigung nicht mehr davon abhängt, ob der Täter das Opfer durch Gewalt, durch Drohung oder durch das Ausnutzen einer schutzlosen Lage nötigt.⁴⁹ Der Täter begeht nunmehr auch dann eine Vergewaltigung, wenn er ohne eine Nötigung die Voraussetzungen der Abs. 1 oder 2 erfüllt, sodass es zu einer Loslösung von Ausübung von „Gewalt“ im strafrechtlichen Sinne kommt.⁵⁰ Wird die Tat von mehreren gemeinschaftlich begangen, dann liegt das zweite Regelbeispiel des § 177 Abs. 6 Nr. 2 StGB vor.

Die mit dem früheren § 177 Abs. 3 StGB deckungsgleiche Qualifikation des § 177 Abs. 7 StGB liegt vor, wenn der Täter eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug bei sich führt (Nr. 1), sonst ein Werkzeug oder Mittel bei sich führt, um den Widerstand einer anderen Person durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden (Nr. 2), oder das Opfer in die Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung bringt (Nr. 3). Ausweislich der Begründung der Beschlussempfehlung bezieht sich diese Qualifikation nicht nur (wie die frühere Rechtslage) auf den Nötigungstatbestand (vergleichbar: § 177 Abs. 2 Nr. 5 StGB) und auf Fälle, in denen das Opfer absolut widerstandsunfähig ist (vergleichbar: § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB), sondern auch auf die Missbrauchstatbestände (§ 177 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2, 3 und 4 StGB).⁵¹

Eine weitere Qualifikation wird im (mit dem früheren § 177 Abs. 4 StGB deckungsgleichen) § 177 Abs. 8 StGB erfasst.⁵² Demnach verwirklicht der Täter eine Qualifikation, wenn er bei der Tat eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug verwendet (Nr. 1) oder wenn er das Opfer bei der Tat körperlich schwer misshandelt (Nr. 2 Buchstabe a) bzw. durch die Tat in die Gefahr des Todes bringt (Nr. 2 Buchstabe b). Ausweislich der Begründung der Beschlussempfehlung bezieht sich die Qualifikation (ebenso wie bei § 177 Abs. 7 StGB) zusätzlich zur gegenwärtigen Rechtslage auch auf die Missbrauchstatbestände des § 177 Abs. 1 StGB sowie auf § 177 Abs. 2 Nr. 2, 3 und 4 StGB.⁵³

Schließlich enthält § 177 Abs. 9 StGB minder schwere Fälle für die Grunddelikte aus § 177 Abs. 1 und 2 StGB (schuldangemessene Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu drei Jahren) sowie für die Qualifikationen der § 177 Abs. 4 und 5 StGB (schuldangemessene Freiheitsstrafe

³⁹ A.a.O., S. 27.

⁴⁰ A.a.O., S. 27.

⁴¹ Aus der früheren Rechtslage s. *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB § 177 Rn. 14; *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, § 177 Rn. 93.

⁴² Für den Versuch des „Bestimmens“ gelten die Regeln des § 30 StGB entsprechend; vgl. nur *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB § 176 Rn. 24; *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, § 176 Rn. 61.; *Fischer*, StGB, 63. Aufl. (2016), § 176 Rn. 32; anders *Hörnle*, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2010), § 176 Rn. 34 f.

⁴³ Vgl. *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, § 176 Rn. 61.

⁴⁴ BT-Drs. 18/9097, S. 27.

⁴⁵ A.a.O., S. 27.

⁴⁶ A.a.O., S. 27 f.

⁴⁷ Dazu a.a.O., S. 28.

⁴⁸ A.a.O., S. 28.

⁴⁹ A.a.O., S. 29.

⁵⁰ Als Beispiel nennt BT-Drs. 18/9097, S. 29 Folgendes: „Das Opfer lehnt die sexuelle Handlung ausdrücklich ab. Der Täter übt gleichwohl den Beischlaf an dem Opfer aus.“

⁵¹ BT-Drs. 18/9097, S. 29.

⁵² A.a.O., S. 30.

⁵³ A.a.O., S. 30.

von sechs Monaten bis zu zehn Jahren) und § 177 Abs. 7 und 8 StGB (schuldangemessene Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren). Dies wird typischerweise der Fall sein, wenn eine sexuelle Handlung nur geringfügig über der Erheblichkeitsgrenze des § 184h Nr. 1 StGB liegt.⁵⁴

2. Neu eingeführte Vorschriften (§§ 184i und 184j StGB)

Die neu eingeführten, nur subsidiär eingreifenden §§ 184i und 184j StGB bezwecken ebenfalls die Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung.⁵⁵ Ziel der ersten Vorschrift war ausweislich der Beschlussempfehlung des Ausschusses, auch Fälle unter Strafe zu stellen, welche gegenwärtig nicht oder allenfalls im Einzelfall als Beleidigung nach § 185 StGB erfasst werden können.⁵⁶ Hingegen trägt die zweite Regelung dem Umstand Rechnung, „dass bestimmte Sexualstraftaten, die aus einer Gruppe heraus begangen werden, für das Opfer ein erhöhtes Gefahrenpotenzial bergen“.⁵⁷ Im Einzelnen⁵⁸:

Nach § 184i Abs. 1 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer eine andere Person in sexuell bestimmter Weise körperlich berührt und dadurch belästigt. Der Täter muss somit auf das Opfer unmittelbar körperlich einwirken, sodass verbale Einwirkungen auf das Opfer nicht erfasst werden. Ausweislich der Begründung der Beschlussempfehlung ist das Merkmal „in sexuell bestimmter Weise“ als „sexuell motiviert“ zu verstehen, was der Fall sein sollte, „wenn der Täter das Opfer an den Geschlechtsorganen berührt oder Handlungen vornimmt, die typischerweise eine sexuelle Intimität zwischen den Beteiligten voraussetzen (z.B. Küssen des Mundes oder des Halses, ‚Begrapschen‘ des Gesäßes)“.⁵⁹ Das Regelbeispiel des § 184i Abs. 2 StGB liegt vor, wenn die Tat von mehreren gemeinschaftlich begangen wird (dann ist die Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren). Dieser neue Straftatbestand ist ferner als Antragsdelikt ausgestaltet (§ 184i Abs. 3 StGB).

Den Straftatbestand des § 184j StGB verwirklicht, wer eine Straftat dadurch fördert, dass er sich an einer Personengruppe beteiligt, die eine andere Person zur Begehung einer Straftat bedrängt. Dazu muss eine Straftat nach § 177 StGB oder § 184i StGB von einem Beteiligten der Gruppe begangen werden (objektive Bedingung der Strafbarkeit), wobei die Beteiligung nicht i.S.d. §§ 25-27 StGB zu verstehen ist, sondern im umgangssprachlichen Sinne.⁶⁰ Die verhängte Sanktion kann entweder Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe sein. Bei einer Personengruppe im Sinne des § 184j StGB handelt es sich

um eine Mehrheit von mindestens drei Personen, die eine andere Person bedrängt.⁶¹

III. Obiter dictum: Vorsatz- und Irrtumsfragen

1. Vorab

Die Reform des Sexualstrafrechts hat die Verbotsmaterie der aufgeführten Strafvorschriften geändert und wirkt sich somit zwangsläufig auch auf die Vorsatz- und Irrtumsfragen aus. Die neu gefassten bzw. neu eingeführten Regelungen wimmeln von normativ geprägten Merkmalen⁶², welche für den Vorsatz über die reine Tatsachenkenntnis hinaus das Erfassen der gesetzgeberischen Grundentscheidung im Sinne einer „Widerspiegelung der gesetzgeberischen Grundentscheidung im Verständnishorizont des Täters“ (WGVT-Kriterium) verlangen.⁶³ D.h. es wird nicht an die fragwürdige und unsichere „soziale Bedeutung“ (so das Kriterium der Parallelwertung in der Laiensphäre⁶⁴) angeknüpft, sondern an die Tatsache, dass der Gesetzgeber mit seinen Vorschriften eine Wertentscheidung über das Unrecht trifft und zugleich den Vorsatzgegenstand definiert: Bei dieser gesetzgeberischen Grundentscheidung, die vom Vorsatz erfasst werden muss, handelt es sich um eine Wertentscheidung bezüglich ungerechter und – für das kulturbedingt als problemlos durchgeführt verstandene und je nach Adressatenkreis bestimmte Leben – unerträglicher Verhaltensweisen.⁶⁵ Abzustellen ist ferner nicht auf den abstrakt wahrzunehmenden „Laien“ (so das Kriterium der Parallelwertung in der Laiensphäre), sondern auf den konkret betroffenen Normadressaten im Sinne des in seinem eigenen Verkehrskreis handelnden und nach dessen Maßstäben zu beurteilenden Bürgers.⁶⁶

Irrt sich der Täter über irgendein normativ geprägtes Merkmal, erkennt er also objektive Tatsachen oder scheidet bei ihm die Widerspiegelung der gesetzgeberischen Grundentscheidung in seinem Verständnishorizont, liegt nach § 16 StGB ein vorsatzausschließender Tatbestandsirrtum vor. Der Irrtum über normativ geprägte Merkmale kann entweder Tat- oder Rechtsirrtum sein, ohne Rücksicht darauf, ob dieser verschuldet oder unverschuldet ist.⁶⁷ Erkennt der Täter die objektiven Tatsachen und gelingt ihm die Widerspiegelung der gesetzgeberischen Grundentscheidung in seinem Verständnishorizont, geht er aber davon aus, nicht den in Betracht kommenden Geboten oder Verboten zu unterliegen, liegt ein bloßer Subsumtionsirrtum vor.

2. In concreto

Der Täter muss hinsichtlich einer „sexuellen Handlung“

⁵⁴ Vgl. a.a.O., S. 26.

⁵⁵ BT-Drs. 18/9097, S. 30.

⁵⁶ Dazu a.a.O., S. 3, 22.

⁵⁷ A.a.O., S. 32.

⁵⁸ Hierzu bereits Papathanasiou, jurisPR-StrafR 17/2016 Anm. 1.

⁵⁹ BT-Drs. 18/9097, S. 31.

⁶⁰ A.a.O., S. 32.

⁶¹ A.a.O., S. 32.

⁶² Zu diesem einheitlich anwendbaren Begriff s. Papathanasiou, in: FS Roxin, 2011, S. 467 (Fn. 1, 76, 79); ausf. dies., Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale – Eine Verortung der subjektiven Zurechnung innerhalb der verfassungsrechtlichen Koordinaten des Bestimmtheitsgrundsatzes und des Schuldprinzips, 2014, S. 20, 36, 70 ff., 105 ff., 117 ff., 279.

⁶³ Zum verfassungsbezogenen Kriterium der „Widerspiegelung der gesetzgeberischen Grundentscheidung im Verständnishorizont des Täters“ als Alternative zur Parallelwertung in der Laiensphäre s. Papathanasiou, in: FS Roxin, 2011, S. 467-486; vert. dies. (Fn. 62), passim.

⁶⁴ Mezger JW 1927, 2006 ff.; Arthur Kaufmann, Die Parallelwertung in der Laiensphäre, passim; Welzel JZ 1954, 276 ff., 279.

⁶⁵ Papathanasiou, (Fn. 62), S. 236, 271.

⁶⁶ Papathanasiou, in: FS Roxin, 2011, S. 467 (482); vert. dies. (Fn. 62), S. 23, 27 ff., 112 ff., 117 ff., 128, 200, 226 ff., 234, 275, 281.

⁶⁷ S. Papathanasiou, in: FS Roxin, 2011, S. 467 (481, Fn. 76 und 79); näher dies. (Fn. 62), S. 70 ff., 99 ff., 279 m.w.N.

mindestens mit *dolus eventualis* handeln. In Betracht kommt als solche nach § 184h StGB nur eine Handlung, die im Hinblick auf das jeweils geschützte Rechtsgut von einiger Erheblichkeit sind. Die Handlung ist grundsätzlich ein Tun (ein Unterlassen ist jedenfalls nicht auszuschließen) und dient aus der Sicht eines objektiven Beobachters unmittelbar der Befriedigung geschlechtlicher Bedürfnisse eines Menschen.⁶⁸ Nach ständiger Rspr. muss die einschlägige Handlung bereits nach ihrem *äußeren Erscheinungsbild* für das allgemeine Verständnis sexualbezogen sein.⁶⁹ Irrtumskonstellationen sind somit eher schwerlich zu begründen, weil die Widerspiegelung der gesetzgeberischen Grundentscheidung im Verständnishorizont des Täters meistens zu bejahen sein wird. Der kulturelle Hintergrund des konkreten Täters kann berücksichtigt werden, wird aber ebenso wenig einen unvermeidbaren Verbotsirrtum nach § 17 StGB begründen.

Nach Implementierung der „Nein-heißt-Nein“-Lösung muss der Täter im Rahmen des § 177 Abs. 1 StGB zumindest billigend in Kauf nehmen, dass die sexuelle Handlung gegen den objektiv erkennbaren entgegenstehenden Willen des Opfers geschieht. Dieser ist aber, wie oben erwähnt, ebenfalls aus der Sicht eines objektiven Dritten zu beurteilen ist: Hat das Opfer „Nein“ gesagt oder einfach geweint, konnte der Täter seinen entgegenstehenden Willen erkennen.⁷⁰ Ein Tatbestandsirrtum nach § 16 StGB käme eventuell bei ambivalentem Opferverhalten in Betracht.⁷¹ Solange aber der Täter das Vorliegen des entgegenstehenden Willens des Opfers für möglich hält und das Risiko der Tatbestandsverwirklichung auf sich nimmt, handelt er vorsätzlich.⁷²

Ausweislich der Begründung der Beschlussempfehlung muss der Täter des § 184j StGB mindestens billigend in Kauf nehmen, dass er zusammen mit der Gruppe eine andere Person bedrängt.⁷³ Darüber hinaus muss der Täter auch hinsichtlich des Bedrängens zum Ermöglichen oder Erleichtern einer Straftat vorsätzlich handeln, wobei dieser Vorsatz umfassen muss, dass er durch sein Zutun die Begehung einer Straftat ermöglicht oder erleichtert.⁷⁴

IV. Abschließende Betrachtung im Lichte des Rückwirkungsverbots

Abschließend sind die oben dargestellten vorgenommenen Änderungen unter Berücksichtigung des Rückwirkungsverbots zu beleuchten, zumal die Rechtslage sich durch die Reform geändert hat und das Sexualstrafrecht verschärft wurde. Verboten ist nach Art. 103 Abs. 2 GG (§ 2 StGB) sowohl die rückwirkende Strafbegründung als

auch die rückwirkende Strafverschärfung.⁷⁵ Ein Vergleich der früheren mit der neuen Rechtslage ergibt auf prägnante Weise folgende Feststellungen:

(1) § 177 StGB wurde neu gefasst: Alle sexuellen Handlungen gegen den erkennbaren Willen eines Menschen sind strafbar. Insbesondere Vergewaltiger wurden bisher nur verurteilt, wenn sie Gewalt angewendet, das Opfer mit Drohungen für Leib und Leben wehrlos gemacht oder dessen Schutzlosigkeit ausgenutzt haben. Von nun ab genügt zur Verurteilung, wenn der Vergewaltiger den Willen des Opfers erkennen konnte, weil es „Nein“ gesagt oder geweint hat.

(2) § 184i StGB wurde neu eingeführt: Bisher war „Grapschen“ kein eigener Straftatbestand.

(3) § 184j StGB zu „Straftaten aus Gruppen“ wurde ebenfalls neu eingeführt: Dieser Straftatbestand stellt die eigentliche gesetzgeberische Antwort auf die Übergriffe in der Kölner Silvesternacht dar.

V. Die wesentlichsten Folgeänderungen

Die Reform des Sexualstrafrechts hat auch Folgeänderungen mit sich gebracht⁷⁶, die meistens redaktioneller Art sind oder einen Personenkreis anhand der neu eingeführten Straftatbestände erweitern (zum letzten Fall gehört etwa das in § 44 Abs. 3 S. 3 AsylG geregelte Beschäftigungsverbot in Aufnahmeeinrichtungen⁷⁷ und die in § 395 StPO geregelte Nebenklageberechtigung). Angesichts der regelrecht explodierten Zahl von Asylsuchenden sind an dieser Stelle die Änderungen des Aufenthaltsgesetzes besonders hervorzuheben.

Ausweislich der Begründung der Beschlussempfehlung wird der Grundsatz des „Nein-heißt-Nein“ auch im Ausweisungsrecht implementiert.⁷⁸ Eine Verurteilung zu einer Freiheits- oder Jugendstrafe soll nach dem neu gefassten § 177 StGB, je nach Höhe der Strafe, dazu führen, dass der ausländische Straftäter leichter ausgewiesen werden könne.⁷⁹ Ein besonders schwerwiegendes Ausweisungsinteresse liegt nach § 54 Abs. 1 Nr. 1a AufenthG bereits dann vor, wenn der Ausländer wegen einer Straftat nach § 177 StGB rechtskräftig zu einer Freiheits- oder Jugendstrafe von mindestens einem Jahr verurteilt ist. Ergänzend enthält § 54 Abs. 2 Nr. 1a AufenthG eine Liste von Tatbeständen, in denen nach der Wertung des Gesetzes ein „nur“ schwerwiegendes Ausweisungsinteresse vorliegt.⁸⁰ Auch § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG wurde erweitert: Ausweislich der Begründung der Beschlussempfehlung war Ziel der Regelung, dass eine Tat gegen die sexuelle

⁶⁸ Vgl. Ziegler, in: BeckOK StGB, 31. Ed. (2016), § 184h Rn. 3.

⁶⁹ Hierzu vgl. repräsentativ BGH NStZ 1996, 31.

⁷⁰ Vgl. BGH NStZ-RR 2003, 325: „Vielmehr ist nach den Urteilsgründen nicht auszuschließen, dass sich der Angekl. bei den Taten in einem den Vorsatz ausschließenden Tatbestandsirrtum (§ 16 I StGB) befand, weil er den sexuellen Handlungen entgegenstehenden Willen des Tatopfers nicht erkannte.“

⁷¹ Vgl. Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 177 Rn. 58 mit Verweis auf Hörnle, in: LK-StGB, § 177 Rn. 126 und 129.

⁷² BGH NStZ 2002, 494 (Aussage gegen Aussage; nicht ernst gemeinter Widerstand bei Vergewaltigung); 2002, 446 (Gleichgültigkeit eines möglicherweise entgegenstehenden Willens des Opfers); Lackner/Kühl/Heger StGB, 28. Aufl. (2014), § 177 Rn. 10.

⁷³ BT-Drs. 18/9097, S. 32.

⁷⁴ Vgl. a.a.O., S. 32.

⁷⁵ BVerfGE 25, 269 (286); 81, 132 (135); vgl. auch Rogall, in: KK-OWiG, 4. Aufl. (2014), § 3 Rn. 40; Satzger, Jura 2006, 747.

⁷⁶ Ausf. s. BT-Drs. 18/9097, S. 33 ff.

⁷⁷ § 44 Abs. 3 S. 2-8 AsylG wurden m.W.v. 17.3.2016 durch G. v. 11.3.2016 (BGBl. I S. 390) neu eingeführt.

⁷⁸ BT-Drs. 18/9097, S. 33.

⁷⁹ Vgl. Pressemitteilung der Bundesregierung vom 7.7.2016 zitiert nach juris (online verfügbar unter <https://www.juris.de/jportal/?quelle=jlink&docid=jnachr-JUNA160701506&psml=jurisw.psml&max=true>, zuletzt abgerufen am 31.7.2016).

⁸⁰ § 54 Abs. 1 Nr. 1a und Abs. 2 Nr. 1a AufenthG wurden m.W.v. 17.3.2016 durch G. v. 11.3.2016 (BGBl. I S. 394) neu eingeführt; zum Regelungsgegenstand des § 54 Abs. 1 und 2 AufenthG vgl. Grafhof, in: BeckOK AuslR/AufenthG § 54 Rn. 4 ff., 78 ff.

Selbstbestimmung unabhängig von den bisherigen Tatmodalitäten zu einem Ausschluss von der Flüchtlingsanerkennung führen kann, wenn es sich um eine Straftat nach § 177 StGB handelt.⁸¹

VI. Zusammenfassung und Ausblick

Die Reform des Sexualstrafrechts ist im Grundsatz zu begrüßen, weil sie die verfassungsrechtlich verankerte sexuelle Selbstbestimmung umfassender und robuster untermauert hat. Durch den neu gefassten § 177 StGB und die neu eingeführten §§ 184i und 184j StGB hat eine Vorverlagerung bzw. Erweiterung der Strafbarkeit stattgefunden, die sich zwangsläufig zum einen in der Versuchsstrafbarkeit widerspiegelt und zum anderen auf die Vorsatz- und Irrtumsfragen auswirkt. Dies sollte vor allem für das verfassungsrechtlich verankerte Rückwirkungsverbot relevant sein.

Insbesondere die Implementierung der sog. „Nein-heißt-Nein“-Lösung im § 177 Abs. 1 StGB⁸² könnte jedoch Fragen hinsichtlich der Strafbedürftigkeit aller nun mehr möglicherweise darunterfallenden Verhaltensweisen auf-

werfen. Um die traurigen Ereignisse in der Kölner Silvesternacht für einen Moment auszublenden: Der anfangs zitierte Auszug aus dem Gedicht von *Arthur Fitger* beschreibt sehr bildhaft fröhliche Situationen, in denen die Menschen sich dank einer feierlichen Stimmung wohl näherkommen, was aber nun öfters zu strafrechtlich relevanten Missverständnissen führen könnte. Überspitzt gesagt: Diese neue Regelung könnte theoretisch dazu führen, dass jede Frau in einem überfüllten Bus oder einer überfüllten U-Bahn alle paar Minuten „Nein“ rufen müsste, um ihren entgegenstehenden Willen erkennbar zu machen. Derartige Prozesse werden jedenfalls in der Regel schwierig zu führen sein, „weil Aussage gegen Aussage steht und es keine weiteren Indizien gibt“.⁸³ Es ist nun abzuwarten, wie sich die Anzahl der Beschuldigungen wegen sexueller Übergriffe entwickelt wird. Wünschenswert ist es auf jeden Fall, dass das durch die Reform schärfer gewordene Sexualstrafrecht sein Ziel (i.e. besserer Schutz der sexuellen Selbstbestimmung von Frauen wie Männern) auch tatsächlich erreicht und sich nicht nur mit einer symbolischen Wirkung begnügt.

⁸¹ Vgl. BT-Drs. 18/9097, S. 34; aus der bisherigen Rspr. vgl. dazu OVG Lüneburg, Beschluss vom 14.06.2011 - 8 ME 325/10 = BeckRS 2011, 51684; zum (Anfang 2016 ebenfalls grundlegend reformierten) Ausweisungsrecht aus Perspektive des Verteidigers s. *Schmidt*, StV 2016, 530 ff.

⁸² Dafür plädierend *Freudenberg*, RuP 2016, 109 ff.

⁸³ So der Vorsitzende des Richterbundes, *Jens Gnisa*; s. Nachricht in FD-StrafR 2016, 379627.

ENTSCHEIDUNGEN

Eilanträge gegen das Vorratsdatenspeicherungsgesetz erfolglos

BVerfG, Beschl. v. 8.6.2016 – 1 BvQ 42/15*

Eine Aussetzung der durch §§ 113a, 113b TKG angeordneten Speicherpflicht von Telekommunikations-Verkehrsdaten scheidet aus. Auch hinsichtlich der Regelung zur Nutzung dieser Daten für bestimmte Anlässe der Strafverfolgung ist eine vorläufige Aussetzung der angegriffenen Vorschriften nicht geboten (Leitsatz der Schriftleitung).

In dem Verfahren über den Antrag, im Wege der einstweiligen Anordnung die Art. 1 und 2 des Gesetzes zur Einführung einer Speicherpflicht und einer Höchstspeicherfrist für Verkehrsdaten gemäß dem vom Deutschen Bundestag am 16. 10. 2015 verabschiedeten Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD (BT-Drs. 18/5088) in der vom Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz geänderten Fassung (BT-Drs. 18/6391) mit Wirkung von ihrem Inkrafttreten an außer Kraft zu setzen ... hat die 3. Kammer des Ersten Senats des *BVerfG* ... einstimmig beschlossen:

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung wird abgelehnt.

Gründe:

A.

- 1 Die Beschwerdeführer begehren mit ihrem Eilantrag, die durch das Gesetz zur Einführung einer Speicherpflicht und einer Höchstspeicherfrist für Verkehrsdaten vom 10. 12. 2015 (BGBl. I, S. 2218; im Folgenden: Vorratsdatenspeicherungsgesetz) eingeführte Vorratsspeicherung von Telekommunikations-Verkehrsdaten zu Zwecken der öffentlichen Sicherheit außer Kraft zu setzen.
- 2 I. 1. Ein Abruf von Telekommunikations-Verkehrsdaten - etwa gem. § 100g Abs. 1 StPO - hatte bisher nur dann Erfolg, wenn der ersuchte Diensteanbieter die Daten zu eigenen Zwecken gespeichert hatte, etwa gem. § 97 Telekommunikationsgesetz (im Folgenden: TKG) zur Entgeltmittlung und Entgeltabrechnung oder gem. § 100 TKG zur Feststellung, Eingrenzung und Beseitigung der Störung einer Telekommunikationsanlage. Tatsächlich ist es in erheblichem Umfang vom Zufall abhängig, welche Daten bei einer Abfrage nach § 100g StPO abgerufen werden können (vgl. BT-Drs. 18/5088, S. 21).

- 3 Das Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen vom 21. 12. 2007 (BGBl. I, S. 3198; im Folgenden: Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung), das in Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.3.2006 über die Vorratsspeicherung von Daten, die bei der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste oder öffentlicher Kommunikationsnetze erzeugt oder verarbeitet werden, und zur Änderung der Richtlinie 2002/58/EG (ABl. Nr. L 105 vom 13.4.2006, S. 54; im Folgenden: Richtlinie 2006/24/EG), erlassen wurde, sollte dem durch eine vorsorgliche Speicherpflicht der Telekommunikations-Verkehrsdaten durch die Diensteanbieter entgegenwirken. Es ist aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht wirksam geworden. Mit Beschluss vom 11.3.2008 hat der *Erste Senat* des *BVerfG* dem Antrag auf einstweilige Anordnung gegen das Gesetz teilweise stattgegeben (vgl. BVerfGE 121, 1 [19 ff.]) und mit Urteil vom 2.3.2010 die §§ 113a und 113b TKG sowie § 100g Abs. 1 S. 1 StPO, soweit danach Verkehrsdaten nach § 113a TKG erhoben werden durften, in der Fassung des Gesetzes zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG vom 21.12.2007 (BGBl. I, S. 3198), wegen Verstoßes gegen Art. 10 Abs. 1 GG für nichtig erklärt (vgl. BVerfGE 125, 260 [262 f., 307 ff.]). Die *Große Kammer* des *EuGH* erklärte mit Urteil vom 8. April 2014 auf Vorabentscheidungsersuchen des Irischen High Court und des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs dann auch die Richtlinie 2006/24/EG für ungültig, weil der Unionsgesetzgeber beim Erlass der Richtlinie die Grenzen überschritten habe, die er zur Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im Hinblick auf die Art. 7, 8 und 52 der Europäischen Grundrechtecharta (GRCh) einhalten musste (vgl. *EuGH*, Urt. v. 8.4.2014 - C-293/12, C-594/12, NJW 2014, S. 2169 [2173]).
- 4 2. Das im vorliegenden Verfahren angegriffene Gesetz zur Einführung einer Speicherpflicht und einer Höchstspeicherfrist für Verkehrsdaten dient nach der Gesetzesbegründung erneut der Vereinheitlichung der Speicherpraxis der Erbringer öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste. Es soll Unzulänglichkeiten in der Strafverfolgungsvorsorge und der Gefahrenabwehr beseitigen (vgl. BT-Drs. 18/5088, S. 21 f.). Zu diesem Zweck enthält sein Art. 1 Änderungen der Strafprozessordnung und sein Art. 2 Änderungen des Telekommunikationsgesetzes. Die

* Vom Abdruck des von den Gründen insoweit identischen Beschl. v. 8.6.2016 – 1 BvR 229/16 wurde abgesehen.

von den Beschwerdeführern angegriffenen Regelungen zur Vorratsspeicherung von Telekommunikations-Verkehrsdaten finden sich in den neu geschaffenen §§ 113a bis 113g TKG, die angegriffenen Regelungen über die Erhebung der Verkehrsdaten durch die Strafverfolgungsbehörden und das dabei zu beachtende Verfahren finden sich in dem neu gefassten § 100g StPO und den neu geschaffenen §§ 101a und 101b StPO.

- 5 § 113a Abs. 1 TKG bestimmt mit den Anbietern öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste für Endnutzer den Verpflichteten der Vorratsdatenspeicherung. § 113b TKG verpflichtet die Anbieter öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste für Endnutzer sodann, bestimmte einzeln aufgeführte Verkehrs- und Standortdaten unabhängig von einem besonderen Anlass für einen bestimmten Zeitraum zu speichern und für die Nutzung durch Sicherheitsbehörden bereitzuhalten. Verkehrsdaten im Sinne des § 113b Abs. 2 und 3 TKG (z.B. Rufnummern, Datum und Uhrzeit von Beginn und Ende der Verbindung, Internetprotokoll-Adressen) müssen gem. § 113b Abs. 1 Nr. 1 TKG für zehn Wochen gespeichert werden; die Speicherpflicht für Standortdaten nach § 113b Abs. 4 TKG (z.B. die Bezeichnungen der Funkzellen bei der Nutzung mobiler Telefondienste) beträgt demgegenüber vier Wochen (vgl. § 113b Abs. 1 Nr. 2 TKG). Der Inhalt der Kommunikation, Daten über aufgerufene Internetseiten und Daten von Diensten der elektronischen Post dürfen auf Grund dieser Vorschrift nicht gespeichert werden (vgl. § 113b Abs. 5 TKG). Das Gleiche gilt gem. § 113b Abs. 6 S. 1 TKG für Daten, die den in § 99 Abs. 2 TKG genannten Verbindungen zu Anschlüssen von Personen, Behörden und Organisationen in sozialen oder kirchlichen Bereichen zugrunde liegen.
- 6 Die Speicherung der Daten hat allgemein so zu erfolgen, dass Auskunftersuchen der berechtigten Stellen unverzüglich beantwortet werden können (vgl. § 113b Abs. 7 TKG). Nach § 113b Abs. 8 TKG hat der nach § 113a Abs. 1 TKG Verpflichtete die gespeicherten Daten unverzüglich, spätestens jedoch binnen einer Woche nach Ablauf der Speicherfristen nach § 113b Abs. 1 TKG, irreversibel zu löschen oder die irreversible Löschung sicherzustellen. In § 113c TKG werden abschließend (vgl. § 113c Abs. 2 TKG) die zulässigen Verwendungszwecke der nach § 113b TKG gespeicherten Daten normiert. So dürfen etwa gespeicherte Daten an eine Strafverfolgungsbehörde übermittelt werden, soweit diese die Übermittlung unter Berufung auf eine gesetzliche Bestimmung, die ihr eine Erhebung der in § 113b TKG genannten Daten zur Verfolgung besonders schwerer Straftaten erlaubt, verlangt. Die Daten sind dabei so zu kennzeichnen, dass erkennbar ist, dass es sich um Daten handelt, die nach § 113b TKG gespeichert waren (vgl. § 113c Abs. 3 S. 2 TKG). Ob die Behörden berechtigt sind, ein Verlangen i.S.d. § 113c TKG an den Erbringer öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste zu richten, ist nicht Regelungsgegenstand von § 113c TKG, sondern bestimmt sich nach den für die Strafverfolgungs- und Gefahrenabwehrbehörden jeweils maßgeblichen Regelungen des Fachrechts (vgl. BT Drs. 18/5088, S. 40). Jedoch liegt in der Norm die grundlegende Bestimmung, für welche Zwecke die Daten

verwendet werden dürfen. Sie befreit diesbezüglich die Telekommunikationsunternehmen von ihrer im Übrigen geltenden Geheimhaltungspflicht (vgl. entsprechend zur damaligen Regelung BVerfGE 125, 260 [312]). § 113d TKG sieht sodann näher bestimmte Anforderungen an die Gewährleistung der Datensicherheit vor. Der nach § 113a Abs. 1 TKG Verpflichtete hat gem. § 113e TKG sicherzustellen, dass für Zwecke der Datenschutzkontrolle jeder Zugriff, insbesondere das Lesen, Kopieren, Ändern, Löschen und Sperren der gespeicherten Daten protokolliert wird und die Protokolldaten (Zeitpunkt des Zugriffs, zugreifende Personen, Zweck und Art des Zugriffs) nach einem Jahr gelöscht werden. Gem. § 113f Abs. 1 TKG ist seitens der Bundesnetzagentur ein Anforderungskatalog zur Gewährleistung eines besonders hohen Standards der Datensicherheit und Datenqualität zu erstellen. Die Regelung des § 113g TKG ergänzt die Vorschrift des § 109 Abs. 4 TKG und verlangt die Aufnahme spezifischer Schutzmaßnahmen in das zu erstellende Sicherheitskonzept.

- 7 § 100g StPO regelt die Voraussetzungen für die Erhebung von Verkehrsdaten. Während in Absatz 1 die Erhebung von Verkehrsdaten geregelt wird, die aus geschäftlichen Gründen bei den Erbringern öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste gespeichert werden (§ 96 TKG), legt Absatz 2 fest, unter welchen Voraussetzungen die nunmehr durch die neue Speicherpflicht gespeicherten Daten erhoben werden dürfen: Es bedarf danach den durch bestimmte Tatsachen begründeten Verdacht einer in § 100g Abs. 2 S. 2 StPO enumerativ und abschließend (vgl. BT Drs. 18/5088, S. 31) aufgeführten besonders schweren Straftat, die auch im Einzelfall besonders schwer wiegt. Darüber hinaus muss die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten auf andere Weise wesentlich erschwert oder aussichtslos sein und die Erhebung der Daten in einem angemessenen Verhältnis zur Bedeutung der Sache stehen. § 100g Abs. 4 StPO schließt zum Schutz von Berufsgeheimnisträgern i.S.d. § 53 Abs. 1 S. 1 Nrn. 1 bis 5 StPO die Erhebung von Verkehrsdaten nach § 100g Abs. 2 StPO aus. § 101a StPO überträgt den Richtervorbehalt des § 100b Abs. 1 StPO auf die Erhebung von Verkehrsdaten nach § 100g StPO und stellt konkrete Anforderungen an die Gestaltung der Entscheidungsformel und die Begründung des Beschlusses, die einzelfallbezogen sein muss und die wesentlichen Erwägungen zu der Erforderlichkeit und Angemessenheit der Maßnahme darzulegen hat (vgl. § 101a Abs. 2 StPO). § 101a Abs. 6 StPO sieht eine Pflicht zur Benachrichtigung der Beteiligten der betroffenen Telekommunikation nach Maßgabe des § 101 Abs. 4 S. 2 bis 5 und Abs. 5 bis 7 StPO vor. Die Regelung des § 101b StPO sieht schließlich nähere Vorgaben zur statistischen Erfassung der Erhebung von Verkehrsdaten vor.
- 8 II. Die Beschwerdeführer zu 1) bis 3), 5) und zu 7) bis 22) nutzen als Rechtsanwälte, Ärzte, Journalisten und/oder Mitglieder des Bundestages beziehungsweise des Berliner Abgeordnetenhauses privat und geschäftlich verschiedene Telekommunikationsdienste wie Festnetzanschlüsse, Mo-

biltelefone, Internetzugangsdienste und E-Mail-Postfächer. Der Beschwerdeführer zu 4) ist ein Medienverband, der Beschwerdeführer zu 6) ein Landesjournalistenverband.

- 9 Die Beschwerdeführer sind der Ansicht, der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung sei bereits deshalb begründet, weil die mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Normen offensichtlich gegen das Grundgesetz verstießen. Die Vorgaben des *BVerfG* aus seiner Entscheidung vom 2.3.2010 (vgl. BVerfGE 125, 260 ff.) würden auch bei der Neuregelung der Vorratsdatenspeicherung nicht erfüllt. Schon die Eignung der Vorratsdatenspeicherung sei zweifelhaft, da belastbares Zahlenmaterial, aus dem sich eine Verbesserung der Aufklärungsquote bei der Strafverfolgung ablesen lasse, nicht existiere. Soweit beim Short Message Service (SMS) technisch bedingt nicht nur die Verkehrsdaten, sondern auch die Kommunikationsinhalte im Wege des sogenannten Mitloggens notwendigerweise mitgespeichert würden, sei dies offensichtlich mit dem Grundgesetz nicht vereinbar. Auch der im Gesetz vorgesehene Richtervorbehalt entspreche nicht den Vorgaben des *BVerfG*; das Gesetz stelle keine Anforderungen an eine den technischen Schwierigkeiten und der Belastung der Richter Rechnung tragende Justizorganisation. Der Schutz für Berufsheimnisträger sei unvollkommen, da die sie betreffenden Daten auch dann gespeichert würden, wenn sie voraussichtlich Erkenntnisse erbringen, über die der Berufsheimnisträger gem. § 53 Abs. 1 S. 1 Nrn. 1 bis 5 StPO das Zeugnis verweigern dürfe; der Ausschluss der Erhebung solcher Daten nach § 100g Abs. 4 StPO sei nicht ausreichend. Auch würden zwingende Vorgaben aus der Entscheidung des *EuGH* vom 8.4.2014 (NJW 2014, S. 2169 ff.) nicht erfüllt, wonach eine Vorratsdatenspeicherung nicht anlass-, zusammenhangs- und nahezu ausnahmslos erfolgen dürfe. Die angegriffenen Vorschriften verstießen insofern gegen die Unionsgrundrechte aus Art. 7, 8, 11, 15 und 20 GRCh. Der deutsche Gesetzgeber sei vorliegend gem. Art. 51 Abs. 1 GRCh an die Unionsgrundrechte gebunden, denn es gehe bei der Einführung der Vorratsdatenspeicherung um die Durchführung der Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.7.2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (ABl Nr. L 201 vom 31.7.2002, S. 37; im Folgenden: Richtlinie 2002/58/EG).
- 10 Das *BVerfG* sei im Rahmen der Folgenabwägung zur Aussetzung des Gesetzes verfassungs- und unionsrechtlich verpflichtet. Die Speicherung der Verbindungsdaten führe zu schweren, irreversiblen Nachteilen. Die angegriffenen Regelungen entfalteten einen erheblichen Einschüchterungseffekt. Ein überwiegendes Interesse am Vollzug der streitgegenständlichen Normen scheidet schon deshalb aus, weil der Gesetzgeber seit der Nichtigerklärung der Vorschriften über die Vorratsdatenspeicherung durch das *BVerfG* im Jahr 2010 mehr als fünf Jahre zugewartet habe, bis er eine neue Regelung erlassen habe. Sollte das *BVerfG* der Auffassung sein, dass sich aus der Entscheidung des *EuGH* vom 8.4.2014 (NJW 2014, S. 2169 ff.) nicht mit hinreichender Klarheit ergebe, dass die angegriffenen Vorschriften gegen Unionsrecht verstießen, sei das Verfahren zur effektiven Durchsetzung des Unionsrechts auszusetzen und ein Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV durchzuführen.
- 11 **B.** Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist abzulehnen.
- 12 Nach § 32 Abs. 1 BVerfGG kann das *BVerfG* im Streitfall einen Zustand durch einstweilige Anordnung vorläufig regeln, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten ist. Dabei haben die Gründe, die für die Verfassungswidrigkeit des angegriffenen Hoheitsakts vorgetragen werden, grundsätzlich außer Betracht zu bleiben, es sei denn, die Verfassungsbeschwerde erweise sich von vornherein als unzulässig oder offensichtlich unbegründet (vgl. BVerfGE 112, 284 [291]; 121, 1 (14 f.); st. Rspr.). Dies lässt sich vorliegend nicht in der für das Eilverfahren gebotenen Kürze der Zeit klären. Über den Antrag auf einstweilige Anordnung ist deshalb nach Maßgabe einer Folgenabwägung zu entscheiden. Danach sind die Folgen, die eintreten würden, wenn die einstweilige Anordnung nicht erginge, die Verfassungsbeschwerde später aber Erfolg hätte, gegen die Nachteile abzuwägen, die entstünden, wenn die begehrte einstweilige Anordnung erlassen würde, der Verfassungsbeschwerde aber der Erfolg zu versagen wäre (vgl. BVerfGE 117, 126 [135]; 121, 1 [17]; st. Rspr.). Diese Abwägung fällt zu Ungunsten der Beschwerdeführer aus.
- 13 1. Wird die Aussetzung des Vollzugs eines Gesetzes begehrt, ist bei der Folgenabwägung ein besonders strenger Maßstab anzulegen (vgl. BVerfGE 3, 41 [44]; 104, 51 [55]; 112, 284 [292]; 121, 1 [17]; st. Rspr.). Das *BVerfG* darf von seiner Befugnis, den Vollzug eines in Kraft getretenen Gesetzes auszusetzen, nur mit größter Zurückhaltung Gebrauch machen, da der Erlass einer solchen einstweiligen Anordnung stets ein erheblicher Eingriff in die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers ist (vgl. BVerfGE 64, 67 [69]; 117, 126 [135]; 121, 1 [17]; *BVerfG*, Beschl. v. 6.10.2015 - 1 BvR 1571/15 u.a., www.bverfg.de, Rn. 13). Müssen die für eine vorläufige Regelung sprechenden Gründe schon im Regelfall so schwer wiegen, dass sie den Erlass einer einstweiligen Anordnung unabdingbar machen, so müssen sie im Fall der begehrten Außervollsetzung eines Gesetzes darüber hinaus besonderes Gewicht haben (vgl. BVerfGE 104, 23 [27 f.]; 117, 126 [135]; 122, 342 [361 f.]; st. Rspr.). Insoweit ist von entscheidender Bedeutung, ob die Nachteile irreversibel oder nur sehr erschwert revidierbar sind (vgl. BVerfGE 91, 70 [76 f.]; 118, 111 [123]; *BVerfG*, Beschl. v. 6.10.2015 - 1 BvR 1571/15 u.a., www.bverfg.de, Rn. 13), um das Aussetzungsinteresse durchschlagen zu lassen.
- 14 2. Nach diesen Maßstäben war der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abzulehnen. Eine Aussetzung der durch §§ 113a, 113b TKG angeordneten Speicherpflicht von Telekommunikations-Verkehrsdaten scheidet

- aus (a). Auch hinsichtlich der Regelung zur Nutzung dieser Daten für bestimmte Anlässe der Strafverfolgung ist eine vorläufige Aussetzung der angegriffenen Vorschriften nicht geboten (b).
- 15 a) Eine Aussetzung des Vollzugs von §§ 113a, 113b TKG scheidet aus.
- 16 Ein besonders schwerwiegender und irreparabler Nachteil, der es rechtfertigen könnte, den Vollzug der Norm ausnahmsweise im Wege einer einstweiligen Anordnung auszusetzen, liegt in der Datenspeicherung allein nicht.
- 17 Zwar kann die gegenüber den Verpflichteten nach § 113a TKG in § 113b TKG angeordnete umfassende und anlasslose Bevorratung sensibler Daten über praktisch jedermann für staatliche Zwecke, die sich zum Zeitpunkt der Speicherung der Daten nicht im Einzelnen absehen lassen, einen erheblichen Einschüchterungseffekt bewirken, weil das Gefühl entsteht, ständig überwacht zu werden. Dieser Effekt ließe sich für die Zeit zwischen dem Inkrafttreten der Norm und der Entscheidung des *BVerfG* selbst dann nicht rückgängig machen, wenn die Verfassungsbeschwerde in der Hauptsache Erfolg haben sollte.
- 18 Der in der Speicherung für Einzelne liegende Nachteil für ihre Freiheit und Privatheit verdichtet und konkretisiert sich jedoch erst durch einen Abruf der Daten zu einer möglicherweise irreparablen Beeinträchtigung. Die Datenbevorratung ermöglicht zwar den Abruf, doch führt erst dieser zu konkreten Belastungen. Das Gewicht eines denkbaren Einschüchterungseffekts hängt dann davon ab, unter welchen Voraussetzungen die bevorrateten Daten abgerufen und verwertet werden können. Je weiter die Befugnisse staatlicher Stellen insoweit reichen, desto eher müssen die Bürgerinnen und Bürger befürchten, dass diese Stellen ihr Kommunikationsverhalten überwachen (vgl. BVerfGE 121, 1 [20]). So ist mit der Speicherung allein jedoch noch kein derart schwerwiegender Nachteil verbunden, dass er die Außerkraftsetzung eines Gesetzes erforderte. Dies gilt auch für die Speicherung der Daten von Berufsgeheimnisträgern.
- 19 Ein die Aussetzung der Speicherpflicht erfordernder besonders schwerer Nachteil ergibt sich auch nicht daraus, dass beim Short Message Service (SMS) Verkehrsdaten und Kommunikationsinhalte möglicherweise nicht getrennt werden können. Nach dem klaren Wortlaut des § 113b Abs. 5 TKG dürfen der Inhalt der Kommunikation, Daten über aufgerufene Internetseiten und Daten von Diensten der elektronischen Post auf Grund dieser Vorschrift nicht gespeichert werden. Die angegriffene gesetzliche Regelung schließt damit ein technisch bedingtes „Mitloggen“ von Kommunikationsinhalten aus. Wenn dies technisch zurzeit noch nicht möglich sein sollte, rechtfertigt das nicht, sich über die Maßgabe des Gesetzes hinwegzusetzen; vielmehr sind dann zunächst die technischen Bedingungen zu schaffen, um die Speicherpflicht erfüllen zu können.
- 20 b) Eine Aussetzung des Vollzugs ist auch nicht hinsichtlich der §§ 100g, 101a und 101b StPO geboten.
- 21 aa) Allerdings liegt in dem Verkehrsdatenabruf nach § 100g Abs. 1 und 2 StPO ein schwerwiegender und nicht mehr rückgängig zu machender Eingriff in das Grundrecht aus Art. 10 Abs. 1 GG. Ein solcher Datenabruf ermöglicht es, weitreichende Erkenntnisse über das Kommunikationsverhalten und die sozialen Kontakte der Betroffenen zu erlangen, gegebenenfalls sogar begrenzte Rückschlüsse auf die Gesprächsinhalte zu ziehen. Zudem weist ein Verkehrsdatenabruf eine erhebliche Streubreite auf, da er neben der Zielperson des Auskunftersuchens notwendigerweise deren Kommunikationspartner erfasst, also vielfach Personen, die in keiner Beziehung zu dem Tatvorwurf stehen und den Eingriff in ihr Grundrecht aus Art. 10 Abs. 1 GG durch ihr Verhalten nicht veranlasst haben (vgl. BVerfGE 107, 299 [318 ff.]; 121, 1 [22]).
- 22 Doch hat der Gesetzgeber mit § 100g Abs. 2 StPO den Abruf von Telekommunikations-Verkehrsdaten i.S.d. § 113b TKG von qualifizierten Voraussetzungen abhängig gemacht, die das Gewicht der dem Einzelnen und der Allgemeinheit durch den Vollzug der Vorschrift drohenden Nachteile für die Übergangszeit bis zur Entscheidung über die Hauptsache hinnehmbar und im Vergleich mit den Nachteilen für das öffentliche Interesse an einer effektiven Strafverfolgung weniger gewichtig erscheinen lassen.
- 23 Maßgeblich ist hierfür die Gewichtung, die auch der Entscheidung des *BVerfG* über den Antrag auf einstweilige Anordnung gegen das Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung vom 21.12.2007 zugrunde lag (vgl. BVerfGE 121, 1 [23 f.]). Das *BVerfG* hatte dort wegen des öffentlichen Gewichts einer wirksamen Verfolgung schwerer Straftaten solche Abrufersuchen zugelassen, die der Verfolgung von Katalogtaten i.S.d. § 100a Abs. 2 StPO dienen, wenn darüber hinaus auch die Voraussetzungen des § 100a Abs. 1 StPO vorlagen, namentlich die Tat auch im Einzelfall schwer wog und die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten auf andere Weise wesentlich erschwert oder aussichtslos gewesen wäre.
- 24 Diese Voraussetzungen ergeben sich nunmehr unmittelbar aus § 100g Abs. 2 S. 1 StPO. Danach muss ein auf bestimmte Tatsachen gestützter Verdacht einer besonders schweren Straftat vorliegen, die auch im Einzelfall besonders schwer wiegt. Nach § 100g Abs. 2 S. 1 StPO muss die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes der Beschuldigten darüber hinaus auf andere Weise wesentlich erschwert oder aussichtslos sein und die Erhebung der Daten in einem angemessenen Verhältnis zur Bedeutung der Sache stehen. Daneben steht ein abschließender Katalog besonders schwerer, zur Erhebung von Verkehrsdaten ermächtigender Straftaten als Teilmenge (vgl. BT-Drs. 18/5088, S. 32) der in § 100a Abs. 2 StPO aufgeführten Katalogtaten. Sie begegnen für sich genommen keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Klassifizierung als Straf-

taten für Maßnahmen der Telekommunikationsüberwachung (vgl. BVerfGE 129, 208 [241 f.]). Sie können vielmehr als Leitlinie dafür gelten, welche Straftaten der Gesetzgeber als so schwerwiegend bewertet, dass sie auch gewichtige Eingriffe in das Grundrecht aus Art. 10 Abs. 1 GG rechtfertigen können (vgl. BVerfGE 121, 1 [25]). Der Gesetzgeber hat den Katalog in § 100g Abs. 2 S. 2 StPO damit auf solche Straftaten reduziert, die der Bekämpfung des Terrorismus oder dem Schutz höchstpersönlicher Rechtsgüter, insbesondere Leib, Leben, Freiheit und sexuelle Selbstbestimmung, dienen. Außerdem sollen besonders schwere Straftaten umfasst sein, bei denen die gespeicherten Verkehrsdaten nach kriminalistischer Erfahrung besonders wertvolle Dienste leisten können (vgl. BT-Drs. 18/5088, S. 32). Im Unterschied zu dem Katalog in § 100a Abs. 2 StPO bilden etwa bestimmte Vermögensdelikte (z.B. §§ 263, 263a, 264 StGB) keine tauglichen Anlasstaten für eine Vorratsdatenspeicherung. Angesichts dieser Einschränkungen hat das öffentliche Strafverfolgungsinteresse grundsätzlich derartiges Gewicht, dass die Aussetzung der Vorschrift durch eine einstweilige Anordnung trotz der entgegenstehenden gewichtigen Nachteile nicht geboten ist.

- 25 bb) Auch in Blick auf §§ 101a, 101b StPO ist eine einstweilige Anordnung, nicht geboten. Gem. § 101a Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 100b Abs. 1 S. 1 StPO steht die Erhebung von Verkehrsdaten nach § 100g StPO grundsätzlich unter

Richtervorbehalt; nach § 101a Abs. 1 S. 2 StPO findet zudem in den Fällen des § 100g Abs. 2 StPO (Erhebung von Verkehrsdaten im Sinne des § 113b Abs. 1 TKG) § 100b Abs. 1 Satz 2 und 3 StPO keine Anwendung, sodass die Staatsanwaltschaft auch bei Gefahr im Verzug die Anordnung nicht selbst treffen kann. § 101a Abs. 1 Satz 1 StPO stellt zudem spezifische Anforderungen an die Begründung einer solchen Entscheidung. Ob der Gesetzgeber mit diesen Vorgaben den verfassungsrechtlichen Anforderungen im Einzelnen gerecht geworden ist, ist im Verfahren des Eilrechtsschutzes nicht abschließend zu klären. Jedemfalls ergibt sich aus der vorübergehenden Geltung dieser Vorschriften kein besonders schwerer Nachteil, der im Rahmen der hier gebotenen Folgenabwägung eine Aussetzung des Vollzugs der angegriffenen Vorschriften verlangte.

- 26 c) Ob und gegebenenfalls in welcher Weise die Europäische Grundrechtecharta oder sonstiges Unionsrecht für die Beurteilung der angegriffenen Vorschriften Bedeutung entfaltet, ist im Hauptsacheverfahren zu entscheiden. Dass Unionsrecht dazu verpflichten könnte, die angegriffenen Vorschriften schon im Eilverfahren im Wege der einstweiligen Anordnung außer Kraft zu setzen, ist weder substantiiert vorgetragen noch ersichtlich.
- 27 Diese Entscheidung ist unanfechtbar.

Wiederholung von Schmähkritik untersagt – Die Böhmermann Satire

LG Hamburg, Beschl. v. 17.5.2016 - 324 O 255/16

Zur Abwägung von Kunst- und Meinungsfreiheit gegenüber dem Persönlichkeitsrecht am Beispiel des Satire-Gedichts von Böhmermann (Leitsatz der Schriftleitung).

Tenor

- 1 I. Dem Antragsgegner wird im Wege der einstweiligen Verfügung unter Androhung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu EUR 250.000 und für den Fall, dass dies nicht beigetrieben werden kann, einer Ordnungshaft, oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten (Ordnungsgeld im Einzelfall höchstens EUR 250.000 Ordnungshaft insgesamt höchstens zwei Jahre) untersagt, in Bezug auf den Antragsteller zu äußern und/oder äußern zu lassen: ... (es folgt ein Teilabdruck des Gedichts).
- 25 II. Der weitergehende Antrag wird zurückgewiesen.
- 26 III. Von den Kosten des Verfahrens haben der Antragsteller ein Fünftel und der Antragsgegner vier Fünftel zu tragen.
- 27 IV. Der Streitwert wird auf 100.000 EUR festgesetzt.

Gründe

- 28 Dem Antragsteller steht der geltend gemachte Unterlassungsanspruch im aus dem Tenor ersichtlichen Umfang gem. §§ 823, 1004 BGB analog i.V.m. Art. 1 und 2 GG bzw. Art. 8 EMRK zu. Im Übrigen ist der Antrag zurückzuweisen.
- 29 a) Der Antragsteller ist Präsident der Türkei. Der Antragsgegner ist Hörfunk und Fernsehmoderator. In der von ihm moderierten Late Night Show „Neo Magazin Royale“ vom 31.3.2016 trug er ein Gedicht mit dem Titel „Schmähkritik“ über den Antragsteller vor. Bevor der Antragsgegner dieses Gedicht vorlas, wies er darauf hin, dass aufgrund eines Beitrages in der Satiresendung „extra 3“ der deutsche Botschafter in der Türkei einbestellt worden sei. Prozessual ist davon auszugehen, dass die Einbestellung des Botschafters jedenfalls im Einverständnis mit dem Antragsteller erfolgte.
- 30 Der Antragsgegner trug das Gedicht auf Deutsch vor. Seinen Vortrag unterbrach er mehrfach durch Gespräche mit seinem Sidekick ... Das Gedicht wurde durch eingeblen-dete Untertitel auf Türkisch übersetzt, das Gespräch des Antragsgegners mit ... indes nicht.
- 31 b) Das angegriffene Gedicht ist zweifelsohne eine Satire; sie vermittelt ein Zerrbild von der Wirklichkeit, mit der sich der Antragsgegner mittels des Gedichts auseinandersetzt. Satire kann Kunst i.S.v. Art. 5 Abs. 3 GG sein, muss

es aber nicht sein. Nach dem vom *BVerfG* formulierten Kunstbegriff liegt das Wesen künstlerischen Schaffens in der freien schöpferischen Gestaltung, in welcher Eindrücke, Erfahrungen und Erlebnisse des Künstlers in bestimmter Form zur Anschauung gebracht werden (vgl. *BVerfGE* 30, 173).

Eine Niveauekontrolle der Kunst, zum Beispiel eine Unterscheidung zwischen höherer und niederer Kunst oder guter und schlechter Kunst, ist hierbei unzulässig. Hier spricht für die Annahme von Kunst die Auseinandersetzung des Antragsgegners mit dem Antragsteller, wovon das Gedicht einen Teil darstellt. Dies wäre allerdings bei einer Meinungsäußerung ebenfalls der Fall. Gegen Kunst könnte sprechen, dass der Antragsgegner, worauf sein gerichtsbekanntes Interview in der Zeitschrift „ZEIT“ vom 4.5.2016 hinweist, ein möglicherweise bereits im Internet vollumfänglich verbreitetes Gedicht verlesen hat, so dass die geforderte künstlerische Auseinandersetzung fraglich sein könnte. Da dies aber nicht feststeht, zudem ein sehr großzügiger Maßstab für die Bejahung von Kunst gilt und der Antragsgegner das Gedicht nicht nur verlesen, sondern mit einem bestimmten Kontext, wie die musikalische Untermalung, das Präsentieren der türkischen Flagge, die Gespräche mit seinem Sidekick, umrahmt hat, geht die *Kammer* von Kunst aus.

- 32 Es ist folglich eine Abwägung zwischen der schrankenlos geschützten Kunstfreiheit von Art. 5 Abs. 3 GG sowie der durch Art. 5 Abs. 1 GG bzw. Art. 10 EMRK geschützten Meinungsfreiheit, auf die sich der Antragsgegner berufen kann, und dem durch Art. 1 und 2 GG und Art. 8 EMRK geschützten allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Antragstellers vorzunehmen.
- 33 Bei dieser Abwägung ist nicht isoliert das Gedicht zu betrachten, sondern die konkrete Präsentation ist zu berücksichtigen. Des Weiteren ist der Zusammenhang, in den das Gedicht gestellt wurde, maßgeblich, d.h. die Vorgeschichte mit der Sendung von „extra 3“ und der Einbestellung des deutschen Botschafters, da diese Anlass für den Beitrag des Antragsgegners war.
- 34 Die in Form einer Satire geäußerte Meinung und Kritik am Verhalten Dritter findet ihre Grenze, wo es sich um reine Schmähung oder Formalbeleidigung handelt bzw. die Menschenwürde angetastet wird.
- 35 Die Satire, der Übertreibungen und Verzerrungen wesens-eigen sind, erfordert hierbei eine spezifische Betrachtung. Nach ständiger Rechtsprechung ist für die rechtliche Beurteilung zwischen dem Aussagegehalt und dem vom Verfasser gewählten satirischen Gewand, der Einkleidung, zu trennen; hierbei gilt für die Einkleidung regelmäßig ein weniger strenger Maßstab (vgl. *BVerfG*, NJW

1987, 2661).

- 36 Es ist somit zwischen dem Aussagegehalt und der Einkleidung zu unterscheiden:
- 37 Der Aussagegehalt ist für den Antragsteller nicht so verletzend, dass aufgrund dessen der Unterlassungsanspruch begründet wäre. Es ist fernliegend, dass der Rezipient annimmt, das Gedicht weise (insgesamt) einen Wahrheitsgehalt auf. Dies ist so offensichtlich, dass es keiner weiteren Erörterung bedarf. Der Antragsgegner setzt sich in der Sendung satirisch damit auseinander, dass mit Einverständnis des Antragstellers ein Beitrag wie der von „extra 3“ zum Anlass genommen wird, den deutschen Botschafter einzubestellen. Mit dem Gedicht macht der Antragsgegner sich hierüber in satirischer Form lustig und kritisiert den Umgang des Antragstellers mit der Meinungsfreiheit in der Türkei.
- 38 Es kommt hinzu, dass der Antragsteller sich als Staatsoberhaupt aufgrund seines öffentlichen Wirkens stärkere Kritik gefallen lassen muss. Denn die Meinungsfreiheit ist gerade aus dem besonderen Bedürfnis der Machtkritik erwachsen (vgl. *BVerfG*, AfP 1996, 50). Dieser Grundsatz ist auch für den Antragsteller als ausländisches Staatsoberhaupt zugrunde zu legen (s. auch *EGMR*, AfP 2016, 137). Hiergegen spricht im Übrigen nicht die Strafnorm des § 103 StGB, da diese im Gegensatz zu §§ 185 ff. StGB nur eine höhere Strafandrohung bei einem ausländischen Staatsoberhaupt vorsieht (vgl. *Schönke/Schröder*, StGB, 29. Auflage, § 103 Rn. 6; *Wohlers/Kargl*, in: NK-StGB, 4. Aufl. [2013], § 103 Rn. 1).
- 39 Die Einkleidung führt allerdings zur (teilweisen) Bejahung des Unterlassungsanspruches.
Zwar gilt hier, wie oben ausgeführt, ein weniger strenger Maßstab, aber dies berechtigt nicht zur völligen Missachtung der Rechte des Antragstellers. Die Äußerungen im Gedicht sind zweifelsohne schmähend und ehrverletzend. Es dreht sich vorliegend nicht um eine für die rechtliche Beurteilung unbedeutende Geschmacksfrage. Sondern die fraglichen Zeilen greifen gerade gegenüber Türken oftmals bestehende Vorurteile auf, die gewöhnlich als rassistisch betrachtet werden.
Erschwerend kommt hinzu, dass in Kenntnis dessen, dass das Schwein im Islam als „unreines“ Tier gilt – von einer solchen Kenntnis des Antragsgegners kann ausgegangen werden – der „Schweinefurz“ erwähnt wird. Des Weiteren haben nahezu sämtliche Zeilen einen sexuellen Bezug.

Auch unter Beachtung des vom *BVerfG* für die Beurteilung der Einkleidung aufgestellten strengen Maßstabes und der konkreten Präsentation überschreiten die fraglichen Zeilen das vom Antragsteller hinzunehmende Maß.

- 40 c) Aus den obigen Ausführungen folgt, dass der weitergehende Anspruch jedoch zurückzuweisen ist. Mit den nicht untersagten Teilen des Gedichts wird in zulässiger Form harsche Kritik an der Politik des Antragstellers geäußert. Es geht nicht um eine vom Antragsteller nicht mehr hinzunehmende Herabwürdigung, sondern in überspitzter Form werden Vorgänge aufgegriffen, von deren Realität prozessual auszugehen ist. Diese werden im Wesentlichen im Beitrag von „extra 3“, auf den der Antragsgegner mit dem Gedicht Bezug nimmt, gezeigt, nämlich unter anderem das Schlagen von demonstrierenden Frauen am „Weltfrauentag“ durch Helm und Schutzkleidung tragende Polizisten, das gewalttätige Vorgehen gegen andere Demonstranten, die mit der Politik des Antragstellers nicht einverstanden sind, sowie gegen Minderheiten wie Kurden. Es ist weiterhin gerichtsbekannt, dass es Auseinandersetzungen zwischen Christen und Moslems in der Türkei gibt und in diesem Zusammenhang die Rolle des Staates bzw. der Regierung diskutiert wird.
- 41 Als Oberhaupt des Staates trägt der Antragsteller für diese Vorgänge die politische Verantwortung. Gerade aufgrund seiner herausragenden politischen Stellung muss er sich, wie oben ausgeführt, stärkere Kritik gefallen lassen.
- 42 Mit den nicht untersagten Zeilen des Gedichts macht sich der Antragsgegner zulässig in satirischer Form über den Umgang des Antragstellers mit der Meinungsfreiheit lustig.
- 43 d) Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 ZPO.
- 44 e) Da das Gedicht nicht als unauflösliche Einheit zu betrachten ist, ist - wie auch ansonsten bei anderen Kunstwerken wie beispielsweise Büchern oder Filmen - nicht die Verbreitung des gesamten Gedichts zu untersagen, sondern nur die aus dem Tenor ersichtlichen, vom Antragsgegner rechtswidrig verbreiteten Passagen. Die demnach vorzunehmenden Auslassungen sind durch „...“ gekennzeichnet.
Dies gilt auch für die Unterbrechung des Verlesens durch die Gespräche des Antragsgegners mit . . . Die *Kammer* hat insoweit von § 938 ZPO Gebrauch gemacht.

BUCHBESPRECHUNGEN

Jahn/Schmitt-Leonardy/Schoop (Hrsg.): Das Unternehmensstrafrecht und seine Alternativen

von Rechtsanwältin Dr. Sibylle von Coelln*

2016, Nomos Verlag, Berlin, ISBN 978-3-8487-1704-0, S. 378, 98,00 Euro.

I. Einleitung

Societas delinquere non potest – oder doch? Seit Jahren wird nicht nur in der Rechtswissenschaft, sondern auch in der strafrechtlichen Praxis intensiv über die Frage diskutiert, ob das derzeit geltende Recht, das eine Sanktionierung von Unternehmen nur auf der Ebene und mit den Mitteln des Ordnungswidrigkeitenrechts zulässt, noch den aktuellen rechtlichen und gesellschaftlichen Anforderungen entspricht.

In dem von *Jahn/Schmitt-Leonardy/Schoop* herausgegebenen Kompendium „Das Unternehmensstrafrecht und seine Alternativen“ aus der Nomos-Schriftenreihe Deutsche Strafverteidiger e.V. handelt es sich um einen Sammelband, der 14 Aufsätze zum Thema „Unternehmen und Strafe“ in sich vereint. Den Anlass für die Zusammenstellung dieses Werkes bildete der nordrhein-westfälische „Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden“. Durch Teil B der Schrift wurde der Entwurf selbst in vier Beiträgen zum Gegenstand der juristischen Betrachtung. Daneben werden in Teil A die Grundlagen und in Teil C die Alternativen und Folgefragen eines Unternehmensstrafrechts diskutiert. In der Tendenz steht die Mehrheit der Autoren der Einführung eines genuinen Unternehmensstrafrechts skeptisch bis ablehnend gegenüber.

II. Grundlegende Überlegungen zur Einführung eines Unternehmensstrafrechts

Im ersten Teil des Sammelwerkes befassen sich die Autoren mit den Grundlagen des Unternehmensstrafrechts und zeigen den aktuellen Stand der Diskussion auf. Die Betrachtung reicht von der Überlegung, ob es eine Unternehmensstrafat überhaupt geben kann (*Schneider*, „Das Unternehmen als Projektionsfläche kollektiver Strafbedürfnisse – Über die soziale Konstruktion der Täter- und Opferrolle“) über eine „Rechtspraktische Analyse der Situation de lege lata“ (*Taschke*) bis hin zur Auseinandersetzung mit „verfassungsrechtlichen Einwänden gegen ein Verbandsstrafgesetzbuch“ (*Jahn*). Zudem werden völker- sowie unionsrechtliche Vorgaben (*Böse*) mit in den Blick genommen und wird die gesamte Diskussion „im Kontext aktueller Corporate Governance“ (*Mansdörfer*)

bewertet. *Schneider* wirft dabei die Frage auf, ob es angesichts der Tatsache, dass Unternehmen häufig eine Art Doppelrolle einnehmen, indem sie zugleich als Täter und Opfer zu qualifizieren seien, überhaupt eine sanktionswürdige Unternehmensstrafat geben könne. Die These dieser Doppelrolle untermauert *Schneider* an dem Beispiel der Bildung „schwarzer Kassen“: Diese sei einerseits als Untreue gegenüber dem Unternehmen zu werten, welches folglich Opfer sei. Andererseits werde das Unternehmen mit der Verwendung der Mittel aus den schwarzen Kassen zum Täter, wenn es sie etwa für die Zahlung von Bestechungsgeldern verwende. Es fehle somit „an einer klar definierten Tat des Unternehmens, die den Bezugspunkt für Verhängung der Unternehmensstrafe bilden könnte“. Für die Implementierung eines Compliance-Systems schließlich sei die Unternehmensstrafe nicht erforderlich, da ein hinreichender Druck zur Einrichtung eines solchen – etwa mit Blick auf die Risiken eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens – bereits heute bestehe. Ein solches System wiederum sei geeignet, entsprechenden Straftaten im bzw. aus dem Unternehmen entgegenzuwirken. Folglich bedürfe es keiner symbolischen Einführung eines Unternehmensstrafrechts, die mit Blick auf die Kritik an eben diesem etwa in den USA zum einen anachronistisch wäre, zum anderen das Unternehmen lediglich zum „Sündenbock“ machte, an dem die kollektiven Strafbedürfnisse befriedigt werden könnten.

Zu demselben Ergebnis gelangt *Taschke*: Er zieht nach einer Analyse der aktuellen rechtlichen Regelungen das Fazit, dass diese nicht nur ein „effektives Instrumentarium zur Sanktion unternehmensbezogener Straftaten und der Abschöpfung illegaler Gewinne“ darstellen, sondern in der Vergangenheit auch als solches erfolgreich eingesetzt worden seien. Dazu beleuchtet er die historische Entwicklung der Verfolgung von Unternehmenskriminalität sowie der strafrechtlichen Rahmenbedingungen und setzt sich anhand prominenter Beispiele mit der Verfolgungspraxis von Gerichten, Staatsanwaltschaften und Behörden auseinander. *Taschke* nennt dabei konkrete Beispiele und Zahlen für die bekannten Sanktionsinstrumente – die Verbandsgeldbuße und den Verfall –, die aus seiner Sicht belegen, dass eine Änderung oder Ergänzung des geltenden Rechts zur erfolgreichen Prävention bzw. Verfolgung von Straftaten nicht erforderlich ist.

Jahn klammert in seinem nachfolgenden Beitrag die

* Die Autorin ist Rechtsanwältin und Zertifizierte Verteidigerin für Wirtschaftsstrafrecht (DSV) in Düsseldorf.

Frage der Notwendigkeit eines Unternehmensstrafrechts aus. Er widmet sich stattdessen der Überlegung, ob der nordrhein-westfälische Entwurf eines Verbandsstrafgesetzbuches, wenn er Gesetz würde, mit dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland in Einklang stünde. Dabei nimmt er neben der grundrechtsgleichen Vorschrift des Art. 103 GG und dem Gleichheitsgrundrecht des Art. 3 Abs. 1 GG auch die Vereinigungsfreiheit des Art. 9 GG und den aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG resultierenden Schuldgrundsatz in den Blick. Im Ergebnis bejaht er die Grundgesetzkonformität, lässt jedoch bewusst offen, ob das im NRW-Entwurf vorgeschlagene „Wie“ der Unternehmenssanktion „die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste Lösung“ ist.

Da der nordrhein-westfälische Justizminister als Urheber des Entwurfs eines Verbandsstrafgesetzbuchs zur Begründung der Notwendigkeit eines Unternehmensstrafrechts auf ausländische Rechtsordnungen verweist, drängt sich eine Auseinandersetzung mit unions- und völkerrechtlichen Vorgaben zur Sanktionierung von Unternehmen geradezu auf. Dieser Aufgabe hat sich im vorliegenden Werk *Böse* angenommen, der freilich darauf hinweist, dass eine völker- oder unionsrechtliche Verpflichtung zur Einführung eines Verbandsstrafrechts nicht existiere. Er analysiert, wodurch und inwieweit Verbände für Straftaten nach völker- und europarechtlichen Regelungen zur Verantwortung gezogen werden (sollen bzw. müssen), dass sie alle eine kumulative Verantwortlichkeit von juristischen und natürlichen Personen gebieten und dass die Schuld der Verbände überwiegend aus einer Zurechnung individuellen Verschuldens resultiert (abgeleitetes oder derivatives Verschulden). In jedem Fall hält *Böse* es für essentiell, dass die „Verantwortlichkeit juristischer Personen für Straftaten in einem einheitlichen materiell-rechtlichen und prozessualen Rahmen“ geregelt wird, sei dies nun ein ordnungsrechtlicher oder ein strafrechtlicher – wobei letzterem sicherlich die größere Symbolkraft zukäme.

In seinem den Teil A abschließenden Beitrag betrachtet *Mansdörfer* die Diskussion im Zusammenhang mit der aktuell als „richtig“ verstandenen Corporate Governance, die zunehmend verbindliche Vorgaben für die interne Unternehmensorganisation voraussetze und mit der Straftaten aus dem Unternehmen bzw. des Unternehmens vorgebeugt werden könne. Dabei solle keine „Kultur des Misstrauens“ geschaffen werden, sondern sollten alle Mitarbeiter zu normtreuem Verhalten motiviert und angeregt werden. Im Fall eines Unternehmensstrafrechts müsste sichergestellt sein, dass die Mindestvoraussetzungen einer Zurechnung strafbaren Verhaltens gewahrt blieben. Da hierfür mehrere Ansätze existieren, setzt sich *Mansdörfer* mit elf Modellen zur Begründung eines sozialen Strafverwurfs (wie etwa dem Modell der Zurechnung individueller Organisationsschuld, der Idee vom Verband als Pflichtadressat oder der Konstruktion einer strukturellen Schuld) auseinander, die seiner Ansicht nach jeweils nicht als solche abzulehnen sind, doch aber der einen oder anderen Ergänzung bedürften.

III. Eine kritische Auseinandersetzung mit dem nordrhein-westfälischen Gesetzesentwurf

Der Anlass des Sammelwerkes wird in Teil B zu dessen Gegenstand. *Schoop* und *Sidhu* leiten thematisch mit „Rechtstatsächlichen Anmerkungen zum NRW-Entwurf“ ein, die auf empirisch-kriminologischen Überlegungen basieren. Im Ergebnis sehen die beiden Autoren den Entwurf kritisch und befürchten zum einen, dass die Einführung einer Unternehmensstrafe Staatsanwaltschaften sukzessive von der deutlich aufwändigeren strafrechtlichen Verfolgung von Einzeltätern absehen ließe, was sich zum anderen negativ auf das Bemühen um effektive Präventionsmaßnahmen auswirken könne. Zudem melden sie Zweifel an der Verhältnismäßigkeit eines Unternehmensstrafrechts im Vergleich zu einer Ahndung im Wege des Ordnungsrechts an.

Anders klingt da die Untersuchung des Entwurfs „aus Sicht der Rechtswissenschaft“ durch *Kubiciel* und *Hoven*: Diese messen dem Entwurf – im Gegensatz zu dessen Vorgängern – große politische Bedeutung bei und sehen (insoweit in Übereinstimmung mit *Jahn*) keine verfassungsrechtlichen Hindernisse. Im Gegenteil: Ihrer Auffassung nach werde es in Deutschland in absehbarer Zeit ein Unternehmensstrafrecht geben, da das bisherige „Parastrafrecht“ rechtsstaatlichen Standards nicht genüge und als ineffektiv zu bezeichnen sei. Mit dieser Auffassung, die sie als einzige so aus- und nachdrücklich vertreten, heben sich *Kubiciel* und *Hoven* deutlich von ihren Mitautoren dieses Sammelbandes ab. In der konkreten Umsetzung des Entwurfes, der das Verbandsschuldmodell mit Präventionszielen verbindet, entdecken sie in ihrer Analyse jedoch Widersprüche, die es aufzulösen, und Ungenauigkeiten, die es zu präzisieren gilt.

Hamm widmet sich im Anschluss der praktischen Frage, welche Auswirkungen ein Verbandsstrafrecht auf die Hauptverhandlung hätte – Stichwort: „Die Juristische Person auf der Anklagebank“. Dabei kommt er zu dem Ergebnis, dass nach den Maßstäben des nordrhein-westfälischen Entwurfes ein rechtsstaatskonformes Verfahrensrecht „bis in die trichterliche Hauptverhandlung hinein“ nicht gewährleistet werde. Zudem mahnt er zu Recht Augenmaß im rechtspolitischen Diskurs an: Das Ultime-ratio-Prinzip dürfe nicht aus den Augen gelassen werden, neue Strafvorschriften müssten justitiabel sein und einem tatsächlichen Strafbedürfnis erwachsen.

Adick schließlich lenkt den Blick auf den Schutz individueller (Verfahrens-)Rechte. Ein Strafrecht, das Unternehmen (etwa durch Strafmilderungen) dafür belohne, dass sie Mitarbeiter beschuldigen sowie belastendes Beweismaterial durch interne Untersuchungen generieren und herausgeben, schaffe einen Anreiz zur Verletzung eben dieser Individualrechte. Diese müssten daher durch Verfahrensregeln und durch die Anwendbarkeit der StPO bereits im Stadium interner Ermittlungen (um etwa die schrankenlose Pflicht zur Auskunftserteilung nach §§ 666, 675 BGB einzudämmen und so die strafrechtliche Selbstbelastungsfreiheit zu sichern) besonders geschützt werden.

IV. Alternativen, Ausblicke und Folgefragen

Der letzte Teil des Werkes sucht nach Regelungsalternativen zu einem Unternehmensstrafrecht und lenkt den Blick auf Folgefragen, die im Falle der Einführung eines Unternehmensstrafrechts zu beantworten wären. Die nächstliegende Alternative zur Einführung eines Unternehmensstrafrechts ist die Beibehaltung des Status quo, der sich aus Sicht von *Weimann* bewährt hat und nach dessen Auffassung lediglich partiell nachgebessert werden könnte. Die seines Erachtens nicht hinreichend fundierte Kritik an der unzureichenden Anwendungspraxis der §§ 30, 130 OWiG teilt er nicht, vielmehr arbeitet er die Vorteile der flexibleren ordnungsrechtlichen Vorschriften, die auch jetzt schon die Berücksichtigung von Compliance-Maßnahmen zulassen, überzeugend heraus.

Da sie weder ein Festhalten an einer ordnungsrechtlichen Lösung noch die Einführung einer Verbandsstrafe überzeugt, offeriert *Schmitt-Leonardy* mit dem „Folgenverantwortungsdialo“ eine weitere Regelungsalternative. Ihr Vorschlag, der sich begrifflich nicht aus sich selbst heraus erklärt, weckt umso mehr die Neugier des Lesers. Ausgehend von der ohnehin bestehenden Praxis, Ermittlungs- bzw. Bußgeldverfahren (nicht nur) gegen Unternehmen durch Absprachen zu beenden, entwickelt *Schmitt-Leonardy* eine neue „parastrafrechtliche Konzeption“. In dieser rückt sie die (verpflichtende) Mitwirkung an der Aufarbeitung von Delikten und die Wiedergutmachung ins Zentrum der Reaktion auf Straftaten aus bzw. von Unternehmen – und erarbeitet damit eine Regelung und Sanktionierung sui generis, die ergänzend neben dem Ordnungswidrigkeiten- und dem Strafrecht steht.

Auch *Trüg* hält eine repressive Sanktion in Gestalt etwa einer Verbandsgeldbuße für weitgehend verzichtbar. Eine Ausnahme solle nur dann gelten, wenn der Verband über keine (ausreichenden) Anreizsysteme oder andere Präventionsinstrumente verfüge, die geeignet seien, Straftaten durch den bzw. aus dem Verband zu verhindern, und wenn zugleich intransparente Strukturen des Unternehmens dazu führten, dass die verantwortlichen Individuen nicht straf- oder ordnungsrechtlich verfolgt werden könnten. Ein genuines Unternehmensstrafrecht müsse für eine insoweit adäquate repressive Reaktion nicht etabliert werden, der bisherige § 30 OWiG sei nach geringfügigen Ergänzungen (z.B. Einführung von Sanktionszumessungsregeln nach dem Vorbild des § 46 StGB; Implementierung eines Tagessatzsystems nach § 40 StGB; Begründung einer Landgerichtszuständigkeit) hierzu vielmehr ausreichend.

Poepping widmet sich im Anschluss mit der Trias „Unternehmen, Strafrecht und Compliance“ dem Wechselspiel von Präventions- und repressiven Maßnahmen. Sie geht der naheliegenden Frage nach, ob Strafe ein geeigneter Anreiz für Präventionsmaßnahmen ist, untersucht die Schutzwirkung und -weite von Compliance-Systemen für Leitungsorgane sowie die Auswirkungen eines Unternehmensstrafrechts auf das Verhalten von und in Unternehmen. Die Autorin kommt dabei zu dem Schluss, dass höhere Strafandrohungen nicht automatisch zu einer verbesserten Einhaltung rechtlicher Regeln führen. Erfolgversprechender wäre es aus ihrer Sicht, wenn der Nachweis eines aus objektiver ex-ante-Sicht zur Verhinderung von Rechtsverstößen für geeignet befundenen Compliance-Systems ein Absehen von Strafe bewirken würde, also als effektives Verteidigungsmittel eingesetzt werden könnte.

Der Sammelband schließt mit einem praktisch relevanten Blick über den Tellerrand: *Gädtker/Ruttmann* untersuchen die zu erwartenden Auswirkungen eines Verbandsstrafgesetzbuchs auf den Versicherungsschutz, insbesondere auf Strafrechtsschutz- und D&O-Versicherungen. Nach einer Bejahung des Versicherungsschutzes durch eine Strafrechtsschutzversicherung auch im Falle einer Verbandsstrafat und nach der näheren Befassung mit Zurechnungsfragen (Ist dem Verband vorsätzliches Verhalten seitens seiner Verantwortlichen zuzurechnen? Entfällt durch die Zurechnung – vorsätzlicher – Organisationsdefizite der Versicherungsschutz?) kommen die Autoren zu dem Schluss, dass eine Verbandsgeldbuße oder -geldstrafe regressfähig ist. Das sanktionierte Unternehmen könne folglich prinzipiell bei seinen Verantwortlichen die gezahlten Sanktionen zurückverlangen. Eben diese Regressansprüche müssten nach Ansicht der Verfasser ebenfalls versicherbar sein. Die Einführung eines Verbandsstrafrechts würde nach alledem also vermutlich für Versicherte wie für Versicherer teurer als der Status quo.

V. Fazit

Abschließend lässt sich festhalten, dass der Leser durch die vielen facettenreichen Beiträge einen sehr guten Einstieg in ein durchaus komplexes Thema erhält. Daneben wird die seit Jahren geführte Diskussion um die Einführung eines Verbands- bzw. Unternehmensstrafrechts mit dem Sammelwerk in vielfältiger Weise um neue Analysen, Ideen und weiterführende Gedanken bereichert. Das Werk empfiehlt sich damit jedem zur Lektüre, der sich mit der Materie des Unternehmensstrafrechts inhaltlich befassen muss bzw. möchte.

Michael Nietsch (Hrsg.): Unternehmenssanktionen im Umbruch

von Rechtsanwalt Christian Heuking*

2016, Nomos Verlag, Berlin, ISBN 978-3-8487-2862-6, S. 173, 45,00 Euro.

Das Buch, das in der EBS-Schriftenreihe erschienen ist, enthält die für die Veröffentlichung überarbeiteten Beiträge des 2. Wiesbadener Compliance Tages des bei der European Business School (EBS) eingerichteten Center for Corporate Compliance. Diese Veranstaltung stand unter dem Titel „Unternehmenssanktionen im Umbruch“.

Den Ausgangspunkt der Darstellung bildet der Beitrag von Nietsch, „Zurechnung als Grundlage der Unternehmenssanktion in rechtsvergleichender Perspektive“, der sich mit Modellen der Zurechnung strafrechtlich relevanten Handelns natürlicher Personen zu einem Verband befasst. Die Geschäftsherrenhaftung i.S.d. Respondeat-Superior-Prinzips und das vor allem in Europa verbreitete Repräsentationsprinzip bilden dabei die Ausgangspunkte der weiteren Betrachtung, die der Autor auf vermittelnde und ergänzende Lösungen erstreckt. In dem folgenden Abschnitt bringt er diese Zurechnungsmodelle mit der Verfolgungspraxis in Verbindung, wobei der Schwerpunkt auf dem von US-Bundesbehörden herangezogenen Prinzip des Respondeat-Superior liegt. Vor diesem Hintergrund werden die Vor- und Nachteile beider Systeme diskutiert: Bei dem Respondeat-Superior-Prinzip würden die Abkehr vom Schuldbegriff und die Verlagerung zu einer Gesamtstrafe als dessen Nachteile deutlich. Andererseits fehle der dem Repräsentationsprinzip folgenden Ermittlungspraxis jene Effizienz, die es ermögliche, auch komplexe Organisationen ohne konkreten Repräsentanten zu fassen. In beiden Fällen aber bleibt, was Nietsch moniert, die Begründung der Sanktion im Verhältnis zu den betroffenen Anteilseignern offen. Als Fazit seiner Untersuchung schlägt er für das deutsche Recht Änderungen des Verfahrensrechts und für das materielle Recht ein abgestuftes System der Unternehmenssanktion vor, das ausgehend von einer Haftung für Präventionsversagen Änderungen der §§ 30, 130 OWiG vorsieht, die er anhand der zuvor gewonnenen Ergebnisse konkret begründet.

Zeidler/van Rienen wenden sich der Frage nach der Notwendigkeit eines Unternehmensstrafrechts mit den Erfahrungen zu, die sie als Rechtsanwälte bei der Verteidigung von Unternehmen und Unternehmensverantwortlichen unter unterschiedlichen Jurisdiktionen gewonnen haben. Die aktuelle Lage in Deutschland vergleichen sie unter rechtlichen als auch unter vielfältigen praktischen Gesichtspunkten und Erfahrungen mit der in den USA. Auf der Grundlage dieser Erkenntnisse würdigen sie das

VerbStrG-E kritisch. Zwar sehen sie positive Aspekte, allen voran die vorgesehene Anwendbarkeit von § 153 a StPO mit der Folge des Strafklageverbrauchs. Überwiegend aber teilen sie die verbreiteten Bedenken gegen den Entwurf: Ein gesetzgeberisches Defizit sei nicht festzustellen, der Entwurf führe zu Systembrüchen und enthalte handwerkliche Mängel. Das Fazit ihrer Ausführungen ist daher eindeutig: „Deutschland hat kein Unternehmensstrafrecht und braucht auch keins.“

Mit einem konkreten Anwendungsbereich von Sanktionen gegen Unternehmen befassen sich Hartung/Vogt/Arend in ihrem Beitrag „Sanktionen bei Embargoverstößen aus Bankensicht – was lässt sich aus jüngsten Fällen für Prävention und Bußgeldverfahren lernen“. Die Autoren sind bei der Deutsche Bank AG als Leiter bzw. Mitarbeiter im Bereich Sanctions and Embargos tätig. Die national unterschiedliche Ausgestaltung der Sanktions- und der Verfolgungspraxis sowie ihre rasante Entwicklung beleuchten die Autoren am Beispiel der EU und der USA. Sie arbeiten die zunehmende Bedeutung heraus, die der Finanzwirtschaft bei der Umsetzung von Sanktionen zukomme, obgleich im Warenverkehr eigentlich die Exportwirtschaft die Verantwortung für die Rechtmäßigkeit von Lieferungen trage. Die sich daraus und aus dem Geflecht nationaler Sanktionsordnungen für die Finanzwirtschaft ergebenden Aufgaben und Anforderungen erläutern sie näher, ebenso die Erschwernisse, die bei Auslegung und Anwendung der Vorgaben dadurch entstehen, dass Geschwindigkeit, Komplexität und politisch bedingte Unschärfe kodifizierter Sanktionen zunehmen. Als eine Folge der zum Teil drastischen Sanktionen, die wegen Embargoverstößen gegen Banken verhängt wurden, stellen die Autoren die Non- oder Deferred Prosecution Agreements und auch OFAC-Settlements (Office of Foreign Assets Control) dar, durch die ohne Feststellung eines Fehlverhaltens eine Verfahrensbeendigung gegen Zahlung von Geldauflage vereinbart wird. Als operative Folge des Sanktionsrisikos hätten Finanzinstitute in ihre Compliance-Systeme investiert, wobei die Schwerpunkte neben den klassischen Compliance-Maßnahmen auch gezielte Investitionen in die IT-Systeme bilden. Erst das Zusammenspiel technologischer und prozesseitiger Investitionen mit organisatorischen und personellen Maßnahmen schaffe eine einheitliche Qualität der Kontrollen.

Den im Juni 2015 aktuellen Entwurf des Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption stellt von Coelln vor: Ausgehend von Anlass und Ziel der vorgeschlagenen Regelung

* Der Verfasser ist Rechtsanwalt in Düsseldorf und Partner der auf das Wirtschaftsstrafrecht spezialisierten Kanzlei Heuking/von Coelln.

erläutert sie zunächst die für die Praxis besonders bedeutsame Neuregelung von § 299 StGB betreffend die Bestechung im geschäftlichen Verkehr: Ohne dass es insoweit eines Vermögensschadens bedürfe, werde das Interesse des Geschäftsherrn an loyaler Beachtung seiner Regeln geschützt. Die Neuregelung, die entgegen der Gesetzesbegründung nicht erforderlich gewesen sei, würdigt *von Coelln* unter Heranziehung der Diskussion, die schon zu Vorentwürfen geführt hatte, kritisch: Strafrechtliche Anknüpfung an interne Vorgaben des Gesetzgebers, verfassungsrechtlicher Bestimmtheitsgrundsatz, gesetzssystematische Friktionen, fehlender kriminalpolitischer Regelungsbedarf und Wertungswidersprüche zu anderen Normen sind die Stichworte, die ihre Ausführungen bestimmen. Gegen die erheblichen Bedenken einer ausufernden Strafbarkeit werden sodann Begrenzungsmöglichkeiten diskutiert: Restriktive Auslegung der Norm lehnt die Autorin letztlich ab, stellt gesetzliche Alternativlösungen vor und konstatiert für Unternehmen die Notwendigkeit, sich mit der Neuregelung zu befassen. Sodann widmet sich die Verfasserin mit einem Überblick der internationalen Dimension des Gesetzesentwurfs, der vor allem die Implementierung des Rechts der Auslandskorruption von Beamten in das deutsche StGB zum Gegenstand hat. Dass auch mit diesem Teil der Änderung der Gesetzgeber sich von EU-rechtlichen Vorgaben löst, wird dargestellt und kritisch erläutert. Als Fazit stellt die Autorin fest, der erfolgreiche Kampf gegen Korruption erfordere vor allem eine hinreichende Organisation der Strafverfolgung durch Schwerpunktstaatsanwaltschaften wie auch Sonderdienststellen der Polizei und deren personelle Ausstattung.

„Korruptionsbekämpfung aus Unternehmenssicht unter besonderer Berücksichtigung des internationalen Geschäftsverkehrs am Beispiel des Siemens Compliance Systems“ stellt *Schieffer* in ihrem Beitrag dar. Die Autorin ist Leiterin der Abteilung Compliance Regulatory, Policies and Legal Advice der Siemens AG. Sie stellt in ihrem Beitrag einige der insoweit wichtigsten Elemente und die Herausforderungen vor, die sich aus dem internationalen Geschäft für die unternehmensinterne Korruptionsprävention und -bekämpfung ergeben. Grundlegend skizziert sie den geltenden rechtlichen Rahmen und die organisatorischen Anforderungen an das Compliance-Management, als dessen wesentliches Mittel die Autorin Verhaltenskodizes hervorhebt, die als einheitliches Regelwerk in international agierenden Unternehmen den Anforderungen unterschiedlicher Jurisdiktionen Rechnung tragen müssten. Eine den örtlichen Gegebenheiten entsprechende Umsetzung werde gewährleistet, indem die wesentlichen und zentral formulierten Vorgaben durch die Compliance-Verantwortlichen vor Ort konkret umgesetzt würden. Grundsätzliches Ziel gut zu formulierender Regelwerke sei, dass Mitarbeiter ohne Anfrage bei der Compliance-Abteilung Konflikte erkennen und sich regelkonform verhalten könnten. Das Maß adäquater Präventions-Maßnahmen müsse durch Risikoanalysen ermittelt werden. Die Empfehlung differenzierter Prüfungen unter Beachtung der jeweiligen Rechtsordnungen und der Besonderheiten des konkreten Falls vertieft die Autorin sodann mittels praktischer Beispiele für die Themen „Geschenke und

Einladungen“, für „Sponsoring und Corporate Responsibility“ sowie „Facilitation Payments“. Schließlich zeigt die Autorin die praktischen Auswirkungen des internationalen Geschäfts auf die Compliance-Arbeit auf und schließt die Ausführungen mit Hinweisen zu Bedeutung und Gestaltung interner Untersuchungen wie auch der Sanktionierung von Verstößen.

Die Rechtsanwälte *Hugger* und *Pasewaldt* stellen die Entwicklungen und Tendenzen zu Strafverfolgung und internen Untersuchungen bei Korruptionsverdacht in einem Vergleich von USA, Großbritannien und Deutschland dar. Sie gehen von dem Umstand aus, dass bei Korruptions-sachverhalten mit internationalen Bezügen die materiellrechtlichen Voraussetzungen und drohenden Rechtsfolgen davon abhängen, welche Behörde auf welcher Grundlage tätig wird, was für die Entscheidung betroffener Unternehmen über das gebotene Vorgehen von Bedeutung sei. Ihre Erläuterung beginnen sie mit der Tätigkeit US-amerikanischer Ermittlungsbehörden, deren Rechtsgrundlagen in Gestalt des FCPA (Foreign Corrupt Practices Act von 1977) und den Zuständigkeiten der Börsenaufsicht SEC oder des Justizministeriums DOJ. Den sehr weiten Anwendungsbereich erklären sie ebenso wie die US Sentencing Guidelines und die Möglichkeiten, Strafmilderung zu erreichen, wenn nicht sogar mit einem DPA oder einem NPA die Strafverfolgung ganz vermieden werden könne. Für Großbritannien wird der UK Bribery Act als die rechtliche Grundlage des Antikorruptionsstrafrechts erläutert, für dessen Umsetzung die britische Strafverfolgungsbehörde für schwere Betrugsdelikte, das SFO (Serious Fraud Office) und die höchste britische Anklagebehörde CPS (Crown Prosecution Service) zuständig sei, die Strafen für Einzelpersonen und Unternehmen verhängen könnten. Auch insoweit stellen die Autoren den Anwendungsbereich der Regelungen, die Kooperationsmöglichkeiten und den Einsatz eines Monitors, der das Unternehmen berät und überwacht, vor. Die Regelung in Deutschland wird sodann in gleicher Systematik für die bestehende und die nach dem VerbStrG-E vorgeschlagene Rechtslage behandelt.

Mit dem Beitrag „Die Relevanz des deutschen Geldwäschestrafrechts bei Transaktionen im Ausland“ erläutert *Dierkes* aus der Sicht der Konzernrechtsabteilung der K+S AG das Risiko strafbarer Geldwäsche bei M&A-Transaktionen in Risikoländer. Wenn anlässlich einer Due-Diligence Informationen über steuerstrafrechtliche Ermittlungen im Zielunternehmen oder unzureichende Dokumentationen zu Kapitaltransfers in Drittländer festgestellt würden, stelle sich dem Erwerber die Frage, ob er sich einem Geldwäscherisiko aussetze. Zur Beantwortung der Frage geht der Autor anhand des § 261 StGB vor und erläutert den Gang der Prüfung in der Praxis: Die Feststellung der auch im Ausland strafbaren Vortat als Ursprung des Vorteils berge je nach Rechtsregime Schwierigkeiten, zwingt aber zu sorgfältiger Prüfung. Die dann nötige Feststellung des Kausalzusammenhangs i.S.e. Herrührens des Gegenstandes aus der Vortat stoße ebenfalls auf tatsächliche Unsicherheiten, weil der Rechtsrahmen unklar und durch die deutsche Rechtsprechung weit ausgelegt werde. Erschlichene Steuerrückerstattungen und ersparte

Aufwendungen sind sodann Fallgruppen, mit denen sich der Autor näher auseinandersetzt.

Pelz schließlich widmet sich in seinem Beitrag aus anwaltlicher Sicht der „Compliance in Hochrisikoländern“. Ausgehend von einer Bestandsaufnahme zur Entwicklung des Rechtsrahmens geht er auf besondere Gefährdungslagen ein, die sich aus Sicht deutscher Unternehmen in Hochrisikoländern ergeben: Facilitation Payments, landestypische Gepflogenheiten und unterschiedliche Rechtsrahmen kennzeichneten den behandelten Gefahrenrahmen. Daran anknüpfend stellt er mit dem Tone from the Top, Schulungen und Trainings, Kontrolle der Unternehmensprozesse im Ausland und der kontinuierlichen Risikoanalyse konkret die Erfordernisse an ein adäquates Compliance-Management dar.

Durch das Buch wird insgesamt ein guter Überblick zu aktuellen Fragen gegeben, die im Hinblick auf sanktionsbewehrtes Handeln von Unternehmen für die Rechtslage in Deutschland diskutiert bzw. durch deutsche Unternehmen in Ansehung der internationalen Rechtslage in der Praxis beantwortet werden. Besonders hervorzuheben ist, dass die behandelten Themen von eher abstrakt-theoretischen Zurechnungsfragen über verschiedene Unternehmenssanktionen bis hin zur praxisbezogenen Umsetzung der aus dem Sanktionsinstrumentarium folgenden Vorgaben in international aufgestellten Unternehmen reichen. Dass die Einzelthemen von einschlägig renommierten Experten behandelt wurden, die Einblick in internationale Zusammenhänge geben, sichert dem interessierten Leser einen hohen und praxisnahen Erkenntniswert.

TAGUNGSBERICHT

Forschungsprojekt ALPhA

Tagungsbericht zur Internationale Fachtagung zur Arzneimittelkriminalität am 20. und 21. Juni 2016 in Osnabrück

von *Wiss. Mit. Irene Öder, M.A.**

Das Forschungsprojekt „Auswirkungen der Liberalisierung des Internethandels in Europa auf den Phänomenbereich der Arzneimittelkriminalität“ (ALPhA) wurde vom Bundesministerium für Bildung und Forschung über einen Zeitraum von zwei Jahren mit einem Volumen von 1,7 Mio. Euro gefördert. Im Fokus des ALPhA-Forschungsprojekts stand dabei der Handel mit gefälschten Arzneimitteln über das Internet. Die Ergebnisse wurden am 20. und 21. 6. 2016 im Rahmen einer internationalen Fachtagung präsentiert. Im Osnabrücker Schloss erwarteten die Veranstalter mehr als 100 Teilnehmer aus ganz Europa sowie den USA.

Den Eröffnungsvortrag hielt *Jürgen Storbeck* (Direktor Europol a.D.) zur Thematik „Neue Märkte der OK am Beispiel der Arzneimittelkriminalität“. Herr *Storbeck* stellte zunächst fest, dass die PKS die tatsächliche Kriminalitätslage im Bereich der Arzneimittelkriminalität kaum abbilde. Dazu besser geeignet seien die Berichte der OECD, von Interpol und Europol. Hintergrund der mangelnden Abbildung in offiziellen Statistiken sei v.a., dass es sich bei der Arzneimittelkriminalität genau wie bei BtM-Delikten um ein Kontrolldelikt handle, das nur durch proaktive Ermittlungen der Strafverfolgungsbehörden in das Hellfeld gelange. Um aktuellen und zukünftigen Risiken besser begegnen zu können, müssten die Strafverfolgungsbehörden daher nicht nur reaktiv, sondern v.a. auch proaktiv und präventiv handeln.

Eine besondere Herausforderung sah Herr *Storbeck* in der oft langsamen Rechts(um)setzung innerhalb der EU. Die staatlichen Reaktionen seien viel zu langsam, gerade innerhalb der EU. Schon die Findung von Definitionen sei problematisch, bevor es überhaupt zu Handlungsaufforderungen in Form von Gesetzen käme (Bsp. OK-Definition). Auch bei den Rechtsgrundlagen herrsche häufig Verwirrung über Zuständigkeiten und die Zusammenarbeit der Strafverfolgungsbehörden sei in jedem Fall deutlich auszubauen.

Im Anschluss daran stellte Herr *Karlhans Liebl* (Hochschule der sächsischen Polizei, FH) einige Ergebnisse seiner empirischen Studie zu Rechtstatsachen vor, die insb. Ergebnisse aus mehreren Hell- und Dunkelfelderhebungen enthielten.

Mike Isles (Director ASOP EU/EEASM) beschäftigte sich

in seinem Vortrag mit möglichen Reaktionen, um Fälschungen von Arzneimitteln zu bekämpfen. Diese sah Herr *Isles* v.a. in durch Aufklärungskampagnen selbst gefälschte Seiten mit Informationen für den Kunden, eine google-Einbettung bei entsprechenden Suchbegriffen oben über den Suchergebnissen, einem Button, der es dem Kunden ermöglichen soll, Seiten auf ihre Legalität zu prüfen und v.a. eine verstärkere Zusammenarbeit mit den relevanten Akteuren des Internets (stakeholder). Für besonders wichtig hielt Herr *Isles* auch die Einbeziehung von Ärzten und Apothekern in die Prävention („doctors are key“).

Anschließend stellte *Nadega Anta* (Senior Operations Assistant, Interpol) die von Interpol durchgeführte Operation „PANGEA“ vor, die bereits zum 9. Mal stattfand. Sie führte aus, dass dabei eine ganze Reihe an gefälschten Medikamenten, aber auch falsche Instrumente (z.B. für Zahnärzte) und gefälschte Implantate gefunden und sichergestellt werden konnten. Zudem wurden mehrere Laboratorien ausgehoben. Für die Operation arbeiteten verschiedenste Behörden und Organisationen auf der ganzen Welt zusammen und konnten dabei rund 53 Mio. US-Dollar beschlagnahmen und 353 Festnahmen weltweit durchführen. Dafür wurden auch sog. SPOCS (single point of contact) eingerichtet, um die Operation zu koordinieren und die Teilnehmer zu informieren. Problematisch war dabei häufig die mangelnde Zusammenarbeit zwischen den Ländern und manchmal auch zwischen Behörden im selben Land. Durch den Einsatz der SPOCs und die Kooperation bei der Operation konnte die Zusammenarbeit aber verbessert und Daten sowie Ermittlungsmethoden ausgetauscht werden.

Mit gesundheitlichen Risiken gefälschter Arzneimittel beschäftigte sich *Dr. Bastian J. Venhuis* (Dutch National Institute for Public Health and the Environment, RIVM).

Herr *Dr. Venhuis* führte zunächst aus, dass bei Ermittlungsmaßnahmen sowohl die gefälschten Medikamente als Endprodukte als auch die Inhaltsstoffe selbst beschlagnahmt werden. Auch er bestätigte die Zunahme der Bestellung im Internet, da dies wegen schneller Bezahlung und schnellerem Bezug der Waren für die Kunden attraktiver sei. Herausforderungen sah *Dr. Venhuis* v.a. in den fehlenden Daten zu gesundheitlichen Schäden, der Frage,

* Die Verfasserin ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin im Department III: Kriminal- und Rechtswissenschaften, Fachgebiet 5: Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminalpolitik an der Deutschen Hochschule der Polizei in Münster.

wo Betroffene sich überhaupt melden können und das Unwissen darüber, welche Langzeiteffekte die Einnahme gefälschter Arzneien habe. Bei der Wahl zwischen Abschreckung und Aufklärung plädierte *Dr. Venhuis* klar für die Aufklärung.

Den Projektteil der rechtlichen Bekämpfungsmöglichkeiten leitete *Prof. Dr. Roland Schmitz* (Universität Osnabrück) mit einem Vortrag zu internationalen Vorgaben im Arzneimittelstrafrecht und nationalem Recht ein. Zunächst stellte *Prof. Dr. Schmitz* das AMG vor, das eine Umsetzung des Gemeinschaftskodex darstellt. Problematisch sei schon der Begriff des Arzneimittels, der zwar im nationalen Recht europarechtskonform umgesetzt worden sei, durch Rechtsprechung aber unscharfe Konturen erhalten habe. In Bezug auf die Medicrime-Convention (Verweis zu inhaltlichen Ausführungen auf den sog. Explanatorial Report) stellte *Prof. Dr. Schmitz* eine Reihe von Einzelvorschriften vor und deren Schwierigkeiten in der deutschen Umsetzung. Zu kritisieren sei auch, dass Deutschland die Convention zwar unterzeichnet, aber nicht ratifiziert bzw. umgesetzt hat. *Prof. Dr. Schmitz* plädierte gleichzeitig dafür, die rechtliche Möglichkeit sog. Vorbehalte zu nutzen, da einige der Regelungen der Convention eindeutig zu weit gingen und zu einer Überkriminalisierung führten. Besonders kritisierte er die unübersichtlichen Straf- und OWi-Vorschriften. Diese enthalten bis zu 23 Straftat- und 77 OWi-Tatbestände, die wiederum als Blankettvorschriften ausgestaltet sind und umfassend auf andere Vorschriften oder sogar Verordnungen verweisen. Dies verstoße seiner Ansicht nach gegen den Bestimmtheitsgrundsatz.

Prof. Dr. Arndt Sinn (Projektkoordinator und Direktor des ZEIS, Universität Osnabrück) stellte anschließend rechtsvergleichende Erkenntnisse aus den 28 EU-Mitgliedsstaaten vor. *Prof. Dr. Sinn* gab an erster Stelle ein paar allgemeine Empfehlungen zur Strafverfolgung ab. Dazu gehören seiner Meinung nach v.a. der Ausbau der Zusammenarbeit mit China, Indien und weiteren sog. third parties in Bezug auf Herstellung und Handel. Sonst ist die erste Kontaktstelle, die mit den gefälschten Produkten in Kontakt kommt, der Zoll. Zudem sollten die Warenströme an den EU-Außengrenzen strenger überwacht und mehr Ressourcen bei Polizei, Zoll und Justiz geschaffen werden. Bei OK-Verfahren sollte den Strukturermittlungen mehr Bedeutung beigemessen werden. Auf EU-Ebene müsse die Bekämpfung der Arzneimittelkriminalität mehr Priorität eingeräumt und das Thema zügig in Aus- und Fortbildung integriert werden. Er forderte zudem spezialisierte Fachdienststellen bei Polizei und Staatsanwaltschaften. Stark plädierte er dafür, dass Täter gem. § 129 StGB als kriminelle Vereinigung verfolgt werden sollten. Die rechtsvergleichenden Erkenntnisse der Alpha-Studie wurden mittels drei Fragebogenwellen in Bezug auf verschiedene Schwerpunkte wie z.B. den Arzneimittelbegriff, die Strafverfolgungsreaktionen in den Mitgliedsstaaten, Fragen der Rechtshilfe oder des Internethandels ermittelt. Die Zulässigkeit des Handels mit Arzneimitteln

(mit oder ohne Rezept) sowie die Voraussetzungen für den Betrieb einer Versandapotheke (DocMorris-Urteil des *EuGH*) waren in den Mitgliedsstaaten sehr unterschiedlich (bei letzterem ist in einigen Ländern eine Präsenzapotheke Voraussetzung für den online-Versand). Unterschiede bestehen auch hinsichtlich der Tathandlungen und der Sanktionen (unterschiedliche Straftatbestände und Strafraumen). Insbesondere bei grenzüberschreitenden Ermittlungen bestehe das Problem der Voraussetzung beiderseitiger Strafbarkeit. Fraglich sei, ob die Europäische Ermittlungsanordnung (EEA) eine Lösung bringe. Eine Mindestharmonisierung in Bezug auf Tatbestände und Strafraumen bzw. -höhen sei dringend geboten.

Im Anschluss gab Herr *Chris Vanstenkiste* (Cluster Manager Counterfeiting, Europol) Einblicke in die Rolle von Europol bei der Bekämpfung der Arzneimittelkriminalität. Herr *Vanstenkiste* stellte die Rolle von Europol bei der Bekämpfung von Fälschungskriminalität vor und verwies dabei zunächst auf den sog. SOCTA-Bericht 2013, der umfassend Ergebnisse dazu bereithält. Anschließend stellte er die „Operation Vigorali“ vor, die sich um den Verkauf von BtM drehte. Ursprünglich eine spanische Operation, wurde „Vigorali“ dann an Europol übergeben. In der Folge gründete sich ein JIT (Österreich, Estland, Frankreich, UK), der zusammen mit Eurojust die Bearbeitung der Fälle in diesen Mitgliedsstaaten übernahm. Dabei konnten verschiedene Bankkonten mit sehr hohen Umsätzen beschlagnahmt werden (Transfers u.a. nach Zypern, Kontoinhaber aus Ungarn). Abschließend wies Herr *Vanstenkiste* auf die Einrichtung des sog. IPC 3¹ hin (vormals Focal point „Copy“²).

Calum Jeffray (Royal United Services Institute, RUSI) forscht in Oxford zu den Themen „OK“ und Arzneimittelkriminalität und stellte zunächst die Schwierigkeiten dar, denen sich die Strafverfolgungsbehörden bei der Bekämpfung der Arzneimittelkriminalität stellen müssen. Unklar sei häufig, wie die handelnden Gruppierungen zusammengesetzt sind. Im Gegensatz zu Terrorgruppen seien diese speziellen OK-Gruppen eher unsichtbar und hätten auch gar kein Interesse, in die Öffentlichkeit zu treten. Schwierig sei es v.a., an mögliche Hintermänner, die häufig im asiatischen Ausland sitzen, heranzukommen. In Bezug auf mögliche Forschungsansätze plädierte Herr *Jeffray* für einen „ganzheitlichen“ Ansatz und verwies darauf, im Bereich OK neben Arzneimitteln auch Alkohol und Zigaretten in den Blick zu nehmen und sich mit den Auswirkungen des illegalen Handels zu beschäftigen. *Jeffray* bezeichnete diese Art der OK dann auch als modern und verwies auf das Vorgehen als „crime as a service“ mit hoher Arbeitsteilung der beteiligten Straftäter. Er sprach dabei auch von sog. „Poly-Kriminalität“, die den Tätern – auch durch die digitale Revolution – eine größere Bandbreite an Straftaten biete.

Als Vertreter des Europarates stellte *Oscar Alarcón* die sog. MEDICRIME Convention vor. Er verwies darauf, dass die Convention auch präventive und Schutzmaßnahmen für Betroffene enthält (Information, Unterstützung

¹ https://www.europol.europa.eu/latest_news/euro-pol%E2%80%99s-intellectual-property-crime-unit-wins-2015-global-anti-counterfeiting-awards.

² <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201306/20130617ATT67957/20130617ATT67957EN.pdf>.

bei Genesung, Schadensersatzansprüche). Auch die Kooperation mit anderen Behörden sind in der Convention in den Art. 17, 20, 21 geregelt.

Im Anschluss an die Darstellung der Lage, den rechtlichen Rahmenbedingungen und Herausforderungen bei der Bekämpfung der Arzneimittelkriminalität trug *Prof. Dr. Hans Schulte-Nölke* (Universität Osnabrück, European Legal Studies Institute (ELSI): zu zivilrechtlichen Mechanismen vor. *Prof. Dr. Schulte-Nölke* stellte in seinem Vortrag einen Teil des Alpha-Projektes und die dadurch ermittelten zivilrechtlichen „Instrumente“ dar. Er nahm Bezug auf Anspruchsgrundlagen im TMG, UWG u.a. Im Rahmen des klassischen Deliktsrechts plädierte er für eine ähnliche Regelung wie § 101 UrhG für Auskunftsansprüche im Arzneimittelrecht. Diese Ansprüche könnten gegenüber host und access providern, Werbetreibenden, Unternehmen und Banken ausgeübt werden. Interessant sei auch die Frage der Haftung des Originalherstellers nach der Figur der Verletzung von Verkehrssicherungspflichten. Die Rechtsgrundlage wäre dann § 823 I BGB. *Prof. Dr. Schulte-Nölke* sprach sich für eine Reform aus und hielt eine gesetzliche Regelung zur Haftung des Herstellers im AMG sowie eine Harmonisierung auf EU-Ebene für angebracht. Zur Durchsetzung der Ansprüche bestünde zudem ein Adressatenproblem, da häufig von den Tätern Strohmänner und unterkapitalisierte Gesellschaften eingesetzt würden. Nichtsdestotrotz solle gegen greifbare Vermittler und Beteiligte vorgegangen werden. Auch gegen evt. bestehende Zustellungs- und Vollstreckungsprobleme könne vorgegangen werden. Ein ggfs. bestehendes Erfahrungsdefizit könne durch Experimentalstudien behoben werden.

Anschließend hielt *Prof. Bernd J. Hartmann*, LL.M (Virginia), (Universität Osnabrück, Institut für Kommunalrecht und Verwaltungswissenschaft, IKV) einen Vortrag zu Wirtschaftsaufsicht und Datenschutz beim Arzneimittelhandel im Internet. Er wies darauf hin, dass die Datenschutzaufsicht selbst antragsberechtigt sei, um Ermittlungen in Gang setzen zu können und sei zur Ahndung von Ordnungswidrigkeiten befugt (Ausnahme: BaWü, Meck-Pomm, Saarland, dort andere Behörden). *Prof. Dr. Hartmann* plädierte in diesem Zusammenhang für eine Stärkung des Personals von Datenschutzbehörden, eine frühzeitige Einbeziehung derselben schon bei Zulassung von webshops zum Versand sowie für den Ausbau des Datenschutzes durch internationale, multilaterale Verträge, v.a. mit Drittstaaten, z.B. den USA.

Domenico di Giorgio (AIFA – The Italian Medicine Agency) gab dem Publikum einen Eindruck vom durch die EU geförderten FAKESHARE-Projekt.

Herr *di Giorgio* stellte das unter italienische Führung durchgeführte Projekt “fakeshare” vor, das sich mit dem Monitoring des Arzneimittelfälschungsmarktes, einer besseren Risikokommunikation mit der Bevölkerung sowie dem Vorgehen gegen bestimmte websites beschäftigte. Das Projekt sowie das bereits im Betrieb befindliche Websystem können unter www.fakeshare.eu besichtigt

werden.

Dr. Martin Steinebach (Fraunhofer-Institut für Sichere Informationstechnologie, SIT) stellte die sog. Crawler Technology vor. Diese soll dem Auffinden von illegalen Arzneimittelwebshops dienen. Die Motivation zur Projektdurchführung lag dabei in der Zielsetzung, ein automatisiertes Auffinden illegaler Angebote zum Medikamentenversand im Internet zu entwickeln. Der sog. „Crawler“ sollte dabei ein Werkzeug für Ermittler sowie eine Datenbasis für die Dunkelfeldforschung sein. Das Projekt sowie die Einsätze des Crawler-tools wurden abschließend evaluiert. Dabei wurde deutlich, dass eine rein automatisierte Suche nicht ausreicht, um entsprechend Ergebnisse zu erzielen. Von anfangs 14.000 Treffern nach einem Crawler-„Durchlauf“ blieben nach entsprechenden händischen Säuberungen (Duplikate, schon wieder offline gegangene Seiten, Unterseiten legaler Angebote) nämlich nur 200 Treffer übrig.

Tim Muntinga (Centre for Evidence-based Medicine, University of Oxford) stellte sein Forschungsprojekt vor, das auf zweierlei Art herauszufinden versucht, nach welchen Kriterien legale oder illegale Internetseiten zum Bezug von Arzneimitteln aufgerufen werden. Er setzte dabei eine eye-tracking-Software ein, die misst, wohin der Benutzer einer Webseite (hier ein google-Suchergebnis) vor allem schaut. Informationen finden sich dazu unter: <http://www.oii.ox.ac.uk/news/?id=1227>.

Ein ebenfalls EU-gefördertes Projekt stellten *Dr. Elisa Martini* (Project manager and Senior Researcher at e-Crime), und *Gabriele Baratto* (vice-project manager and Researcher at eCrime) mit FAKECARE (abrufbar unter www.fakecare.com) vor, das sich v.a. mit der Erhebung, Verarbeitung und Verbreitung von Wissen über den Handel mit gefälschten Medizinprodukten auseinandersetzt. Im Rahmen des Projekts wurde ein Label entwickelt, um legale und illegale Webseiten entsprechend für den Bürger sichtbar zu kennzeichnen. Zudem wurde ein sog. risk index entworfen, der von 0% (geringes Risiko für eine illegale Seite) bis 100% (hohes Risiko) verläuft. Abschließend gingen die Referenten auf die Frage nach der Sicherheit des EU-Logos ein und attestierten diesem eine äußerst niedrige Fälschungssicherheit. Schon mit grundlegenden IT-Kenntnissen und minimalem finanziellen Einsatz ließe sich das Logo fälschen.

Dr. Reinhard Hoferichter (securPharm) stellte mit securPharm im Anschluss daran eine Stakeholder-Initiative vor, die der Umsetzung der EU-Fälschungsrichtlinie (RL 2011/62/EU) in Deutschland dienen soll. Diese bereits in 2011 im EU-Amtsblatt veröffentlichte Richtlinie ist bis 2019 von den Mitgliedstaaten umzusetzen und enthält allgemeine Anforderungen zum Fälschungsschutz. Eine dazu ergangene delegierte Verordnung³, veröffentlicht am 9.2.2016 im EU-Gesetzblatt, enthält dann detailliertere Bestimmungen zur Umsetzung der EU-Vorgaben. Das securPharm-Konzept enthält dabei 2 Sicherheitsmerk-

³ http://ec.europa.eu/health/files/eudralex/vol-1/reg_2016_161/reg_2016_161_de.pdf.

male, mit der dem Vertrieb gefälschter Arzneimittel wirksam begegnet werden soll. Zum einen besteht eine Überprüfungsmöglichkeit auf Echtheit mit dem sog. PZN-Code, der an der Seite jeder Arzneimittelverpackung aufgedruckt werden wird. Dieser kann in der Apotheke gescannt und so auf Echtheit überprüft werden. Mit einem zweiten Sicherheitsmerkmal soll festgestellt werden, ob die äußere Umhüllung (Verpackung) manipuliert worden ist. Die Feststellung richtet sich nach der CEN-Norm DIN EN 16679⁴. Dabei stellte Herr *Hoferichter* klar, dass die Hersteller der Medikamente die Hauptverantwortung und auch die Hauptkostenlast in Bezug auf unverfälschte Medikamente tragen. Ziel in 2019 soll sein, dass jede Arznei in jeder Apotheke Europas verifiziert werden kann.

Jonas Rennoch (empirica) stellte mit „openMedicine“ ei-

nen europäischen Ansatz zur eindeutigen Identifizierung medizinischer Produkte in globalen Kontexten vor. Dieser beschäftigt sich ebenfalls mit den Möglichkeiten der technischen Sicherung vor gefälschten Arzneimitteln, diesmal auch mit einem grenzüberschreitenden Bezug. Mit der Kennzeichnung von bestimmten Merkmalen (Inhalts- bzw. Wirkstoffe, Verpackung und Präparat an sich = PCID, MPID, PhPID) soll es Patienten auch im Ausland möglich sein, Rezepte für Medikamente einzulösen, die es so in dem jeweiligen Ausland nicht gibt. Damit soll vorgebeugt werden, dass erneut ein Arzt aufgesucht und ein neues Rezept ausgestellt werden muss, was ggfs. dem einfacheren Weg, Medikamente (die ggfs. dann gefälscht sind) online zu bestellen, Vorschub leistet. Ergebnisse und Entwicklung des Konzepts können unter www.open-medicine.eu eingesehen werden.

⁴ <http://www.beuth.de/de/norm/din-en-16679/209267897>.