

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 Zöller

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 | 159 - 193

159 | Sinn und Unsinn der Strafbarkeit des Dopings – Eine Analyse

von Rechtsanwalt Dr. Ingo Bott und Prof. Dr. Wolfgang Mitsch

169 | Eine neue Ära im Gesundheitswesen – Was bringen die §§ 299a, 299b StGB?

von Rechtsanwalt Dr. Matthias Dann, LL.M

177 | Die StPO-Reform: Großer Wurf oder vertane Chance?

von Rechtsanwalt Dr. Eren Basar und Prof. Dr. Anja Schiemann

STELLUNGNAHMEN ZU GESETZENTWÜRFEN | 194 – 198

194 | Strafgrund und Ausgestaltung des Tatbestandes der Nachstellung

von Prof. Dr. Michael Kubiciel und Wiss.Mit. Nadine Borutta

ENTSCHEIDUNGEN | 198 – 205

199 | Ermittlungsverfahren gegen Jan Böhmermann

Vermerk zur rechtlichen Bewertung der *GenStA* Koblenz vom 13.10.2016

BUCHBESPRECHUNGEN | 206 – 212

206 | Schnitzer: Der Entwurf eines Verbandsstrafgesetzbuches

von Rechtsanwältin Dr. Sibylle von Coelln

210 | Maren Beck: Die DNA –Analyse im Strafverfahren

von Prof. Dr. Michael Jasch

EDITORIAL

In diesem Heft werden wir uns in zwei Beiträgen mit Strafrechtsnormen beschäftigen, die bereits – wenn auch erst seit kurzer Zeit – geltendes Recht sind. Beginnen werden *Mitsch* und *Bott* mit einer Analyse zu Sinn und Unsinn der Strafbarkeit des Dopings. Das Gesetz gegen Doping im Sport ist im Dezember letzten Jahres in Kraft getreten. Im Juni 2016 ist eine „neue Ära des Gesundheitswesens“ angebrochen, so beschreibt dies *Dann*, der die neuen §§ 299a, 299b StGB beleuchtet und die Frage stellt, was diese Neuregelungen denn tatsächlich bringen. *Basar* und *Schiemann* setzen sich mit dem Referententwurf eines Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens in Abgleich mit dem Bericht der Expertenkommission auseinander, die Empfehlungen zur Umsetzung einer entsprechenden Ausgestaltung des Strafverfahrens ausgesprochen hatte. Im Anschluss daran widmet sich der Beitrag von *Kubiciel* und *Borutta* Strafgrund und Ausgestaltung des Straftatbestands der Nachstellung und beleuchtet die durch den Regierungsentwurf geplanten Änderungen der Vorschrift. Im Entscheidungsteil finden Sie den Vermerk der Generalstaatsanwaltschaft Koblenz zur rechtlichen Bewertung des Ermittlungsverfahrens gegen *Böhmermann* wegen Beleidigung von Organen und Vertretern ausländischer Staaten und anderer Delikte vom 13.10.2016. Die Generalstaatsanwaltschaft kommt zu der Einschätzung, dass ein hinreichender Tatverdacht bezüglich aller in Betracht kommenden Delikte zu verneinen ist. Die beiden Rezensionen beschäftigen sich zum einen mit einer Dissertation zum Entwurf eines Verbandsstrafgesetzbuchs, zum anderen mit einer Betrachtung zur DNA-Analyse im Strafverfahren *de lege lata* und *de lege ferenda*.

Wegen der Feiertage haben sich die Herausgeber entschlossen, den Erscheinungsturnus der KriPoZ-Ausgaben insgesamt zu verschieben und aus diesem Grunde einmalig einen dreimonatigen Abstand zwischen zwei Erscheinungsterminen festzulegen. Im neuen Jahr erscheint daher das nächste Heft erst am 1. Februar 2017, danach wieder in regelmäßigem Abstand von zwei Monaten, also am 1. April, 1. Juni, 1. August, 1. Oktober und 1. Dezember. Natürlich werden die Newsletter-Abonnenten wie gewohnt im Abstand von einem Monat über kriminalpolitische Entwicklungen informiert.

Für alle KriPoZ-Leser gibt es nun im Editorial noch den kriminalpolitischen Rückblick auf die letzten zwei Monate.

Zwei Gesetze, über die wir Sie in den letzten Editorial-Ausgaben informiert haben, sind mittlerweile im Bundesgesetzblatt veröffentlicht worden. Am 15.10.2016 sind die Neufassungen und Ergänzungen der §§ 232 ff. StGB durch Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung des Menschenhandels und zur Änderung des Bundeszentralregistergesetzes sowie des Achten Buches Sozialgesetzbuch in Kraft getreten (BGBl. I 2016, 2226). Durch das Gesetz wird nun endlich die Richtlinie

2011/36/EU zur Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels und zum Schutz seiner Opfer in Deutschland umgesetzt, wobei eine Umsetzung eigentlich schon im Jahre 2013 hätte erfolgen müssen. Neben einer Anpassung der bestehenden Paragraphen werden mit § 232a und § 232b StGB Straftatbestände der Zwangsprostitution und Zwangsarbeit eingeführt.

Außerdem ist am 28.10.2016 § 36 des Prostituiertenschutzgesetzes (ProstSchG) in Kraft getreten, der eine Verordnungsermächtigung enthält, um die Mindestanforderungen an Prostitutionsstätten u.ä. und an die Anforderungen hinsichtlich des Gesundheits- und Sicherheitsschutzes zu bestimmen und um die Umsetzung der Meldeauflagen zu gewährleisten (BGBl. I 2016, 2372). Die anderen Regelungen des ProstSchG treten erst am 1.7.2017 in Kraft.

In den letzten beiden Monaten seit Erscheinen unseres 2. KriPoZ-Heftes sind zudem viele Gesetzentwürfe auf den Weg gebracht worden, vom Bundestag beschlossen und/oder vom Bundesrat gebilligt worden. So hat am 7.9.2016 die Bundesregierung in Umsetzung der EU Verordnung 2013/48/EU das zweite Gesetz zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten in Strafverfahren und zur Änderung des Schöffengerichtes vorgelegt (BT-Drs. 18/9534). Hierdurch werden u.a. die Anwesenheitsrechte des Verteidigers im Ermittlungsverfahren gestärkt, zudem sind Änderungen der Vorschriften zur Kontaktsperre vorgesehen.

Im September beschloss der Bundestag den Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Bekämpfung und Verbreitung neuer psychoaktiver Stoffe (BT-Drs. 18/8579). Da wegen des Urteils des *EuGH* vom 10.7.2014 (Az. C-358/13; C-181/14) neue psychoaktive Stoffe i.d.R. nicht mehr als Arzneimittel i.S.d. AMG eingeordnet werden konnten, entstand eine Strafbarkeitslücke für solche psychoaktiven Stoffe, die noch nicht in die Anlage des BTMG aufgenommen worden waren. Durch das Neupsychoaktive-Stoffe-Gesetz (NpSG) wird diese Lücke geschlossen. Vorgesehen ist ein verwaltungsrechtliches Verbot des Umgangs mit diesen Stoffen und eine Strafbarkeit des Handelns, Inverkehrbringens, Verbreitens, Herstellens und Verbringens.

Ebenfalls im September hat der Bundesrat die Reform des Sexualstrafrechts gebilligt, so dass das Gesetz zur Änderung des Strafgesetzes – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung nun nach Veröffentlichung im Bundesgesetzblatt in Kraft treten kann. Zu den vorgesehenen Änderungen konnten Sie in den letzten beiden KriPoZ-Ausgaben jeweils einen Aufsatz von *Hörnle* und *Papathanasiou* lesen.

Außerdem hat der Bundesrat im September einem Gesetzentwurf der Länder Hessen und Nordrhein-Westfalen zur Bekämpfung illegaler Autorennen zugestimmt und diesen an den Bundestag weitergeleitet. Der Gesetzent-

wurf zur Strafbarkeit nicht genehmigter Kraftfahrzeugrennen im Straßenverkehr sieht die Einfügung eines neuen Straftatbestandes § 315d StGB-E „Verbotene Kraftfahrzeugrennen“ vor. Des Weiteren wird die Einziehung des Tatfahrzeugs möglich und die Fahrerlaubnis kann entzogen werden.

Der Bundesrat hat zudem dem Bundestag im September einen Gesetzentwurf zum „digitalen Hausfriedensbruch“ vorgelegt, der mit der Einfügung eines neuen Straftatbestandes § 202e StGB-E den Schutz der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme gewährleisten soll. Dagegen hat er beim Gesetzentwurf zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung noch Optimierungsbedarf gesehen (BR-Drs. 418/16).

Im Oktober hat die Bundesregierung den Gesetzentwurf zur Verbesserung des Schutzes gegen Nachstellung in den Bundestag eingebracht (BT-Drs. 18/9946). Die vorgesehenen Änderungen des „Stalking“-Paragrafen werden in dieser Ausgabe von *Kubiciel* und *Borutta* beleuchtet. Außerdem hat die Bundesregierung in Umsetzung der CSR-Richtlinie den Gesetzentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der nichtfinanziellen Berichterstattung der Unternehmen in ihren Lage- und Konzernlageberichten in den Bundestag eingebracht (BT-Drs. 18/9982). Unternehmen müssen hiernach künftig z.B. Angaben zu Umwelt-, Arbeitnehmer- und Sozialbelangen, zur Achtung der Menschenrechte und zur Korruptionsbekämpfung machen. Börsennotierte Unternehmen sollen über ihr Diversitätskonzept berichten. Verstöße gegen die Berichtspflichten können straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlich geahndet werden.

Beim Entwurf des Gesetzes zur Erweiterung der Medienöffentlichkeit in Gerichtsverfahren (EMöGG) hat der

Bundesrat in einer am 14.10.2016 beschlossenen Stellungnahme noch Optimierungsbedarf gesehen (BR-Drs. 492/16). Keine Einwendungen hatte er dagegen bereits im September gegen den Entwurf eines Gesetzes zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienstes, so dass der Bundestag die Reform des BND-Gesetzes am 21.10.2016 verabschieden konnte. Durch die Gesetzesänderung sollen spezielle rechtliche Grundlagen für die Ausland-Ausland Fernmeldeaufklärung sowie die Kooperation mit öffentlichen Stellen anderer Staaten geschaffen werden. Außerdem ist die Einrichtung eines unabhängigen Gremiums vorgesehen, um die Ausland-Ausland Fernmeldeaufklärung zu überprüfen.

Im Oktober hat die Fraktion Bündnis 90/die Grünen eine zukunftsfähige Unternehmensverantwortung und wirksame Sanktionen bei Rechtsverstößen von Unternehmen gefordert (BT-Drs. 18/10038). Die Bundesregierung soll hierzu einen Gesetzentwurf vorlegen, der die bestehenden Regelungen zur Sanktionierung von Unternehmen und Verbänden in einem eigenständigen Gesetz zusammenfasst, deren Tatbestände erweitert, sie mit neuen Rechtsfolgen versieht und durch verfahrensrechtliche Vorschriften ergänzt. Zudem haben Bündnis 90/die Grünen einen Antrag gestellt, um Lehren aus den Ermittlungen wegen Landesverrats zu ziehen und die Pressefreiheit von Journalistinnen und Journalisten besser zu schützen (BT-Drs. 18/10036). Dazu wird die Bundesregierung aufgefordert, einen Gesetzentwurf vorzulegen, mit dem die Definition des Staatsgeheimnisses präzisiert und im Allgemeinen Teil beim Titel „Täterschaft und Teilnahme“ ein neuer § 31a StGB zum Schutz der Medienfreiheit eingefügt wird. Ebenfalls wird vorgeschlagen, u.a. die Straftatbestände §§ 238, 353d StGB zu ändern und die Strafprozessordnung entsprechend anzupassen.

Prof. Dr. Anja Schiemann

ALLGEMEINE BEITRÄGE

Sinn und Unsinn der Strafbarkeit des Dopings – Eine Analyse

von Rechtsanwalt Dr. Ingo Bott und

Prof. Dr. Wolfgang Mitsch *

Abstract

Die durch das neue Antidopinggesetz erweiterte Mobilisierung des deutschen Strafrechts zur Befreiung des Spitzensports von der Plage des Dopings stößt auf Zustimmung und Ablehnung zugleich. Letzteres ist eine verbreitete Haltung unter Juristen, die sich mit dem Strafrecht beschäftigen, also dem Fach und Rechtsgebiet, das mit besonderem Nachdruck dem Juristen zum – nach Radbruch – gebotenen „schlechten Gewissen“ verhelfen dürfte. Für die Begeisterung, die dem Gesetz aus anderen Quellen entgegenschlägt, können die beiden sportbegeisterten Autoren kein rechtes Verständnis aufbringen.

I. Die Kernfrage nach der strafrechtlichen Bekämpfbarkeit von Doping

Unsere erste These dürfte wenig Widerspruch ernten: Doping ist eine der größten Herausforderungen der Sportgeschichte.¹ Dazu ist es nahezu allgegenwärtig: Ben Johnson (Leichtathletik),² Lance Armstrong (Radsport),³ Maria Sharapowa (Tennis).⁴ Die Namen der Sportler sind ebenso bekannt, wie die dazu gehörenden Dopingskandale. Die Liste wäre fast beliebig verlängerbar und ließe sich auf fast jede Sportart ausdehnen.⁵

Die zweite These steuert der Gesetzgeber bei: Ohne das Strafrecht ist der Dopingproblematik nicht beizukommen. Zuzugeben ist, dass der Gesetzgeber das nicht selbst explizit so formuliert. Außer Frage steht allerdings mit dem Bundesverfassungsgericht, dass das vielbeschworene scharfe Schwert des Strafrechts nur dann „als ‚ultima ratio‘ des Rechtsgüterschutzes eingesetzt“ wird, „wenn ein bestimmtes Verhalten über sein Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich ist.“⁶

* Dr. Ingo Bott ist Rechtsanwalt in der auf Wirtschafts- und Strafrecht ausgerichteten Kanzlei Wessing & Partner in Düsseldorf. Prof. Dr. Wolfgang Mitsch ist Inhaber der Professur für Strafrecht mit Jugendstrafrecht und Kriminologie an der Universität Potsdam.

¹ Vgl. zur These Hilpert, Sportrecht und Sportrechtsprechung im In- und Ausland 2007, S. 309.

² Olympia in Seoul 1988.

³ Tour de France 1999-2005 und Olympia in Sydney 2000.

⁴ Australian Open in Melbourne 2016.

⁵ Vgl. zur Dopingdiskussion im Schach: <http://www.sueddeutsche.de/sport/doping-im-schach-die-gespritzte-figur-1.473816> (zuletzt abgerufen am 11.10.2016).

⁶ Vgl. BVerfG, NJW 2008, 1137 (1138).

Am 10.12.2015 hat der Bundestag in diesem Zusammenhang das am 18.12.2015 in Kraft getretene Gesetz gegen Doping im Sport (AntiDopG) beschlossen, obwohl die strafrechtliche Sanktionierung von Doping erst am 13.08.2013 durch das dritte Gesetz zur Änderung arzneimittelrechtlicher und anderer Vorschriften erweitert worden war.⁷

Der Beitrag fragt danach, ob und inwieweit dieser Schritt gerechtfertigt war, wie sich die derzeitige Rechtslage darstellt und insbesondere danach, auf welche möglichen Konsequenzen sich Sportlerinnen, Sportler, Sportvereine und Sportverbände zukünftig einzustellen haben.⁸

Besondere Schwerpunkte liegen dabei auf der durch das AntiDopG neu eingeführten Strafbarkeit des Selbstdopings und der Frage, ob und wie Kollektivstrafen, wie sie das Verbands- und teilweise heute auch das Strafrecht *de lege ferenda* kennen, künftig im Dopingkontext vorstellbar sind.

II. Die Schutzzwecke des AntiDopG

Das AntiDopG dient nach § 1 der Bekämpfung des Einsatzes von Dopingmitteln und Dopingmethoden im Sport, um die Gesundheit der Sportlerinnen und Sportler zu schützen, die Fairness und Chancengleichheit bei Sportwettbewerben zu sichern und damit zur Erhaltung der Integrität des Sports beizutragen. Strafbar sind nach § 4 AntiDopG sowohl das Doping durch einen anderen (§ 2 AntiDopG), als auch das Selbstdoping (§ 3 AntiDopG).

Zwar wird der Begriff des Dopings nicht legaldefiniert, die Bezugnahme des § 1 AntiDopG auf Sportler und Sportwettbewerb zeigt aber, dass sich Doping im Sinne des Gesetzes aus den Komponenten der künstlichen Leistungssteigerung und des Erreichens dieses Ziels durch die Zuführung oder Verwendung medizinisch nicht indizierter oder sogar verbotener Substanzen zusammensetzt.⁹

⁷ Nach der Neuerung des AMG war insbesondere erstmals neben dem Besitz auch der Erwerb strafbar.

⁸ Zum Zweck der einfacheren Lesbarkeit verwendet der Beitrag fortan die Allgemeinbezeichnung „Sportler“. Diese versteht sich nicht geschlechtsspezifisch.

⁹ Vgl. Corsten/Kuse, ZJS 2013, 453; Linck, NJW 1987, 2545 (2546 f.) mit einem Überblick der „schillernden“ allgemeinen Definition

1. Gesundheit der Sportlerinnen und Sportler

a) Bisheriger Gesundheitsschutz im Sport

Die Gesundheit eines Menschen ist zu Recht grundrechtlich geschützt. Jeder hat das Recht auf körperliche Unversehrtheit, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG.

Es ist zweifelsohne ein wünschenswertes Anliegen, diejenigen, die gedopt, also mit illegalen Wirkstoffen behandelt werden sollen, zu schützen. Das gilt umso mehr in einer Zeit, in der die umfassende ärztliche Betreuung von Sportlern nicht nur zu deren Gunsten, sondern auch zu deren Nachteil wirken mag. Zu denken ist dabei etwa an den „bunten Strauß von Arzneien“, den die Fußballnationalmannschaft der Ukraine nach ihrem Ausscheiden bei der Europameisterschaft 2016 in Frankreich zurückließ.¹⁰

Jedenfalls dort, wo die Applikation eines Dopingmittels eine körperliche Beeinträchtigung des Sportlers zur Folge hat, war dies allerdings auch vor Erlass des AntiDopG strafbewehrt.

b) Schutz des Lebens durch Tötungsdelikte

Doping kann zum Tod führen.¹¹ Nimmt der das Dopingmittel verabreichende Dritte die tödliche Wirkung des Mittels billigend in Kauf, unterfiel – und unterfällt – das den vorsätzlichen Tötungsdelikten der §§ 211 f. StGB. Auch die fahrlässige Tötung war und ist hier strafbar, § 222 StGB. Eine solche kann in Betracht kommen, wenn die Verabreichung des Dopingmittels, welches in Art und Wirkung nur dem Übergebenden bekannt ist, dem Sportler selbst überlassen wird. Die Strafbarkeit desjenigen, der den Akt der Selbstgefährdung veranlasst, ermöglicht oder fördert, beginnt dann, wenn er erkennt, dass das Opfer die Tragweite seines Entschlusses nicht überblickt. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für sich ergebende Folgen knüpft daran an, dass der ein Mittel Übergebende kraft überlegenen Sachwissens das Risiko besser erfasst, als der sich selbst Gefährdende.¹²

des Dopingbegriffs. Ohne Rückgriff auf das Merkmal der Leistungssteigerung kommt dagegen die Definition des BMI aus: „Doping im Sport bezeichnet die Verabreichung pharmakologischer Gruppen von Dopingwirkstoffen oder Dopingmethoden an Sportlerinnen und Sportler oder die Anwendung solcher Wirkstoffe oder Methoden durch diese Personen.“, vgl. http://www.bmi.bund.de/DE/Service/Glossar/_functions/glossar.html;jsessionid=BFC362A250C9B10E35E7B61478531F16.2_cid287?nn=105094&lv2=5222758 (zuletzt abgerufen am 11.10.2016).

¹⁰ Vgl. Spiegel Online vom 30.06.2016, <http://www.spiegel.de/gesundheit/diagnose/em-2016-spritzen-und-schmerzmittel-im-muellbeutel-eines-teamhotels-a-1100601.html> (zuletzt abgerufen am 11.10.2016): „Spritzen und Schmerzmittel im Müllbeutel“. Ein Dopingverstoß lag in den zurückgelassenen Mitteln allerdings nicht.

¹¹ Tom Simpson (Tour de France 1967), Birgit Dressel (Siebenkampf, 1987).

¹² Vgl. BGH, NStZ 1986, 266 (267); BGH, NJW 1984, 1469 (1470); NStZ 2006, 100 (101); Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 45. Aufl. (2015), Rn. 269.

c) Schutz der körperlichen Integrität durch Körperverletzungsdelikte

Erhält der Sportler durch einen Dritten „nur“ eine leistungsfördernde Substanz, unterfiel und unterfällt dies auch weiter aufgrund der Neben- oder Folgewirkungen für die körperliche Integrität abhängig von der subjektiven Haltung des Verabreichenden den Körperverletzungstatbeständen, §§ 223 ff., 229 StGB.¹³ Richtet das verabreichte Dopingmittel Schäden an, ist es für eine Strafbarkeit nach dem StGB unerheblich, ob es auf einer Dopingliste erfasst ist.¹⁴ Eine Einwilligung in die entstehenden Nachteile konnte im Sinne des § 228 StGB aufgrund des Verstoßes gegen den sport-ethischen Gedanken der Fairness und Chancengleichheit bereits vor Erlass des AntiDopG unter generalpräventiven Gesichtspunkten als unwirksam gelten.¹⁵

d) Strafbarkeit des Selbstdopings

Das AntiDopG macht bei Eingriffen in die körperliche Integrität durch einen anderen jedoch nicht Halt. Darüber hinaus hat es auch den Anspruch, Sportler vor sich selbst zu schützen. Konkret ist es strafbewehrt, ein Dopingmittel oder eine Dopingmethode bei sich anzuwenden oder anwenden zu lassen, §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 Nr. 4 AntiDopG. Der das Dopingmittel Konsumierende ist in diesen Konstellationen kein Opfer. Kein anderer hat ein höheres Sachwissen oder eine umfassendere Einsicht. Der Dopende handelt vielmehr als Täter gegen sich selbst. Bereits auf den ersten Blick erscheint das mit dem Übermaßverbot schwer vereinbar.

Fraglich ist, ob und wie die selbstgewählte Beeinträchtigung der eigenen körperlichen Integrität mit dem Gesundheitsschutz vereinbar ist. Bedenklich ist der Ansatz zunächst, da er dem gerade im Zusammenhang mit Straftaten gegen die körperliche Unversehrtheit entwickelten Prinzip der Eigenverantwortlichkeit entgegensteht.¹⁶ Der durch die strafrechtliche Sanktionierbarkeit transportierte staatliche Eingriff ignoriert indessen nicht nur die allgemein anerkannte Möglichkeit einer freiverantwortlichen Selbstschädigung, sondern geht weit darüber hinaus.

Die Kehrseite eines strafrechtlichen Verbots ist die staatlich formulierte Verhaltenserwartung im Sinne eines Gebots. Zu fragen ist an dieser Stelle, wozu ein Mensch zum Schutz seiner selbst gezwungen werden darf. Die Frage ist dabei allein auf die Konstellation des Dopings beschränkt. Andere Selbstverletzungen bleiben weiterhin erlaubt, etwa der übermäßige Konsum von Alkohol, Nikotin, Zucker oder Selbstverletzungen zum sexuellen Lustgewinn.

Bevor zu überlegen ist, ob der Gesundheitsanspruch des Einzelnen mangels vernünftiger Einsicht zwingend eines

¹³ Vgl. Kargl, NStZ 2007, 489 (490); Linck, NJW 1987, 2545 (2549).

¹⁴ Vgl. zur Unabhängigkeit der Beeinträchtigungsbetrachtung von Dopinglisten Linck, NJW 1987, 2545 (2549).

¹⁵ Vgl. Kargl, NStZ 2007, 489 (490); Linck, NJW 1987, 2545 (2551).

¹⁶ BGH, NStZ 2014, 709 (714); BGH, NStZ 2009, 148 (149); BGH, NStZ 1984, 410 (410); Sternberg-Lieben/Schuster, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 15 Rn.167.

staatlichen Protektionismus im Sinne einer Strafandrohung für Fehlverhalten (ausschließlich) in Dopingfällen bedarf, soll beleuchtet werden, wie sich die Rechtslage bislang darstellte. Zu fragen ist damit danach, ob die „dopingfreie Gesundheit“ tatsächlich etwas Neues ist. In diesem Zusammenhang sind insbesondere die Vorgängerregelungen des AMG in den Blick zu nehmen.

Nach § 96 Nr. 11 AMG a.F. machte sich strafbar, wer Dopingmittel, die unter den Begriff der Arzneimittel, § 3 AMG, fallen – was bei den meisten Dopingsubstanzen der Fall ist –, ohne Vorlage einer ärztlichen Verschreibung an Sportler oder Betreuer abgab. § 95 Abs. 1 Nr. 2a AMG a.F. stellte in Verbindung mit § 6a AMG a.F. die „Verschreibung“, die „Anwendung von Dopingmitteln bei anderen“ sowie das „Inverkehrbringen“ unter Strafe.¹⁷ Verfolgbar waren damit ausschließlich die „Hintermänner“, damit Ärzte, Hersteller, oder Trainer.¹⁸ Das bedeutete allerdings nicht, dass der selbst Dopende kein strafrechtlich relevantes Risiko einging. Nach §§ 95 Abs. 1 Nr. 2 lit. b AMG a.F. i.V.m. § 6a Abs. 2a AMG a.F. war vielmehr auch der Besitz oder Erwerb eines Mittels in nicht geringer Menge zu Dopingzwecken im Sport strafbar.¹⁹

Damit war auch das Eigendoping strafbewehrt, dies selbst dann, wenn es mit einem Besitz von Dopingmitteln außerhalb eines sportlichen Wettbewerbs statt fand, etwa seitens eines Bodybuilders „ausschließlich zum Eigenverbrauch, um seinen Körper – aus seiner Sicht – zu verschönern“.²⁰ Das Amtsgericht Rosenheim erkannte dazu in einem 2010 entschiedenen Fall: „Das Gesetz stellt damit auf das abstrakte Gefährdungspotential der im Sport verwendeten Dopingmittel ab und nicht auf die konkrete Gefährdung im Einzelfall.“²¹ Daraus folge: „Es trifft zu, dass der Gesetzgeber damit die reine Selbstgefährdung unter Strafe stellt. Zu berücksichtigen ist aber, dass die Strafbarkeit erst ab dem Besitz einer vom Bundesministerium für Gesundheit im Einvernehmen mit dem Bundesministerium des Innern verordneten nicht

geringen Menge beginnt. Gedanke des Gesetzgebers ist dabei der Schutz der Bevölkerung vor der Gefahr, dass nicht geringe Mengen dieser Stoffe hier leichter weiter verbreitet werden und auch bei bloßem Eigenkonsum die Gefahr einer erheblichen Gesundheitsgefährdung evident vorhanden ist.“²²

Auch nach dem AntiDopG bleibt der bloße Besitz von Dopingmitteln strafbar, §§ 4 Abs. 2, 3 Abs. 4 AntiDopG. Nach § 3 Abs. 4 S. 2, Abs. 1 S. 2 AntiDopG soll das jedoch dann nicht gelten, wenn kein Wettbewerbsbezug besteht. Durch diese Einschränkung ist das AntiDopG enger als die Vorgängerregelung des AMG, durch den Verzicht auf eine mengenmäßige Beschränkung wiederum weiter. Einen Weg zur Straflosigkeit eröffnet allein die nachstehend darzustellende tätige Reue, § 4 Abs. 8 AntiDopG.

Zusammenfassung: Mit dem Zweck des Gesundheitsschutzes geht kein Mehr an Rechtsklarheit einher. Auch vor dem AntiDopG war eine Bestrafung des Besitzes von Dopingmitteln zum Eigengebrauch strafbar. Neu ist damit allein die Strafbarkeit einer Selbstschädigung zu Dopingzwecken. Diese steht allerdings nicht nur in Widerspruch zu den sonstigen strafrechtlichen Grundsätzen und der Systematik des StGB. Es bleibt außerdem insbesondere fraglich, welcher positive Zweck zum Schutz der Gesundheit mit einer Strafandrohung gegenüber einem sich aus freien Stücken selbst an der Gesundheit Schädigenden erreicht werden könnte.

2. Fairness

Anders als der Begriff der Gesundheit ist das Konzept „Fairness“ strafrechtlich nicht vorgeprägt. Im deutschen Rechtsraum kommt es bislang, wenn überhaupt, im Rahmen des Wettbewerbsrechts zum Ausdruck. Setzte man „(un)fair“ nun mit „(un)lauter“ gleich, ginge das in Richtung eines sportspezifischen Wettbewerbsrechts. Tatsächlich sind aufgrund der wirtschaftlichen Dimensionen, in welchen sich der professionell organisierte Sport, an den sich das AntiDopG – vermeintlich ausschließlich – richtet, vgl. § 3 Abs. 1 S. 2, Abs. 3, Abs. 4 S. 1 AntiDopG, Parallelen zum klassischen, durch das UWG normierten Wirtschaftswettbewerb nicht von der Hand zu weisen.²³

Fraglich ist aber, ob die Strafgesetzgebung tatsächlich einen Beitrag zu leisten vermag, um den Sport wettbewerbsoffener zu halten. Zu beachten ist dabei, dass dem professionellen Sport Regeln und Organisation immanent sind. Sportarten und Sportler sind in Verbänden organisiert, die wiederum einem spezifischen Verbandsrecht und der Jurisdiktion sportgerichtlicher Rechtspre-

¹⁷ Bis zu seiner Aufhebung durch Art. 2 des Gesetzes zur Bekämpfung von Doping im Sport am 18.12.2015 lautete § 6a Abs. 1 AMG a.F. – Verbote von Arzneimitteln zu Dopingzwecken im Sport, Hinweispflichten: „Es ist verboten, Arzneimittel nach Absatz 2 Satz 1 zu Dopingzwecken im Sport in den Verkehr zu bringen, zu verschreiben oder bei anderen anzuwenden, sofern ein Doping bei Menschen erfolgt oder erfolgen soll.“

¹⁸ Zum Widerruf einer Apothekenbetriebslaubnis bei Ausgabe von dopinggeeigneten Mitteln vgl. *VG Berlin v.* 19.5.2010 – 14 K 45.09.

¹⁹ § 6a Abs. 2a AMG a.F. lautete: „Es ist verboten, Arzneimittel oder Wirkstoffe, die im Anhang zu diesem Gesetz genannte Stoffe sind oder enthalten, in nicht geringer Menge zu Dopingzwecken im Sport zu erwerben oder zu besitzen, sofern das Doping bei Menschen erfolgen soll.“

Bis zu seiner Aufhebung durch Art. 2 des Gesetzes zur Bekämpfung von Doping im Sport am 18.12.2015 lautete § 95 Abs. 1 Nr. 2b AMG a.F. – Strafvorschriften: „Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer entgegen § 6a Absatz 2a Satz 1 ein Arzneimittel oder einen Wirkstoff erwirbt oder besitzt.“

²⁰ *AG Rosenheim v.* 5.5.2010 – 7 Ds 270 Js 1745/09, Rn. 12 (zit. nach juris). Zur Einstufung des Bodybuildings als Sport i.S.d. § 95 Abs. 1 Nr. 2a AMG a.F. vgl. auch BT-Drs. 13/9996 S. 13; *BGH, NJW* 2014, 325; *BGH NStZ* 2012, 218.

²¹ *AG Rosenheim v.* 5.05.2010 – 7 Ds 270 Js 1745/09, Rn. 62 ff. (zit. nach juris).

²² *a. a. O.* Rn. 67 f.

²³ Mit guten Gründen kann daher die Manipulation eines Wettbewerbs grds. nach § 263 StGB zum Nachteil etwa des Sponsors, des Veranstalters oder des Preisstifters strafbar sein, vgl. *Kargl, NStZ* 2007, 489 (491 ff.); vgl. zu der grds. ebenfalls betrugsrelevanten Konstellation eines dopenden Radprofis gegenüber seinem Rennstall *LG Stuttgart v.* 29.10.2013 – 16 KLs 211 Js 88929/08 – SpuRt 2014, 209.

chung unterliegen.²⁴ So ist es nach § 4 Nr. 1 lit. j) der Satzung des Deutschen Fußball-Bundes (DFB) Aufgabe des Verbandes, „die Integrität des sportlichen Wettbewerbs zu gewährleisten und hierzu alle notwendigen wettbewerbssichernden Maßnahmen zu treffen“.²⁵ An dieser Stelle macht das Sinn: Ohne einen sportlichen Wettbewerb wäre die gesamte Grundlage des Sportverbandes in Frage gestellt. Entsprechend finden sich vergleichbare Erklärungen auch in den Satzungen anderer Verbände.²⁶

Bleiben wir bei der Satzung des DFB: Dieser hat nach § 4 Nr. 1 lit. k) die Aufgabe, „das Dopingverbot zu beachten und durchzusetzen, um Spieler vor Gesundheitsschäden zu bewahren und Fairness im sportlichen Wettbewerb und Glaubwürdigkeit im Fußballsport zu erhalten. Der DFB stellt sicher, dass zu diesem Zweck Doping-Kontrollen durchgeführt werden“.²⁷ Die Parallelen zu § 1 AntiDopG sind augenfällig. Gänzlich unterschiedlich ist allerdings der Hintergrund: Während eine verbandsbezogene Sanktion erfordert, dass sich ein Sportler aus freien Stücken dem Recht des Verbandes unterwirft, beansprucht das Strafrecht Allgemeingültigkeit. Dennoch bietet es kein Mehr an Schutz des Wettbewerbs. Im Gegenteil: Die Verbandsmaßstäbe gehen über den „sportstrafrechtlichen“ Bereich regelmäßig hinaus. Zu denken ist etwa an einen Athleten, der vor dem Wettkampf Alkohol konsumiert („Zielwasser“).²⁸ Während dies nach dem fairnessschützenden AntiDopG straflos bliebe, erfolgte nach dem fairnessschützenden Verbandsrecht eine Sanktion.

Festzuhalten ist damit, dass die Fairness im sportlichen Wettbewerb nicht nur für sich ein konturenloser Begriffsklotz ist. Auch eine Anlehnung an den verbandsrechtlich formulierten Fairnessgedanken kommt kaum in Betracht.

Zusammenfassung: Die Fairness im Sport wird jeweils sportverbandsrechtlich geschützt. Da es sich dabei um eine Existenzgrundlage des sportlichen Wettbewerbs handelt, ist das sinnvoll, zugleich aber auch genügend.

²⁴ Vgl. als Überblick zum Fußball <http://www.dfb.de/verbandsservice/verbandsrecht/>; <http://www.dfb.de/verbandsservice/verbandsrecht/verbandsgerichtsbarkeit/> (zuletzt abgerufen am 11.10.2016).

²⁵ http://www.dfb.de/fileadmin/_dfbdam/66978-02_Satzung.pdf (zuletzt abgerufen am 11.10.2016).

²⁶ § 2.1 Satzung des Deutschen Leichtathletik-Verbandes (DLV): http://www.leichtathletik.de/fileadmin/user_upload/12_Service/Wettkampforganisation/01_Bestimmungen_Satzung_Vordrucke/DLV-Satzungen_Ordnung/Satzung.pdf (zuletzt abgerufen am 11.10.2016); § 1.9 Satzung des Deutschen Turner-Bundes (DTB): http://www.dtb-online.de/portal/fileadmin/user_upload/dtb.redaktion/Internet-PDFs/Verband/Struktur_Fakten/Verbandsdokumente/Satzungen_Ordnungen/DTB-Satzung_2014_Stand_Maerz_2015_.pdf; § 2 o) Satzung des Deutschen Handball-Bundes (DHB): http://dhh.de/fileadmin/in/downloads/satzungen_ordnungen/DHB-Satzung_01_07_2016.pdf (zuletzt abgerufen am 11.10.2016); § 2 Nr.2 c), d) Satzung des Deutschen Eishockey-Bundes (DEB): <http://www.deb-online.de/wp-content/uploads/2015/02/Satzung-18.04.15.pdf> (zuletzt abgerufen am 11.10.2016).

²⁷ http://www.dfb.de/fileadmin/_dfbdam/66978-02_Satzung.pdf (zuletzt abgerufen am 11.10.2016).

²⁸ Vgl. Linck, NJW 1987, 2545 (2547).

Die Einführung eines „Sportwettbewerbsstrafrechts“ leistet darüber hinaus keinen Mehrwert. Sie vermengt nicht nur das freiwillig angenommene Verbandsrecht mit öffentlichen Interessen. Darüber hinaus bleibt der gewährleistete Schutz regelmäßig hinter „bloßem“ Verbandsrecht zurück.

3. Chancengleichheit bei Sportwettbewerben

Mit dem nicht weiter umschriebenen Konzept der Chancengleichheit gibt der Gesetzgeber zugegebenermaßen Rätsel auf. Anders als bei der Fairness hilft hier auch keine Anleihe bei gängigen Satzungen weiter. Zwar ist anzunehmen, dass sich der Gesetzgeber insbesondere bei der Ausformulierung der Zwecke eines schon vorab nicht unumstrittenen Gesetzes Gedanken darüber macht, wie diese Zwecke zu bestimmen seien. Dennoch übersteigt es die Phantasie der Autoren, worin, jenseits von Wortklaubereien (das eine objektiv, das andere subjektiv empfunden?) der Unterschied zwischen Fairness und Chancengleichheit liegen mag. Bis das nicht geklärt ist, bleibt es bei den im vorherigen Abschnitt benannten Vorbehalten.

Erlaubt sei allerdings die Frage, wie sich der strafrechtlich abgesicherte Schutz der Chancengleichheit mit dem Legalitätsprinzip nach § 152 Abs. 2 StPO vereinbaren lässt. Wo sich ein Verband am Ende selbst genügen kann, hat das Strafrecht bei einem Anfangsverdacht einzugreifen. Was aber, wenn bei einem Wettkampf ein Sportler (verbandsrechtlich) des Dopings überführt ist und der Zweite fast ebenso schnell war? Ist dann auch gegen den Zweiten strafrechtlich zu ermitteln? Wann ist der Dritte langsam genug, dass nach kriminalistischer Erfahrung kein Anfangsverdacht im Raum steht? Wo (wenn nicht aus dem Verband) kommt diese kriminalistische Erfahrung an der Stelle her?

Darüber hinaus stellt sich die Frage, in welchem Umfang die Chancengleichheit tatsächlich garantiert werden kann. Wird der deutsche nicht-dopende Sportler auch vor ausländischen dopenden Sportlern geschützt? Die Frage kann in Anbetracht des Inlandsprinzips, § 3 StGB, mit „ja“ beantwortet werden, solange es sich um in Deutschland stattfindende Wettkämpfe handelt. Sobald der deutsche nicht-dopende Sportler an im Ausland stattfindenden Wettkämpfen teilnimmt, ist er gegen ausländische dopende Sportler nicht mehr geschützt. Aufgrund dessen, dass der Wettbewerb des organisierten Sports von Internationalität geprägt ist, kann das Gesetz seinen Zweck hinsichtlich der Garantie der Chancengleichheit nicht erfüllen.²⁹

4. Zusammenfassung

Klar ist: Doping im Sport ist ein enormes Problem. Es verfälscht den sportlichen Wettbewerb und bringt Gefahren für die Gesundheit der Sportler mit sich. Unklar ist dagegen, inwiefern das als Allheilmittel im Kampf gegen dieses Übel angepriesene AntiDopG tatsächlich dazu beitragen kann, dem entgegenzuwirken.

²⁹ Vgl. Steiner, ZRP 2015, 51 (52).

Möglicherweise findet sich der eigentliche Zweck des AntiDopG aber auch gar nicht in § 1 normiert. Möglicherweise sollte auch weniger von einem „Zweck“, denn von einem „Nutzen“ gesprochen werden. Keine Zweifel gibt es nämlich daran, dass die Bekämpfung des Phänomens „Doping“ bislang erheblichen Beweisproblemen unterliegt. Zu beleuchten ist daher, ob eine strafrechtliche Verfolgbarkeit des Dopings hier weiterhilft. Da dies, das sei vorweggenommen, so ist, muss nach den Unterschieden zur vorherigen Rechtslage ebenso gefragt werden, wie nach der Legitimation eines solchen – inoffiziellen – Zwecks.

III. Das AntiDopG als Wundermittel bei Beweisfragen?

Mag das Zwischenergebnis lauten, dass sich die Einführung des AntiDopG kaum mit den in § 1 genannten Anliegen begründen lässt, könnten seine Regelungen doch dem – quasi inoffiziellen – Zweck der Erleichterung von Beweisfragen dienen, welche die Dopingverfolger sowohl auf strafrechtlicher als auch verbandsrechtlicher Ebene bislang regelmäßig vor unlösbare Herausforderungen gestellt hat. Fakt ist, dass ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren aufgrund der zur Verfügung stehenden strafprozessualen Möglichkeiten (z.B. Durchsuchungen; Sicherstellungen) sehr viel weiterreichende Aufklärungsansätze im Arsenal hat, als ein verbandsrechtlich basiertes Verfahren.

Der Nachweis der objektiven Merkmale des Dopingtatbestandes wird in der Regel über eine im Labor generierte A-Probe geführt. Zweifel an der Richtigkeit der Probe wirken sich zugunsten des Sportlers aus.³⁰ Schwieriger stellt sich der Beleg der subjektiven Tatseite dar. Beachtung verdient in diesem Zusammenhang, dass der Court of Arbitration for Sport (CAS) teilweise eine Vorgehensweise entsprechend des Prinzips einer strict liability vertritt und damit allein das Vorhandensein verbotener Methoden für die Annahme von Doping genügen lässt.³¹ Dies konfliktiert mit dem im Strafverfahren verankerten Prinzip der Selbstbelastungsfreiheit. Im Rahmen verbandsrechtlicher Kontrollsysteme ist der Sportler verpflichtet, Dopingproben abzugeben. Können diese Proben als Beweis im Strafverfahren dienen? Der Gesetzgeber scheint darin kein Problem zu sehen, sodass er die Verankerung von Beweisverwertungsverböten für nicht nötig hielt.³²

IV. Das AntiDopG als Türöffner für Kollektivstrafen?

Bislang war von Hintergründen und Chancen des AntiDopG die Rede. Es gehen mit den neuen Regelungen jedoch auch unüberschaubare Risiken einher, dies

insbesondere im Hinblick auf die Möglichkeit eines kollektiven Strafens. Vorab sei erwähnt, dass eine kollektive Sanktionierung auf Verbandsebene keine Seltenheit ist. Dopt ein Sportler, können auch der Mannschaft oder dem Verein Abzüge drohen. Ebenso sei klargestellt, dass solche Regelungen bislang im AntiDopG nicht vorgesehen sind.

Da sich das AntiDopG allerdings, wie gezeigt, als eine Art „optimiertes Verbandsrecht“ verstehen lässt, ist der Frage nachzugehen, ob in Zukunft auch in kollektivstrafender Hinsicht eine Erweiterung zu erwarten ist.

Als konkretes Beispiel sei der Ausschluss der russischen Leichtathleten von den Olympischen Spielen in Rio 2016 genannt. Der Sachverhalt ist schnell dargestellt: Am 17.06.2016, 49 Tage vor dem Beginn der Spiele, entschied der Welt-Leichtathletikverband, die IAAF, die russischen Athleten entsprechend einer seit Herbst 2015 bestehenden Regelung nicht am Wettbewerb in Brasilien teilnehmen zu lassen.³³ Für die Athleten kam diese Entscheidung einem Berufsverbot gleich. Es mögen hier, ungeachtet der Qualität der Verdachtsmomente, Parallelen zu § 132a Abs. 1 StPO erkennbar sein, soweit der einzelne Athlet betroffen ist. Nur: Wann ist er das? Woran knüpft seine Betroffenheit an? Und wie wäre eine solche „Sippenhaft“ in einem – zwangsläufig individualisierten und nach Schuldaspekten fragenden – Strafverfahren denkbar?

Einen verständlichen Denkanstoß gibt in diesem Zusammenhang Jelena Issinbajewa in ihrer Stellungnahme zu dieser „Kollektivstrafe“³⁴: „Wenn man nach einem Diebstahl zehn Tatverdächtige hat, aber nicht ermitteln kann, wer von denen gestohlen hat, dann schickt man doch auch nicht alle zehn für zwei Jahre ins Gefängnis.“³⁵ Damit hat die Sportlerin Recht. Nicht beantwortet ist allerdings die Frage, ob nicht dennoch bei deutschen Sportlern oder bei einem sportlichen Wettkampf auf deutschem Boden parallel ein Strafverfahren nach den Regeln des AntiDopG zu führen wäre.

Ebenso offen ist, ob das AntiDopG einen Türöffner für Sanktionen gegen Vereine oder Verbände nach § 30 OWiG mit sich bringt (und/oder bringen soll). Denkbar wäre ein relativ müheloses Konstrukt einer Zurechnung über § 130 OWiG unter Anknüpfung an ein seitens des Vereinsvorstandes gebilligtes Dopen. Ob und wie sich diese Fragen in der Rechtspraxis stellen, wird spannend zu verfolgen sein.

³⁰ Vgl. Hilpert, Sportrecht und Sportrechtsprechung im In- und Ausland, 2007, S. 312.

³¹ Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishdb. SportR, 3. Aufl. (2014), II 4 Rn. 312 ff.; So auch bis 2000 DFB und DLV, vgl. Hilpert, Sportrecht und Sportrechtsprechung im In- und Ausland, 2007, S. 314.

³² Vgl. Steiner, ZRP 2015, 51 (52).

³³ Der CAS wies am 21.7.2016, 15 Tage vor dem Beginn der Spiele, eine Klage des russischen Olympischen Nationalen Komitees und der 68 betroffenen Athleten ab und bestätigte die Sperre der IAAF. Der IOC sprach am 24.7.2016, 12 Tage vor dem Beginn der Spiele, einen Teilausschluss Russlands von den Olympischen Spielen aus.

³⁴ Spiegel v. 25.06.2016, S. 93.

³⁵ Spiegel v. 25.06.2016, S. 92 f.

V. Dogmatische Analyse der Strafvorschriften des Antidopinggesetzes

Die noch nicht lange zurückliegenden Olympischen Sommerspiele in Rio de Janeiro³⁶ haben der Öffentlichkeit eindringlich gezeigt, dass das Strafrecht nicht nur eine segensreiche Einrichtung zur Gewährleistung von Frieden, Sicherheit und Freiheit ist. Als Bewahrer der existierenden gesellschaftlichen Ordnung (status quo) dient es leider auch der Stabilisierung unheilvoller Strukturen, die sich die Menschheit in ihrem unstillbaren selbsterstörerischen Drang nach „Fortschritt“ (citius, altius, fortius)³⁷ – ohne Rücksicht auf die Belastbarkeit der Natur – im Laufe der Zeit geschaffen hat. Dazu gehört in seiner Ambivalenz nicht zuletzt der megalomane Spitzensport, zu dessen Rettung nunmehr auch die Strafrechtspflege vom Gesetzgeber einen – ausichtslosen – Auftrag erhalten hat.³⁸ Doping soll bekämpft werden, damit der einzige Makel, der umweltzerstörende und menschenverachtende Großveranstaltungen wie z. B. die irrsinnige Fußballweltmeisterschaft in Katar bei der breiten Masse in Misskredit bringen könnte, beseitigt wird oder zumindest dem Volk vorgespiegelt wird, er werde beseitigt. Das ist Symbolpolitik in Reinkultur.³⁹ Die Strafjustiz ist selbstverständlich verpflichtet, dieses überflüssige und illegitime⁴⁰, aber geltende Gesetz vorbehaltlos, konsequent und richtig anzuwenden, § 152 Abs. 2 StPO. Daher hat auch die Strafrechtswissenschaft Grund und Anlass, das Antidopinggesetz strafrechtsdogmatisch zu durchleuchten. Auch dazu sollen hier einige Impulse gegeben werden.

1. Unerlaubter Umgang und unerlaubte Anwendung

Die Verbote gegen „Umgang“ und „Anwendung“ von Doping sind nun in § 2 AntiDopG, die Strafbewehrung der Verbote ist in § 4 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 AntiDopG geregelt. Überwiegend handelt es sich dabei um Normen, die bisher Bestandteil des Arzneimittelgesetzes gewesen sind.⁴¹

a) Tatbestandsmäßige Handlungen

§ 2 AntiDopG hat den Kanon der verbotenen Handlungen gegenüber § 6a AMG a.F. um einige zusätzliche

Varianten erweitert:⁴² Neu sind die Verbote des Herstellens (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 AntiDopG) und des Handelntreibens (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 AntiDopG), sowie – bei nicht geringer Menge – des Erwerbs, Imports und Transits (§ 2 Abs. 3 i.V.m. § 4 Abs. 1 Nr. 3 AntiDopG). Die bereits in § 6a Abs. 1 AMG enthaltene Variante des „Inverkehrbringens“ ist in § 2 Abs. 1 Nr. 3 AntiDopG in „Veräußern“, „Abgeben“ und „sonstiges Inverkehrbringen“ aufgefächert worden. „Verschreiben“ (§ 2 Abs. 1 Nr. 4 AntiDopG), „Anwenden bei einer anderen Person“ (§ 2 Abs. 2 AntiDopG) und „Besitzen in nicht geringer Menge“ (§ 2 Abs. 3 AntiDopG) wurden aus § 6a Abs. 1 und Abs. 2a AMG übernommen.

b) Täter

§ 2 AntiDopG enthält keine explizite Beschränkung der Verbotsadressaten, dementsprechend ist in § 4 Abs. 1 Nr. 1 bis 2 AntiDopG der Kreis tauglicher Täter nicht auf bestimmte Personengruppen eingeschränkt. Täter können Sportler und Nichtsportler sein.⁴³ Wie schon im AMG sind die Tatbestände aber in erster Linie auf Täter zugeschnitten, deren tatbestandsmäßiges Handeln nicht in Zusammenhang mit eigener sportlicher Wettkampfteilnahme steht. Das „Selbstdoping“ ist als neue Verbots- und Strafrechtsmaterie in §§ 3, 4 Abs. 1 Nr. 4, 5, Abs. 2 AntiDopG normiert. Täter dieser Delikte kann nur ein „Spitzensportler“ sein, § 4 Abs. 7 AntiDopG. Selbstverständlich kann ein Spitzensportler grundsätzlich auch Täter eines Dopingdelikts außerhalb des Bereichs Selbstdoping (§ 4 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 AntiDopG) sein. Fraglich ist das allein in Bezug auf den Besitztatbestand des § 4 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 2 Abs. 3 AntiDopG. Denn Besitz zum Zwecke des Selbstdopings ist in § 4 Abs. 2 i.V.m. § 3 Abs. 4 AntiDopG pönalisiert und zwar mit einer gegenüber § 4 Abs. 1 Nr. 3 AntiDopG milderen Strafdrohung. Daher wird unten zu erörtern sein, ob sich ein Dopingmittel besitzender Spitzensportler aus § 4 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 2 Abs. 3 AntiDopG strafbar machen kann.

c) Teilnehmer

Die Strafbarkeit der Teilnahme an einem Dopingdelikt des § 4 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 AntiDopG richtet sich nach den allgemeinen Regeln, also §§ 26 ff. StGB. Schon auf der Grundlage des bisherigen Rechts in §§ 6a, 95 Abs. 1 Nr. 2a AMG interessierte jedoch die Frage, ob und inwiefern sich ein Sportler als Teilnehmer an dem von z. B. Sportarzt oder Trainer täterschaftlich begangenen Delikt strafbar machen kann. Die Frage stellt sich auch im Rahmen der neuen Strafvorschriften. Soweit der teilnehmende Sportler nicht zugleich „Empfänger“ der vom Täter erbrachten „Dopingleistung“ – z. B. „Verschreibung“ (§ 4 Abs. 1 Nr. 4 AntiDopG) oder „Anwendung“ (§ 4 Abs. 2 AntiDopG) – ist, besteht für eine von einem sonstigen Teilnehmer abweichende rechtliche Beurteilung keine sachliche Veranlassung. Stiften A den Mediziner B an, bei Sportler C ein Dopingmittel anzuwenden,

³⁶ Mehr als tausend Worte sagt die treffende Karikatur von *Oliver Schopf* am Tag 1 nach Rio in der *Süddeutschen Zeitung* v. 22. 8. 2016, S. 4.

³⁷ *B. Kretschmer*, FS Rössner, 2015, 628: „Just danach giert auch das begeisterte Publikum“.

³⁸ Ausführliche Stellungnahme des Autors *Mitsch* zur Sinnlosigkeit des Dopingstrafrechts in „Missbrauch des Strafrechts versus Missbrauch des Dopings“, *studere - Rechtszeitschrift der Universität Potsdam* 2014, Heft 1, S. 24 ff.

³⁹ Die von der Bundesregierung aufgestellte Behauptung, dass „Bekämpfung des Dopings“ eine „gesamtesellschaftlich so wichtige Aufgabe“ sei (*Thieme*, DRiZ 2015, 10, (11)), kann der beispielsweise marode Schulen und Kinderarmut selbst erlebende oder davon erfahrende Bürger nur mit Fassungslosigkeit zur Kenntnis nehmen.

⁴⁰ *Peukert*, nPoR 2015, 95 (97): „Welches Rechtsgut soll hier mit den Mitteln des dem Gesetzgeber zur Verfügung stehenden schärfsten Schwert eigentlich geschützt werden?“, ebenso *Steiner*, DRiZ 2015, S. 57.

⁴¹ Zu den diesbezüglichen Verbotsausdehnungen sogleich.

⁴² *Peukert*, nPoR 2015, 95 (98); *Thieme*, DRiZ 2015, 10 (11).

⁴³ So bereits zu §§ 6a, 95 Abs. 1 Nr. 2a AMG *Freund*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 6, 2. Aufl. (2013), § 6a AMG Rn. 20.

macht er sich aus § 4 Abs. 2 Nr. 1 AntiDopG i.V.m. § 26 StGB strafbar. Dabei macht es keinen Unterschied, ob A Sportler oder Nichtsportler ist.⁴⁴ Anders liegen die Dinge, wenn A Sportler ist und den Arzt darum bittet, das Dopingmittel bei ihm selbst – A – anzuwenden. Aus der Perspektive des A handelt es sich um einen Fall vorbereiteten Selbstdopings. Als Täter von Selbstdoping kommen Sportler, die nicht zum elitären Spitzensportler-Kreis (§ 4 Abs. 7 AntiDopG) gehören, nicht in Betracht. Diese generelle Entscheidung des Gesetzgebers für Straffreiheit des Selbstdopings unterhalb der Ebene des Spitzensportes darf nicht durch eine – subsumtionstechnisch begründbare – Teilnehmerstrafbarkeit ausgehebelt werden. Selbstdoping ist nur unter den Voraussetzungen der §§ 3, 4 Abs. 1 Nr. 4, 5, Abs. 7 AntiDopG strafbar. § 4 Abs. 1 Nr. 1 bis 3, Abs. 2 i.V.m. § 2 AntiDopG erfasst den „Selbstdoper“ weder als Täter noch als Teilnehmer.⁴⁵ Insbesondere die Alternative „anwenden lässt“ in § 3 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 Nr. 4 AntiDopG, die nichts anderes ist als die Teilnahme des Athleten an der Anwendungs-Tat des Täters, bestätigt, dass eine Teilnehmerstrafbarkeit des Sportlers bzgl. einer seinen eigenen Körper betreffenden Tat ausgeschlossen sein soll. Dass der den Mediziner anstiftende oder ihm Hilfe leistende Sportler formal die Voraussetzungen der Anstiftung (§ 26 StGB) oder Beihilfe (§ 27 StGB) erfüllt, ist demgegenüber unerheblich. Denn es handelt sich um Fälle straffreier „notwendiger Teilnahme“.⁴⁶ Für Spitzensportler i.S.d. § 4 Abs. 7 AntiDopG folgt daraus, dass sie nur wegen Erwerb gem. § 4 Abs. 2 AntiDopG und nicht wegen der mit höherer Strafe bedrohten Teilnahme an der Veräußerung von Dopingmitteln gem. § 4 Abs. 1 Nr. 1 AntiDopG i.V.m. §§ 26, 27 StGB strafbar sind.

2. Selbstdoping

Die Strafbarkeit des Selbstdopings ist das bedeutende Novum des Antidopinggesetzes. Die schon vorher begründeten Zweifel an der Legitimität der Kriminalisierung, insbesondere am Berührtsein eines strafrechtlich zu schützenden Rechtsgutes, werden durch diese Ausweitung des Strafrechts verstärkt.⁴⁷

a) Tatbestandsmäßige Handlungen

Strafbar sind die aktive Anwendung und das passiv duldende Anwendenlassen von Doping am eigenen Körper („bei sich“, § 3 Abs. 1 i.V.m. § 4 Abs. 1 Nr. 4 AntiDopG), die Teilnahme an einem Wettbewerb des organisierten Sports im gedopten Zustand (§ 3 Abs. 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 Nr. 5 AntiDopG), sowie der Erwerb und Besitz von Doping zum Zwecke der Vorteilsverschaffung in einem Wettbewerb des organisierten Sports (§ 3 Abs. 4 i.V.m. § 4 Abs. 2 AntiDopG). Jeweils muss der Täter in der Absicht handeln, sich einen Wettbewerbsvorteil zu verschaffen. Mit spitzfindiger Textanalyse könnte ein Wettkampfteilnehmer zu seiner Verteidigung vorbrin-

gen, dass es ihm gar nicht um die Erlangung eines Vorteils gegenüber den Konkurrenten, sondern um die Verhinderung eines Nachteils gegangen sei. Denn in einem „dopingverseuchten“ Spitzensportmilieu hat jeder Teilnehmer Grund für die Annahme, dass alle Wettkampfgegner gedopt sind und daher durch die eigene Dopinganwendung keine Übervorteilung der anderen, sondern vielmehr lediglich Herstellung von Chancengleichheit bewirkt wird. Aber mit dieser nicht ganz unplausiblen Argumentation würde das gesamte Antiselbstdoping-Gebäude in Einsturzgefahr gebracht, weshalb ihr kein Erfolg beschieden sein dürfte. Als „Vorteil“ wird man deshalb die im Vergleich zur ungedopten Verfassung des Körpers größere sportliche Leistungsfähigkeit des gedopten Sportlers zu verstehen haben.

Mit der Pönalisierung von Erwerb und Besitz in § 3 Abs. 4 i.V.m. § 4 Abs. 2 AntiDopG ist die Strafbarkeit weit vorverlegt worden.⁴⁸ Gegenüber dem schon nach § 6a Abs. 2a i.V.m. § 95 AMG strafbaren Besitz bedeutet dies eine Erweiterung, weil es nicht auf eine „nicht geringe“ Mindestmenge ankommt. Abgemildert wird diese Strafrechtsvorverlagerung durch die obligatorische Straffreiheit gewährende Regelung des § 4 Abs. 8 AntiDopG. Danach beseitigt der Verzicht auf die Anwendung die Strafbarkeit, nicht hingegen der Verzicht auf die Teilnahme an dem Sportwettkampf. Zu beachten ist, dass § 4 Abs. 8 AntiDopG nur die Besitzstrafbarkeit gem. § 3 Abs. 4 i.V.m. § 4 Abs. 2 AntiDopG aufhebt. Hat sich der Täter zugleich wegen Besitzes von Dopingmitteln in nicht geringer Menge nach § 2 Abs. 3 i.V.m. § 4 Abs. 1 Nr. 3 AntiDopG strafbar gemacht, bleibt diese Strafbarkeit auch nach freiwilliger Aufgabe der Verfügungsgewalt gem. § 4 Abs. 8 AntiDopG erhalten. Dass sich ein Spitzensportler wegen Dopingmittelbesitz nicht nur aus § 4 Abs. 2 AntiDopG, sondern auch aus § 4 Abs. 1 Nr. 3 AntiDopG strafbar machen kann, steht außer Frage. Über die Annahme einer Spitzensportlerprivilegierung durch Ausschluss des § 4 Abs. 1 Nr. 3 AntiDopG wäre allenfalls dann zu reflektieren, wenn § 4 Abs. 2 AntiDopG die Strafbarkeit ebenso wie § 4 Abs. 1 Nr. 3 AntiDopG auf den Besitz von Dopingmitteln in nicht geringer Menge begrenzen würde. Jedoch ist dem nicht so, zumal auch nicht zu sehen wäre, aus welchem Grund Spitzensportler in den Genuss einer Strafnorm kommen sollten, die milder ist als die für Nicht-Spitzensportler geltende.

Da § 3 Abs. 4 AntiDopG lediglich Eigenbesitzsituationen skizziert, ist zu überlegen, ob das Erwerbs- und Besitzverbot einschließlich der akzessorischen Strafdrohung dadurch umgangen werden kann, dass sich Sportler absprechen und „über Kreuz“ jeweils für den anderen erwerben und besitzen: Die subjektive Strafvoraussetzung „um es bei sich anzuwenden“ würde dann keiner der beiden Beteiligten erfüllen. Allerdings ist damit zu rechnen, dass die Praxis dieser Ausmanövrierung des Gesetzes mit dem Einwand begegnen würde, dass die Beteiligten Mittäter sind und daher der Besitz wechselseitig zuzurechnen ist (§ 25 Abs. 2 StGB).

⁴⁴ MüKo-StGB-Freund, § 6a AMG Rn. 20.

⁴⁵ MüKo-StGB-Freund, § 6a AMG Rn. 21; Magnus, ZStW 124 (2012), 907 (917).

⁴⁶ Allgemein dazu Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl. (2016), § 26 Rn. 208 ff.

⁴⁷ Peukert, nPoR 2015, 95 (100).

⁴⁸ Peukert, nPoR 2015, 95 (99).

b) Täter

Täter sämtlicher Selbstdoping-Tatbestände kann allein ein „Spitzensportler“ sein, § 4 Abs. 7 AntiDopG. Erheblichen Bedenken wegen Unbestimmtheit (Art. 103 Abs. 2 GG) ist in diesem Zusammenhang die Definition „Einnahmen von erheblichem Umfang erzielt“, § 4 Abs. 7 Nr. 2 AntiDopG ausgesetzt. Zugegebenermaßen kann man vom Gesetzgeber nicht erwarten, dass er die Erheblichkeit mittels einer Grenze in Gestalt eines konkreten Geldbetrages präzisiert. Das entspräche nicht deutscher Gesetzgebungstradition.⁴⁹ Unsicherheit vermag auch das Kriterium der „mittelbar“ aus der sportlichen Betätigung herrührenden Einnahme zu erzeugen.⁵⁰ Gemeint sind damit in erster Linie Einkünfte aus Werbeverträgen, die Sportlern wegen ihrer sportlichen Erfolge angeboten werden. Allerdings ist nicht jeder Superathlet ein tauglicher Werbeträger. Sportneutrale Faktoren wie gutes Aussehen, Charisma, Eloquenz, Witzigkeit oder auch „Freakyness“ spielen eine durchaus nicht zu unterschätzende Rolle. Solche Einnahmequellen erschließen sich also einem Sportler unter Umständen auf Grund ganz anderer das Publikum reizenden Eigenschaften als seiner sportlichen Leistung. Ein Höchstmaß an Popularität und Prominenz erlangte z. B. der minderbegabte britische Skispringer Michael Edwards („Eddie The Eagle“), dessen sportliches Leistungsvermögen keinesfalls für die Eliteklasse reichte, der aber gerade wegen seiner mitleiderregenden dilettantischen Darbietungen bei den Olympischen Winterspielen 1988 in Calgary die Herzen der Zuschauer eroberte. Diese Beliebtheit machte sich auf dem Bankkonto von Michael Edwards in einem Umfang bemerkbar, von dem ein mittelmäßiger Leistungssportler ansonsten nur träumen kann. In einem solchen Fall ist also fraglich, ob es wirklich die „sportliche Betätigung“ allein ist, der der Athlet seine Einnahmen zu verdanken hat. Abgesehen davon ist zu bezweifeln, dass Eddie the Eagle mit Hilfe von Doping ein besseres Ergebnis als den letzten Platz im Olympischen Wettbewerb erzielt hätte.

c) Teilnehmer

Strafbarer Teilnehmer an einem Selbstdoping-Delikt kann jedermann sein, nicht nur ein Spitzensportler. Eine Strafrahmengmilderung gem. § 28 Abs. 1 StGB zugunsten von Externen ist sachlich geboten, da die in § 1 des AntiDopG betonten Sportwerte „Fairness“ und „Chancengleichheit“ eine besondere Verantwortung der am Wettbewerb teilnehmenden Spitzensportler begründen. Außenstehende haben diese Verantwortung nicht. Der Status „Spitzensportler“ ist also ein besonderes persönliches Merkmal im Sinne des § 28 StGB. Da das Sanktionsniveau bei Verstößen gegen § 3 AntiDopG – mit Ausnahme des § 3 Abs. 4 AntiDopG, vgl. § 4 Abs. 2 AntiDopG – dasselbe ist, stünde ein Täter, der einem Spitzensportler Dopingmittel verschafft, günstiger, wenn sein Verhalten lediglich als Teilnahme am Selbstdoping (§ 4 Abs. 1 Nr. 4 AntiDopG i.V.m. § 27 StGB) und nicht als täterschaftliche Verwirklichung des § 2 Abs. 1 Nr. 3

i.V.m. § 4 Abs. 1 Nr. 1 AntiDopG strafbar wäre. Stichhaltige Gründe einer derartigen Vergünstigung lassen sich jedoch nicht erkennen. Wieso sollte die Abgabe von Dopingmitteln gravierender sein, wenn Empfänger nicht ein Weltklasseathlet, sondern ein nicht zur Spitzenklasse gehörender Sportler ist?

3. Qualifikationen

In § 4 Abs. 4 AntiDopG sind Qualifikationen normiert, die ausschließlich an die grundtatbestandlichen Verstöße gegen § 2 AntiDopG anknüpfen. Denn es handelt sich um die vollinhaltliche Übernahme des § 95 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 und 2 AMG.⁵¹ Qualifizierungen des strafbaren Selbst dopings gibt es nicht. Aufgrund der gesetzlichen Mindeststrafdrohung von einem Jahr Freiheitsstrafe handelt es sich um Verbrechen i.S.d. § 12 Abs. 1 StGB. Das gilt auch bei Taten, die gem. § 4 Abs. 5 AntiDopG als minder schwere Fälle mit Freiheitsstrafe unter einem Jahr geahndet werden können, § 12 Abs. 3 StGB. Die Einzelmerkmale der Qualifikationstatbestände sind überwiegend vom Gesetzgeber vielfach an anderer Stelle im StGB und im Nebenstrafrecht, als strafscharfende Umstände verwendet worden: die Gefährdung der Gesundheit einer großen Zahl von Menschen (§ 4 Abs. 4 Nr. 1 a AntiDopG) z. B. in § 315 Abs. 3 Nr. 2 StGB; die Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung (§ 4 Abs. 4 Nr. 1 lit. b AntiDopG) in § 330 Abs. 2 Nr. 1 StGB; der grobe Eigennutz und der Vermögensvorteil großen Ausmaßes (§ 4 Abs. 4 Nr. 1 lit. c AntiDopG) in § 264 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 StGB; die Abgabe an eine Person unter 18 Jahren (§ 4 Abs. 4 Nr. 2 a AntiDopG) in § 29a Abs. 1 Nr. 1 BtMG und die Gewerbsmäßigkeit und Bandenmitgliedschaft z. B. in § 260 Abs. 1 Nr. 1, 2 StGB. Zur Auslegung kann daher auf die bei der Anwendung dieser und anderer Strafvorschriften gewonnenen Erkenntnisse zurückgegriffen werden. Der im Fall des § 4 Abs. 4 Nr. 2 a AntiDopG empfangende Minderjährige ist notwendiger Teilnehmer und daher nicht wegen Anstiftung strafbar, wenn er den Täter bestimmt hat, ihm Dopingmittel zu veräußern.⁵²

Bei der Beteiligung mehrerer ist stellenweise § 28 Abs. 2 StGB zu beachten: in Bezug auf „gewerbsmäßig“ (§ 4 Abs. 4 Nr. 2 lit. b Alt. 1 AntiDopG) ist das unstrittig,⁵³ bezüglich „als Mitglied einer Bande“ (§ 4 Abs. 4 Nr. 2 lit. b Alt. 2 AntiDopG) ist es h. M.⁵⁴ Wer bei einer Dopingtat hilft ohne Bandenmitglied zu sein und ohne eigene Erwerbszwecke zu verfolgen, ist also nur aus dem Grundtatbestand (§ 4 Abs. 1 AntiDopG i.V.m. § 27 StGB) strafbar. Entsprechendes wird bei dem Qualifikationsmerkmal „aus grobem Eigennutz“ (§ 4 Abs. 4 Nr. 1 lit. c AntiDopG) zu gelten haben: Wem es ohne eigene Vorteilsabsicht allein darauf ankommt, dem grob eigennützig Vermögensvorteile großen Ausmaßes erstrebenden Täter bei der Verfolgung seines Ziels zu helfen, handelt nicht eigennützig, sondern altruistisch. Der Ver-

⁴⁹ Instruktiv dazu J. Kretschmer, FS Herzberg, 2008, 827 ff.

⁵⁰ Jahn, FS Rössner, 2015, 599 (612).

⁵¹ Peukert, nPoR 2015, 95 (100).

⁵² Rahlf, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 2. Aufl. (2013), § 29a BtMG Rn. 28.

⁵³ Schönke/Schröder/Eser/Bosch, StGB, 29. Aufl. 2014, § 243 Rn. 47.

⁵⁴ Eisele, Strafrecht Besonderer Teil II, 2. Aufl. (2012), Rn. 232.

werflichkeitsgrad seines Tuns liegt daher deutlich unter der Schwelle des Qualifikationstatbestandes. Gemäß § 28 Abs. 2 StGB ist er deshalb nur aus § 4 Abs. 1 AntiDopG strafbar.

Grundsätzlich problematisch sind die Qualifikationsvarianten § 4 Abs. 4 Nr. 1 a und b AntiDopG. An der Entstehung der Gefahr, die der Strafschärfung zugrunde liegt, werden die betroffenen Personen beteiligt sein, was Zurechnungsfragen aufwirft. Daher ist bei der Feststellung der „großen Zahl“ zu beachten, dass nur Dopingopfer berücksichtigt werden, deren Gesundheitsgefährdung dem Täter auch objektiv zugerechnet werden kann, d. h. hinsichtlich derer die objektive Zurechnung nicht wegen eigenverantwortlicher Selbstgefährdung ausgeschlossen ist. Aus dem persönlichen Schutzbereich der Qualifikationstatbestände ausgeschlossen sind zudem alle an der Tat – z. B. als Mittäter oder Gehilfen – strafbaren Beteiligten.⁵⁵ In subjektiver Hinsicht ist gem. § 15 StGB Vorsatz erforderlich, § 18 StGB ist nicht anwendbar.⁵⁶

4. Versuch und Vorbereitung

Die Pönalisierung von Versuch und Vorbereitung ist eine allgemeine Technik der Strafbarkeitsvorverlegung, von der im deutschen Strafrecht bezüglich des Versuchs weitreichend (vgl. § 23 Abs. 1 StGB) und in Bezug auf die Vorbereitung grundsätzlich überhaupt nicht Gebrauch gemacht wird.⁵⁷ Beide Bereiche – Versuch und Vorbereitung – werden vom AntiDopG berührt. Problematisch ist diese Strafbarkeitsvorverlagerung bei Tatbeständen, die selbst im Vollendungsstadium die Strafbarkeit weit vor die Rechtsgutsverletzung verlagern. Hier wird der strafrechtliche Zugriff⁵⁸ also doppelt vorverlagert, durch den Besonderen Teil und durch den Allgemeinen Teil. Dies ist – wie oben schon bemerkt wurde – bei Tatbeständen des AntiDopG der Fall.

a) Grundtatbestand

Sämtliche Tatbestandsvarianten des Grundtatbestandes § 4 Abs. 1 AntiDopG unterliegen der in § 4 Abs. 3 AntiDopG angeordneten Versuchsstrafbarkeit. Das ist gegenüber der früheren Rechtslage keine Änderung, denn § 95 Abs. 2 AMG a.F. stellt ebenfalls den Versuch unter Strafdrohung. Bemerkenswert ist allerdings, dass davon auch die jetzt in § 4 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 2 Abs. 3 AntiDopG normierte Besitzstrafbarkeit betroffen ist. Schwierig ist schon, sich einen Fall „unmittelbaren Ansetzens zum Besitzen“ tatsächlich vorzustellen. In Betracht kommen wohl nur untaugliche Versuche, bei denen der Täter tatsächlich etwas – vollendet – besitzt, was kein Dopingmittel ist, von ihm irrig aber für ein solches gehalten wird. Aber dass der Versuch des Besitzens überhaupt für strafbar erklärt worden ist, lässt aufhor-

chen und erregt Verwunderung. Denn bei zwei anderen Besitztatbeständen, die der Gesetzgeber ebenfalls erst kürzlich runderneuert hat, wurde die Strafbarkeit des Versuchs explizit ausgeschlossen, nämlich beim Besitz kinder- und jugendpornographischer Schriften, §§ 184b Abs. 4 Hs. 2, 184c Abs. 5 Hs. 2 StGB. Erwähnenswert ist des Weiteren § 29 Abs. 2 BtMG, der den in § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BtMG pönalisierten Betäubungsmittelbesitz ausdrücklich der Versuchsstrafdrohung entzieht.⁵⁹ Das hätte sich der Gesetzgeber des AntiDopG zum Vorbild nehmen sollen. Nicht mit Strafe bedroht ist im Übrigen der in § 4 Abs. 2 i.V.m. 3 Abs. 4 AntiDopG Besitz geringer Menge Dopings durch einen Spitzensportler.

Dogmatisch umstrittene untaugliche Versuche eines untauglichen Täters sind in Bezug auf die Selbstdoping-Tatbestände des § 4 Abs. 1 Nr. 4, 5 AntiDopG möglich. Wer sich irrig für einen Spitzensportler hält, obwohl er es gemäß dem Maßstab des § 4 Abs. 7 AntiDopG nicht ist, begeht nach einer Mindermeinung im Schrifttum lediglich ein strafloses Wahndelikt.⁶⁰ Die h. M. erkennt inzwischen die Möglichkeit eines strafbaren untauglichen Versuchs des untauglichen Täters an.⁶¹

b) Qualifikationen

Da die Qualifikationstatbestände Verbrechenscharakter haben, ist der Versuch bereits gem. § 23 Abs. 1 StGB mit Strafe bedroht. Bezüglich der Strafbarkeitsvoraussetzung „unmittelbares Ansetzen“ (§ 22 StGB) ist zu beachten, dass immer ein tatbestandsmäßiger Beginn des grundtatbestandsmäßigen Versuchs erforderlich ist, das unmittelbare Ansetzen zur Verwirklichung qualifizierender Tatumstände allein also keinen Versuch begründen kann.⁶² Das betrifft die Variante § 4 Abs. 4 Nr. 2 b AntiDopG, bei der die Mitgliedschaft in der Bande noch nicht unmittelbares Ansetzen zur Verwirklichung eines Bandendeliktstatbestandes ist. Erst wenn ein Bandenmitglied z. B. zum Inverkehrbringen (§ 4 Abs. 1 Nr. 1 AntiDopG) unmittelbar ansetzt, liegt sowohl ein grundtatbestandlicher als auch ein qualifikationstatbestandsmäßiger Versuch vor.

Die Verbrechensnatur der Qualifikationstatbestände eröffnet den Anwendungsbereich des § 30 StGB. Hier kommt also die Vorverlagerungsdimension der Vorbereitung zur Geltung. Die bloße Verabredung, ein Bandendelikt zu begehen, begründet also schon Strafbarkeit aus § 4 Abs. 4 Nr. 2 lit. b AntiDopG i.V.m. § 30 Abs. 2 StGB. Hochumstritten stellt sich die Strafrechtslage dar im Fall eines nicht der Bande angehörenden Sportlers, Trainers usw., der ein Bandenmitglied bittet, ihm selbst oder einem anderen Dopingmittel zu besorgen. Im Falle einer versuchten oder vollendeten Haupttat würde der Anstifter als Nichtbandenmitglied lediglich aus § 4 Abs. 1 Nr. 1 AntiDopG i.V.m. § 26 StGB, also nicht aus § 4 Abs. 4 Nr. 2 lit. b AntiDopG strafbar sein. Das folgt

⁵⁵ Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. (2014), § 306a Rn. 7; § 315c Rn. 25.

⁵⁶ Schönte/Schröder/Sternberg-Lieben/Schuster (Fn. 16), § 18 Rn. 2; Schönte/Schröder/Heine/Hecker, (Fn. 16) § 330 Rn. 12.

⁵⁷ Umfassend Mitsch, Jura 2013, 696 ff.

⁵⁸ Praktisch ermöglicht frühzeitig einsetzende Strafbarkeit in erster Linie frühen Einsatz strafprozessualer Verfolgungsmaßnahmen; vgl. Jahn, FS Rössner, 2014, 599 (615); Schöch, FS Rössner, 2015, 669 (685).

⁵⁹ Kotz, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 2. Aufl. (2013), § 29 BtMG Rn. 1201.

⁶⁰ Otto, Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl. (2004), § 18 Rn. 75.

⁶¹ Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 22 Rn. 40.

⁶² a. a. O. Rn. 64.

aus § 28 Abs. 2 StGB, sofern man mit der h. M. die Bandenmitgliedschaft als „besonderes persönliches Merkmal“ bewertet. Im Falle der versuchten Anstiftung (§ 30 Abs. 1 StGB) sollte es richtiger Ansicht nach nicht anders sein.⁶³ Für den nicht der Bande angehörenden Anstifter wäre die Haupttat kein Verbrechen, die Voraussetzungen des § 30 Abs. 1 StGB wären also nicht erfüllt. Auch hier ist das die Konsequenz des § 28 Abs. 2 StGB. Der BGH sieht das indessen anders und stellt allein darauf ab, dass die Tat für den Haupttäter Verbrechenscharakter hat.⁶⁴ Danach wäre der Dopingmittel-Kunde schon wegen des an eine Bande gerichteten Kaufangebots strafbar. Vorzugswürdig ist gewiss eine Lösung, mit der die drastische Strafbarkeitsvorverlagerung abgeschwächt wird.⁶⁵

5. Resümee

Der kurze Streifzug durch das neue AntiDopG mit dem Kompass der allgemeinen Strafrechtslehre in der Hand hat keine aufregenden Erlebnisse gebracht. Das Gesetz ist handwerklich solide gefertigt, gravierende Fehlleistungen des Gesetzgebers sind nicht zu finden. Generell wäre etwas mehr Zurückhaltung wünschenswert, also

eine restriktivere Grundhaltung bei der Gestaltung der Strafbarkeitsvoraussetzungen. Aber diese Empfehlung wird überlagert von der hier vertretenen vorrangigen Einschätzung, dass es für die Dopingkriminalisierung keine Rechtfertigung gibt, das Gesetz also völlig unabhängig von der Qualität seiner Gestaltung rundweg abzulehnen ist.

VI. Schluss

Die Bemühungen um die „Reinigung“ des durch Dopingmanipulationen verschmutzten Sports sind selbstverständlich zu begrüßen und zu unterstützen. Jedoch ist zu bestreiten, dass dies eine Aufgabe des Staates sei. Unzweifelhaft ist es keine Aufgabe des Strafrechts, sich in das Sportgeschehen einzumischen und mit strafbewehrten Verboten Doping zu „bekämpfen“. Strafrecht darf nur zum Schutz wichtiger Rechtsgüter eingesetzt werden und auch das nur als „ultima ratio“.⁶⁶ Beide Voraussetzungen sind im Bereich des Sportdopings nicht erfüllt: es gibt kein schutzwürdiges Rechtsgut und das, was geschützt wird, fällt in die ausschließliche Zuständigkeit der sportverbandsinternen Reglementierung.⁶⁷ Das Strafrecht hat außen vor zu bleiben.

⁶³ Joecks, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 2. Aufl. (2011), § 30 Rn. 20, der zutreffend verlangt, dass die Tat sowohl für den Haupttäter als auch für den anderen Beteiligten Verbrechenscharakter hat.

⁶⁴ BGHSt 6, 308 (309); 53, 174 (177).

⁶⁵ Zustimmungswürdige Fundamentalkritik an § 30 StGB bei Zaczyk, in: NKStGB, 4. Aufl. (2013), § 30 Rn. 4.

⁶⁶ Trüg, FS Rössner, 2015, 686 (693).

⁶⁷ Steiner, DRiZ 2015, 57; Zuck, NJW 2014, 276 ff.; im Ergebnis ebenso Trüg, FS Rössner, 2015, 686 (700), der sich für einen Rücktritt des Strafrechts hinter das Ordnungswidrigkeitenrecht ausspricht; a.A. Schöch, FS Rössner, 2015, 669 (685), der eine Ergänzung des Sportverbandsrechts durch das staatliche Strafrecht befürwortet.

Eine neue Ära im Gesundheitswesen – Was bringen die §§ 299a, 299b StGB?

von Dr. Matthias Dann, LL.M.*

Abstract

„Pharmareferenten müssen draußen bleiben“¹ lautete die Überschrift eines Zeitungsartikels, der von vorteilsbasierten Marketingmaßnahmen gegenüber Ärzten berichtete. Dieses Beispiel soll nicht darüber hinwegtäuschen, dass Verkaufsförderungsmaßnahmen bei allen am Gesundheitsmarkt agierenden Anbietern von Waren und Dienstleistungen Gang und Gäbe sind. Solchen von ihnen, die in unlauterer Weise auf heilberufliche Entscheidungen Einfluss nehmen sollen, will der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen entgegenwirken. Es ist am 4.6.2016 in Kraft getreten (BGBl. I 2016, 1254) und hat im Wesentlichen das Strafgesetzbuch um zwei neue Vorschriften - §§ 299a, 299b StGB – ergänzt. Der nachfolgende Beitrag beleuchtet vorwiegend die Tatbestandsmerkmale des § 299a StGB und versucht, Gedankenanstöße zu der Bewertung einiger Fälle aus der Praxis zu geben.

I. Einleitung

In Zeiten, in denen eine zunehmende Ökonomisierung des Gesundheitswesens beklagt wird,² sollen die §§ 299a, 299b StGB dazu beitragen, heilberufliche Kern-Entscheidungen vor vorteilsgesteuerter Beeinflussung bzw. Kommerzialisierung zu schützen. Ein praktisches Bedürfnis für die Implementierung dieser Vorschriften ergab sich, nachdem die Entscheidung des Großen Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 29.3.2012³ klargestellt hatte, dass niedergelassene Ärzte weder Amtsträger noch Beauftragte i.S.v. § 299 StGB sind. Eine Regelungslücke wurde auch deswegen diagnostiziert, weil die auf den Vermögensschutz ausgerichteten Straftatbestände der Untreue (§ 266 StGB) und des Betrugs (§ 263 StGB) das Geben und Nehmen bestechender Vorteile nur sehr eingeschränkt erfassen und den Unrechtsgehalt von Korruption nicht hinreichend abdecken. Hinzu kam, dass sich berufs- und sozialrechtliche Sanktions-

möglichkeiten bei nüchterner Betrachtung als gänzlich ineffektiv erwiesen haben.⁴ Nach kriminologischen „Erfahrungen“ soll davon auszugehen sein, dass von den mehr als 250 Milliarden Euro, die jährlich im öffentlichen Gesundheitssystem verteilt werden, 3 bis 5 % korruptiv „versickern“.⁵

Während § 299a StGB als echtes Sonderdelikt die Bestechlichkeit von Angehörigen eines Heilberufes unter Strafe stellt, ist § 299b StGB ein Jedermann-Delikt, welches spiegelbildlich die Bestechung als aktive Begehungsform pönalisiert.⁶ Nach der Streichung des sog. Berufsrechtsmodells sind die §§ 299a ff. StGB auf den ersten Blick reine Wettbewerbsdelikte, die allenfalls reflexhaft Patienteninteressen zu schützen scheinen.⁷ Ob sich Wettbewerbs- und Patientenschutz tatsächlich feinsäuberlich voneinander trennen lassen, ist zweifelhaft, wenn man wettbewerbsrechtliche Argumentationsmuster zum Topos der sog. „Drittverantwortlichkeit“ betrachtet.⁸ Nach ständiger Rechtsprechung ist die Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit eines umworbenen Dritten dann gegeben, wenn die Umworbenen die Interessen Dritter vernachlässigen, zu deren Wahrung sie aber eigentlich verpflichtet sind.⁹ Dies betrifft vor allem Ärzte¹⁰, bei denen sich die besondere Verantwortlichkeit aus der jeweils gültigen Berufsordnung ergibt, die sie gegenüber den Patienten zu Neutralität/Objektivität verpflichtet, vgl. z.B. §§ 2, 30 MBO-Ä. Jedoch muss beachtet werden, dass die ärztliche Drittverantwortung nicht automatisch zu einer Unlauterkeit der in Rede stehenden Verkaufsförderungsmaßnahme führt.¹¹ Es ist immer noch zu prüfen, ob die Maßnahme im konkreten Fall geeignet ist, die Fähigkeit des Patienten, sich aufgrund von Informationen zu entscheiden, spürbar zu beeinträchtigen und ihn damit zu einer Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.¹² Darüber hinaus wird im wettbewerbsrechtlichen Schrifttum die nachvollziehbare Annahme geäußert, dass es weniger um den Schutz der Entscheidungsfreiheit der Drittverantwortlichen (hier: z.B. Ärzte) geht, als vielmehr um den Schutz ihrer „Kunden“ (hier: Patien-

* Der Autor ist Rechtsanwalt und Partner der auf Wirtschafts- und Steuerstrafrecht spezialisierten Kanzlei WESSING & PARTNER in Düsseldorf.

¹ <https://www.welt.de/wissenschaft/article944971/Pharmavertreter-muessen-draussen-bleiben.html>, zuletzt besucht am 11.10.2016.

² Vgl. z.B. DGIM Positionspapier; „Der Patient ist kein Kunde, das Krankenhaus kein Wirtschaftsunternehmen“, 2016.

³ BGH, NJW 2012, 2530.

⁴ Fischer, StGB, 63. Aufl. (2016), § 299 Rn. 10e.

⁵ a.a.O.

⁶ Dann/Scholz, NJW 2016, 2077.

⁷ Dann/Scholz, a.a.O., Köbel, medstra 2016, 193 (193): „reines Wettbewerbsstrafrecht“.

⁸ S. hierzu auch Brettel/Mand, A & R 2016, 99 (102); Köber, A&R 2014, 262 (264). sowie Geiger, CCZ 2016, 172 (174).

⁹ Stuckel, in: Harte/Bavendamm, UWG, 3. Aufl. (2013), § 4 Rn. 117.

¹⁰ Heermann, in: MüKo-Lauterkeitsrecht, Bd. 1, 2. Aufl. (2014), § 4 Nr. 11 UWG Rn. 252.

¹¹ Heermann, in: MüKo-Lauterkeitsrecht, § 4 Nr. 11 UWG Rn. 228.

¹² Vgl. Köhler, in: ders./Bornkamm, UWG, 29. Aufl. (2011), § 4 Rn. 1.191; Pahlow, in: Teplitzky/Peifer/Leistner, UWG, 2. Aufl. (2013), § 4 Nr. 1 Rn. 224.

ten) vor nicht sachgerechter Beratung und vor nicht objektiven Empfehlungen.¹³ In Übereinstimmung damit kann man vertreten, dass der Wettbewerb auf dem Gesundheitsmarkt in sog. Zuführungsfällen in erster Linie dadurch beeinträchtigt wird, dass Angehörige von Heilberufen als Werkzeuge eingesetzt werden, um Nachfragentscheidungen ihrer Patienten zu manipulieren. Hier schließt sich der Kreis. Gleichzeitig eröffnet sich ein Blick auf die Notwendigkeit, in Zuführungsfällen die Manipulationseignung ärztlichen Handelns zu hinterfragen (siehe unten).

II. Die neuen Straftatbestände

Nachdem der Anlass und die Zielsetzung der neuen Tatbestände bereits angerissen worden, soll im Folgenden auf die wesentlichen Tatbestandsmerkmale der §§ 299a, 299b StGB eingegangen werden.

1. Täterkreis

§ 299a StGB richtet sich als echtes Sonderdelikt zunächst an die Angehörigen eines akademischen Heilberufs, der für die Berufsausübung oder die Führung der Berufsbezeichnung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert. Angesprochen sind z.B. Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Psychologische Psychotherapeuten, Kinder- und Jugendpsychotherapeuten und Apotheker.¹⁴ Darüber hinaus zielt der gesetzgeberische Wille darauf ab, auch nicht akademische Heilberufsgruppen zu erfassen, da diese einem vergleichbaren Risiko der Konfrontation mit korruptiven Verhaltensweisen ausgesetzt sein sollen.¹⁵ So können auch die Angehörigen bestimmter Gesundheitsfachberufe wie z. B. Gesundheits- und Krankenpfleger, Ergotherapeuten, Logopäden und Physiotherapeuten, deren Ausbildung ebenfalls staatlich geregelt ist, taugliche Täter i.S.d. §§ 299a, 299b StGB sein.¹⁶

Dagegen steht das neue Gesetz dem Handeln von Apothekern weitgehend indifferent gegenüber. Denn heilberufliche Abgabe-Entscheidungen sind auf Empfehlung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz nicht in die Tatbestände der §§ 299a, 299b StGB aufgenommen worden.¹⁷ Diese Abweichung vom Gesetzesentwurf der Bundesregierung ist zum einen damit begründet worden, dass eine Harmonisierung mit der Bezugs-Variante erforderlich gewesen sei, die in der jetzt geltenden Fassung nur den Bezug solcher Arznei-, Hilfsmittel und Medizinprodukte abdecke, die zur unmittelbaren Anwendung und nicht zur bloßen Weitergabe bestimmt seien. Zum anderen sei davon auszugehen, dass die Bezugs-Variante auch die Vereinbarung von rückwirkend gewährten Zielrabatten

für die unmittelbare Anwendung bestimmter Produkte erfasse. Das bedeutet im Ergebnis, dass Apotheker durch den Ausschluss der Abgabeentscheidung als Tathandlungsvariante faktisch als taugliche Täter ausscheiden.¹⁸

2. Tathandlungen und Vorteil

Die in §§ 299a, 299b StGB kodifizierten Tathandlungen sind zum einen das „Fordern, Sich versprechen lassen und Annehmen“ und zum anderen, als Gegenstück, das „Anbieten, Versprechen und Gewähren“ eines Vorteils, jeweils im Zusammenhang mit der Berufsausübung. Sie entsprechen den Tathandlungen des § 299 Abs. 1 StGB, sodass auf die hierzu entwickelten Auslegungsgrundsätze zurückgegriffen werden kann.¹⁹

„Vorteil“ im Sinne der neueingeführten Vorschriften ist jede materielle oder immaterielle Zuwendung, auf die kein Rechtsanspruch besteht und die die rechtliche, wirtschaftliche oder persönliche Lage des Empfängers objektiv verbessert.²⁰ Von Relevanz sind u.a. Hilfestellungen bei Promotions- oder Forschungsvorhaben, Einladungen zu Kongressen, die Übernahme der Kosten für Fortbildungsveranstaltungen,²¹ die Einräumung von Vermögens- und Gewinnbeteiligungen sowie Rabatte, Skonti und Lagerwertverlustausgleiche.²² Als Beispiele für immaterielle Vorteile sind Ehrungen und Ehrenämter und die Aufnahme in Expertengremien zu nennen.²³

Selbst der Abschluss eines gegenseitigen Vertrages, bei dem sich Leistung und Gegenleistung in einem angemessenen Verhältnis gegenüber stehen, kann ein strafrechtlich relevanter Vorteil sein, weil hierdurch ein Verdienstmöglichkeit eröffnet wird.²⁴ Man denke z.B. an einen Vertrag über die Teilnahme an einer Anwendungsbeobachtung²⁵ sowie an Sponsoring- oder Referentenverträge.

3. Unrechtsvereinbarung

Herzstück aller Korruptionstatbestände ist die so genannte Unrechtsvereinbarung. Sie verlangt, dass der Vorteil für einen selbst oder einen Dritten bestimmt ist und auf eine zukünftige Gegenleistung in Form einer unlauteren Bevorzugung im Wettbewerb gerichtet sein muss. Aus dem Erfordernis einer Unrechtsvereinbarung ergibt sich, dass ein Austauschverhältnis im Sinne einer inhaltlichen Verknüpfung zwischen Vorteil und konkreter Heilberufentscheidung vorliegen muss.²⁶ Daraus folgt, dass die bloße Annahme eines Vorteils²⁷ ebenso wenig strafbar ist wie eine Förderung allgemeinen „Wohllollens“.²⁸ Eine nachträgliche Belohnung für eine bereits erfolgte Handlung ist so lange nicht tatbestandsmäßig wie es keine vorhergehende Absprache zu einer derartigen zeitlichen Abfolge

¹³ Pahlow, in: Teplitzky/Peifer/Leistner, UWG, 2. Aufl. (2013), § 4 Nr. 1 Rn. 232.

¹⁴ BT-Drs. 18/6446, S. 17.

¹⁵ vgl. *Wissing/Cierniak*, a.a.O. Zu Einschränkungen siehe *Geiger*, CCZ 2016, 172 (174).

¹⁶ BT-Drs. 18/6446, S. 17.

¹⁷ BT-Drs. 18/8106, S. 15.

¹⁸ Vgl. *Momsen/Laudien*, in: BeckOK-StGB § 299a Rn. 15; *Tsambikakis*, medstra 2016, 131 (132).

¹⁹ BT-Drs. 18/6446, S. 17.

²⁰ *BGH*, Urt. v. 11.4.2001 - 3 StR 503/00.

²¹ BT-Drs. 18/6446, S. 18.

²² *Geiger*, medstra 2016, 9 (11).

²³ Vgl. *Fischer*, § 331 Rn. 11 e.

²⁴ Vgl. *BGH*, Urt. v. 10.3.1983 - 4 StR 375/82.

²⁵ Vgl. *Jäkel*, PharmaR 2016, 301.

²⁶ *Tsambikakis*, medstra 2016, 131 (134); *Großkopf/Schanz*, RDG 2016, 220 (225).

²⁷ *Tsambikakis*, medstra 2016, 131 (134); *Geiger*, medstra 2016, 9 (14).

²⁸ Kritisch zu Maßnahmen der straflosen „Stimmungsarbeit“ *Kölbel*, medstra 2016, 193 (194).

gibt.²⁹ Auch sozialadäquate Zuwendungen, die von vornherein nicht geeignet sind, heilberufliche Entscheidungen zu beeinflussen, werden von §§ 299a, 299b StGB nicht erfasst.³⁰ Im Rahmen der Prüfung, ob eine Unrechtsvereinbarung vorliegt, können Indizien aus wettbewerbs-, berufs-, und sozialversicherungsrechtliche Regelungen extrahiert werden (siehe unten).³¹

Präzisiert wird die Unrechtsvereinbarung dadurch, dass die intendierte Bevorzugung auf eine Verordnungs- (Nr. 1), Bezugs- (Nr. 2) oder Zuführungshandlung (Nr. 3) gerichtet sein muss. Genauer: Die Bevorzugung muss auf die Abgabe oder die Verordnung von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten oder auf die Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial abzielen.³²

4. Verordnung, Bezug und Zuführung im Sinne von §§ 299a, 299b Nr. 1-3 StGB

Der Begriff der „Verordnung“ meint die Verschreibung von Arzneimitteln, Heil- und Hilfsmitteln sowie Medizinprodukten zugunsten von Patienten, unabhängig davon, ob für das verschriebene Mittel oder Produkte eine Verschreibungspflicht besteht.³³ Daneben sind zur Definition der Begriffe „Arzneimittel“, „Medizinprodukte“ und „Heil- und Hilfsmittel“ die einschlägigen Begleitgesetze heranzuziehen. (§ 2 Abs. 1 AMG, §§ 32, 33 SGB V). Ebenfalls erfasst sind Tätigkeiten, die mit dem Verordnen in einem engen inneren Zusammenhang stehen, wie beispielsweise die Übersendung der Verordnung an einen anderen Leistungserbringer.³⁴

„Bezug“ ist dagegen jegliche Form des Sich-Verschaffens, sei es auf eigene oder fremde Rechnung.³⁵ Auch Teil-Handlungen wie Bestellen, Abnahme oder die Bezahlung³⁶ sollen hierunter fallen.

Laut Regierungsentwurf soll der in §§ 299a, 299b Nr. 3 StGB normierte Begriff der „Zuführung“ inhaltlich dem sozial- und berufsrechtlichen Zuweisungs-begriff entsprechen.³⁷

Grundsätzlich soll darunter jede Einwirkung auf einen Patienten zu verstehen sein, um dessen Auswahl eines Arztes oder eines anderen Leistungserbringers zu beeinflussen. Erfasst werden danach Zuweisungen und Überweisungen sowie Verweisungen und Empfehlungen.³⁸ Der Umstand, dass der Gesetzgeber hier anstelle des Begriffs

der Zuweisung mit dem (vermeintlich) weitergehenden Begriff der Zuführung eine Vielzahl von über § 31 MBO-Ä³⁹ hinausgehende Verhaltensweisen erfassen wollte, sieht sich der Kritik ausgesetzt, diffuse und unter Strafwürdigkeitsgesichtspunkten problematische Interpretationen zu provozieren.⁴⁰

5. Unlauterkeit

Eine Bevorzugung ist unlauter, wenn sie geeignet ist, Mitbewerber durch die Umgehung der Regeln des Wettbewerbs und durch Ausschaltung der Konkurrenz zu schädigen.⁴¹ Der Begriff der Unlauterkeit ist damit normativ aufgeladen und eingeschränkt wettbewerbsakzessorisch ausgestaltet. Das wird besonders deutlich, wenn man sich vergegenwärtigt, dass der Referentenentwurf für eine unlautere Bevorzugung beim Bezug verlangte, dass die Annahme der als Gegenleistung gewährten Vorteile „gegen gesetzliche oder berufsrechtliche Vorschriften“ verstößt.⁴² Nach Auffassung der SPD-Fraktion im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz wird durch das Tatbestandsmerkmal der Unlauterkeit klargestellt, dass gewünschte Kooperationen, die auch Kosten sparen würden, straflos seien.⁴³ Ob das Merkmal „in unlauterer Weise“ überhaupt eine eigenständige Bedeutung hat, wird in der Literatur zu § 299 StGB kontrovers beurteilt. Jedoch mehrten sich die Stimmen, die das Merkmal wettbewerbsakzessorisch auslegen möchten⁴⁴ und infolgedessen verlangen, dass als Mindestvoraussetzung ein Verstoß gegen wettbewerbsrechtliche Vorschriften – insbesondere die des UWG – vorliegen muss.⁴⁵ Im Umkehrschluss ergibt sich hieraus, dass wettbewerbsrechtlich erlaubte Handlungsweisen kein strafbares Verhalten darstellen können. Nach dieser Auffassung käme es ansonsten zu einem nicht hinnehmbaren Wertungswiderspruch innerhalb der wettbewerbs- und strafrechtlichen Rechtsordnungen. Diejenigen, die der „Unlauterkeit“ ihre Eigenständigkeit als Tatbestandsmerkmal absprechen, sehen diese als bloßes Motiv des Gesetzgebers an, das nur für die Auslegung des Straftatbestandes eine Rolle spiele.⁴⁶ Nach hier vertretener Auffassung führt die inhaltliche Verknüpfung von Vorteil und Bevorzugung nur *grundsätzlich* zu Unlauterkeit. Diese Einschränkung stellt sicher, dass das Tatbestandsmerkmal nicht in unzulässiger Weise überflüssig gemacht wird.⁴⁷ Denn es kann sein, dass die Verknüpfung (ausnahmsweise) erlaubt ist. Was aber z.B. sozial- oder wettbewerbsrechtlich legal ist, kann nicht strafbar sein. Es reicht allerdings nicht aus, wenn lediglich die Annahme

²⁹ BT-Drs. 18/6446, S. 18.

³⁰ Vgl. BT-Drs. 18/6446, S. 17; Fischer, § 299 Rn. 16.

³¹ Vgl. Brettel/Mand, A&R 3/2016, 99 (102); Badle, medstra 2015, 139 (140).

³² BT-Drs. 18/6446 S. 20.

³³ A.a.O., S. 20.

³⁴ A.a.O., S. 20.

³⁵ A.a.O., S. 22

³⁶ Tsambikakis, medstra 2016, 131 (135) m.w.N.

³⁷ BT-Drs. 18/6446, S. 21.

³⁸ A.a.O., S. 20.

³⁹ Zur Abgrenzung und Interpretation des Begriffs der „Zuweisung“ i.S.v. § 31 MBO-Ä s. Schmidt, Grenzen finanzieller Einflussnahme auf ärztliche Entscheidungen bei der Kooperation von Ärzten mit anderen Leistungserbringern in der Gesundheitswirtschaft, 2014, S. 87 ff.

⁴⁰ So auch Tsambikakis, a.a.O.

⁴¹ Vgl. Referentenentwurf, S. 20.

⁴² A.a.O.

⁴³ BT-Drs. 18/8106, S. 15.

⁴⁴ Rönnau, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. (2015), S. 324.

⁴⁵ Rönnau, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, a.a.O. mit Verweis auf Altenburg, Die Unlauterkeit in § 299 StGB, 2012, S. 108 ff., 160 f.

⁴⁶ Dannecker, in NK-StGB, 4. Aufl. (2013), § 299 Rn. 53; Fischer, § 299 Rn. 16.

⁴⁷ Vgl. Dann, in: FS Wessing, 2016, S. 283 (293).

eines Vorteils berufsrechtlich gestattet ist (z.B. die Einladung zu Fortbildungsveranstaltungen).

Badle ist zuzustimmen, dass es entscheidend auf die mit einem Leistungsaustausch verfolgte Zielsetzung ankommt.⁴⁸ Das präzise Herauspräparieren der Motivlage kann sowohl für Berater als auch für Ermittlungsbehörden eine große Herausforderung sein. Insbesondere auch deswegen, weil man auf Motivbündel stoßen kann und es nicht per se unzulässig ist, mit Kooperationen wirtschaftliche Interessen zu verfolgen. Im Zentrum steht zunächst die Frage, ob eine Kooperation für den Vorteilsgeber oder einen Dritten einen Nutzen hat, der nicht in einer unlauteren Bevorzugung i.S.d. §§ 299a ff. StGB besteht?⁴⁹ Ein solcher Nutzen kann z.B. in einer Verbesserung der Versorgungsqualität zugunsten der Patienten oder in der Verfolgung legitimer wirtschaftlicher Ziele liegen. Exemplarisch auf den Labor-Sektor bezogen: Dient ein Vorteil der sachfremden Beeinflussung zwecks Vermehrung von Laboraufträgen oder einer medizinisch indizierten, qualitativ hochwertigen Labordiagnostik? Ist ein positiver Nutzen gegeben, stellt sich die Frage, ob aufgrund objektiv nachvollziehbarer Gegebenheiten positiv festgestellt werden kann, dass der Vorteilsgeber daneben weitere Ziele erreichen möchte. Gradmesser wird häufig die Angemessenheit einer Vergütung sein. Unangemessenheit wird als starkes Indiz für ein unlauteres Hintergrund-Motiv angesehen werden. Dabei ist u.a. von *Schneider* herausgearbeitet worden, dass Angemessenheit ein relativer Begriff ist und kein Fixum beschreibt. Es gibt eine Unter- und eine Obergrenze, die den Bereich des Angemessenen einhegt. Präzisierungen müssen anhand objektiver Kriterien erfolgen, die unter Compliance-Gesichtspunkten präzise dokumentiert werden sollten.⁵⁰ Zu diesen Kriterien zählen – ohne Anspruch auf Vollständigkeit: Zeitaufwand, Schwierigkeit der Leistung, Kompetenz und Renommee des Leistungserbringers, Angebot und Nachfrage im Hinblick auf die zu erbringende Leistung sowie die mögliche Bezugnahme auf GOÄ, EMB oder DRG.⁵¹

Noch geklärt werden muss, welche Konsequenzen sich für die Auslegung von § 299a Abs. 1 StGB aus der Streichung der ursprünglich vorgesehenen Berufsrechtsvariante ergeben („Verletzung der Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit“). Wenn man „Bedenken im Hinblick auf die Unbestimmtheit und Uneinheitlichkeit bei einem Teil der in Bezug genommenen Berufsordnungen“ Rechnung tragen will,⁵² müsste man dann nicht auch eine mittelbare Anwendung des Berufsrechts bei der Prüfung

der Unlauterkeit einer Bevorzugung ausschließen? Wenn es um einen strafbarkeitsbegründenden Rekurs geht, dürfte ein solcher in der Tat unzulässig sein.⁵³ Darüber hinaus wäre mit ihm auch kein echter Mehrwert verbunden, wenn man dem obigen Vorschlag zur Bestimmung von Unlauterkeit folgt. Zu einem anderen Ergebnis kommt man, wenn das Berufsrecht oder andere Regelungsmaterien eine vorteilsgesteuerte Bevorzugung zulassen sollten (siehe oben). Die eigentliche Bedeutung von Berufs- und Sozialrecht wird man darin sehen müssen, dass gesteigerte Anforderungen an die Darlegung eines Anfangsverdachts gelten sollen, wenn Kooperationen ausdrücklich anerkannt und erwünscht sind. Sofern keine besonderen Umstände hinzutreten, spricht der erste Anschein in solchen Fällen nicht für eine Unrechtsvereinbarung. Das schließt selbstverständlich nicht aus, dass auch grundsätzlich erwünschte Kooperationsmodelle mit genügend Energie und Phantasie pervertiert werden können.

Eine Strafbarkeit soll entfallen, wenn ein Heilberufangehöriger ihm beim Bezug gewährte Rabatte oder Vorteile zugunsten des Patienten bzw. des zuständigen Kostenträgers annimmt, um sie an diesen weiterzureichen. Derartige Rabatte dienen dem Wettbewerb und seien im Interesse des Patienten bzw. des Kostenträgers. Es bestehe eine Parallele zu einer straflosen Geschäftsinhaberbestechung i.S.d. § 299 StGB.⁵⁴ Gleiches gelte in den Fällen, in denen der Heilberufler nicht als Beauftragter des Patienten handle, sondern auf eigene Rechnung für seinen Geschäftsbetrieb.⁵⁵ In diese Kategorie fallen nach hier vertretener Auffassung auch solche Fälle, in denen z.B. Medizinprodukte von Ärzten zulässigerweise zu einem Pauschalpreis abgerechnet werden können.⁵⁶ Mit der Einräumung dieser Möglichkeit wird bewusst auf eine Abrechnung in Höhe des realen Einkaufspreises verzichtet. Chancen und Risiken des Einkaufs werden bewusst auf den Arzt verlagert. Damit wird diesem die Möglichkeit eröffnet, einen Gewinn zu erwirtschaften.⁵⁷ Auf die Weitergabe eines etwaigen Gewinns an den betroffenen Kostenträger wird so lange verzichtet, wie keine ausdrücklich geregelte Verpflichtung dazu besteht. Im Ergebnis steht es dem Arzt frei, die Preisvorteile aus einem erwünschten Anbieterwettbewerb zu ziehen. In Ansehung der wettbewerbsrechtlichen Rechtsprechung dürfte dieser Wettbewerb nicht grenzenlos zulässig sein.⁵⁸ Bei permanenten Angeboten unter Selbstkostenpreis kann je nach Sachverhalt der Verdacht entstehen, dass es nicht allein um den Absatz des angebotenen Produktes, sondern um eine Vor-

⁴⁸ *Badle*, medstra 2015, 139.

⁴⁹ Vgl. *Schneider*, medstra 2016, 202(195), der allerdings allein auf einen plausiblen ökonomischen Nutzen abstellt.

⁵⁰ Vgl. *Heil/Oeben*, PharmaR 2016, 217 (222), die ebenfalls für eine ordnungsgemäße Dokumentation der Zusammenarbeit plädieren.

⁵¹ S. hierzu auch die von einigen Medizinrechtlern im Jahr 2016 veröffentlichte sog. „Würzburger Erklärung“, in der detailliertere Angemessenheitsabwägungen angestellt werden. Abrufbar unter <http://www.medstra-online.de/pdf/Wuerzburg.pdf>, zuletzt abgerufen am 16.10.2016.

⁵² BT-Drs. 18/8106, S. 16; Bedenken gegen das Berufsrechtsmodell hinsichtlich der Uneinheitlichkeit und der Entscheidungsgewalt der Selbstverwaltungsorgane über die Bestimmung, welche Art von Zusammenarbeit zwischen Angehörigen von Heilberufen und Dritten als legitim angesehen werden kann, finden sich bei *Diener*, PharmaR 2015, 529 (531) und *Geiger*, medstra 2015, 97 (103)

⁵³ S. aber auch *Brettel/Mand*, A & R 2016, 99 (103), die in die entgegengesetzte Richtung denken.

⁵⁴ BT-Drs. 18/8106, S. 16.

⁵⁵ *Referentenentwurf*, S. 20.

⁵⁶ S. hierzu auch das im Internet abrufbare Gutachten von *Wigge/Steinhäuser*, Zur Auswirkung des Antikorruptionsgesetzes auf die Abrechnung von KM-Pauschalen“, Stand: Juni 2016.

⁵⁷ Vgl. dazu in allgemeiner Hinsicht LSG NRW, Beschl. v. 28.12.2010, L 11 KA 60/10 B ER, Rn. 91.

⁵⁸ Vgl. *BGH*, GRUR 2005, 1059 (1060).

teils-gewährung im Hinblick auf andere Bezugsentscheidungen geht.

Darüber hinaus soll es bei branchenüblichen und allgemein gewährten Rabatten und Skonti an einer Unrechtsvereinbarung fehlen, da diese nicht als Gegenleistung für eine konkrete Bezugsentscheidung gewährt, sondern allgemein gegenüber jedermann angeboten werden. Aufgrund der Regelung in § 7 Abs. 1 Nr. 2 lit. A HWG unterfielen Preisnachlässe beim Bezug grundsätzlich nicht dem Straftatbestand des § 299a StGB, sofern diese nicht gezielt in verdeckter Form gewährt würden.⁵⁹

Der in den Gesetzgebungsmaterialien enthaltene Verweis auf die zutreffend als straflos qualifizierte „Geschäftsinhaberbestechung“ konfliktiert aber in gewisser Weise mit der Entscheidung des Großen Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 29.3.2012⁶⁰. Danach sind niedergelassene Vertragsärzte gerade keine Beauftragten der gesetzlichen Krankenkassen. Wer diese immer noch als Geschäftsinhaber i.S.d. § 299a StGB einordnet, wie es oben anklagt, negiert letztlich die Notwendigkeit der neu geschaffenen Tatbestände. Geschäftsherr der Normadressaten des § 299a StGB ist unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des Großen Strafsenats allein der Patient. Dessen Rechtsposition muss jedenfalls in Zuführungsfällen stärker in Mittelpunkt gerückt werden, um zu tragfähigen und strafrechtsautonomen Auslegungsergebnissen zu gelangen. Patienten müssen nur dort vor Instrumentalisierung mit den Mitteln des Strafrechts geschützt werden, wo dies unter Zugrundelegung eines modernen Patientenbildes notwendig ist. Patienten sind mangels eigener Fachkunde bzw. aufgrund von Informationsasymmetrien nicht dazu in der Lage, die Angemessenheit von Medikamentenverordnungen etc. zu beurteilen. Folglich sind sie an dem damit verbundenen Entscheidungsprozess nicht zu beteiligen. Der Arzt entscheidet hier aufgrund besonderer Fachkompetenz alleine und darf deswegen nicht vorteilsgeleitet handeln. Im Hinblick auf die Fähigkeit, selbstbestimmt zu entscheiden, verhält es sich, trotz des berufsrechtlichen Empfehlungsverbots (vgl. § 31 Abs. 2 MBO-Ä) anders. Dieser Umstand kann bei der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial relevant werden. Die Entscheidung, wo man sich oder z.B. sein Blut untersuchen lassen möchte, obliegt dem betroffenen Patienten. Dass die Freiheit, sich insoweit zu entscheiden, bereits durch eine Empfehlung in strafwürdiger Weise ausgehebelt wird, drängt sich nicht unbedingt auf.⁶¹ Das Wettbewerbsrecht verlangt auch beim Vorliegen von Vertrauensverhältnissen eine Einzelfallprüfung, ob die Fähigkeit des Verbrauchers, sich aufgrund von Informationen zu entscheiden, *spürbar* beeinträchtigt wird.⁶² In Zeiten, in denen sich ärztliche Bewertungsportale im Internet großer Beliebtheit erfreuen, bedürfte es genauerer Erkenntnisse zu der vielfach apostrophierten Patientenhörigkeit, bevor man in diesem Bereich das Strafrecht zur Anwendung

bringt. Nach einer Studie der Universität Witten, in der 1925 Patienten befragt wurden, wählen 60% das Krankenhaus selbst aus, bei den übrigen entscheidet die Notfallrettung (11%), der Facharzt (10%), der Hausarzt (8%), Angehörige (3%) oder andere (8%).⁶³ 91% aller Befragten seien mit ihrer Beteiligung an der Entscheidung zufrieden bzw. sehr zufrieden gewesen. Die wichtigsten Informationsquellen vor der Krankenhausaufnahme (Mehrfachnennung) seien die eigene Kenntnis des Krankenhauses durch einen früheren Aufenthalt (46%), Angehörige (18%), der Facharzt (15%), das Internet (11%) und der Hausarzt (10%). Im Ergebnis werden die ambulanten Behandler in einer prominenten Position als Informationsvermittler gesehen. Nach Erkenntnissen des Bundeskartellamts sucht der weit überwiegende Teil der Patienten grundsätzlich Krankenhäuser in enger räumlicher Nähe zum Wohnort auf, um problemlos von Familienangehörigen und Freunden besucht werden können.⁶⁴

Um auf den oben als erheblich identifizierten Aspekt der Patientenmanipulation zurückzukommen: Wenn ein Arzt Gesellschafter eines Gesundheitsunternehmens ist, von dessen Qualität er überzeugt ist, und nach Empfehlungen fragende Patienten darüber aufklärt, dass er von den Einnahmen dieses Unternehmens mittelbar profitiert, kann der Patient eine autonome Entscheidung fällen, ob er sich für dieses oder ein anderes Unternehmen entscheidet. In diesem Fall liegt keine Störung des freien Wettbewerbs vor.⁶⁵ Es liegt weder eine Instrumentalisierung des Patienten durch Machtausübung oder Irreführung noch eine strafwürdige Benachteiligung von Konkurrenz vor. Das gilt m.E. auch dann, wenn der Arzt einen Patienten ungefragt informiert, mag in diesen Konstellationen auch das Berufsrecht auf den Plan treten. Damit bedarf es in der Zuführungsvariante einer einengenden Tatbestandsauslegung.

6. „Im inländischen oder ausländischen Wettbewerb“

Zu dem Tatbestandsmerkmal „im inländischen oder ausländischen Wettbewerb“ findet man in den Gesetzgebungsmaterialien keine weiterführenden Erläuterungen. Dieser Umstand dürfte dadurch zu erklären sein, dass der Gesetzgeber sich erkennbar an § 299 StGB orientiert hat und die diesbezüglichen Auslegungsgrundsätze angewendet wissen will. Da der Tatbestand keine Beschränkung auf deutsche Heilberufler enthält, findet er auch auf die Bestechung ausländischer Angehöriger von Heilberufen im Rahmen ausländischen Wettbewerbs Anwendung:

Durch die Gesetzesformulierung „im (...) Wettbewerb“ kommt jedoch hinreichend deutlich zum Ausdruck, dass jedenfalls zum Zeitpunkt der intendierten Bevorzugung eine Wettbewerbslage subjektiv bestehen muss. Der Vorzug des Vorteilsgewährenden muss sich daher auf das Be-

⁵⁹ Referentenentwurf, S. 20.

⁶⁰ BGH, NJW 2012, 2530.

⁶¹ Vgl., in allgemeiner Hinsicht, Heermann, in: MüKo-Lauterkeitsrecht, Bd. 1, 2. Aufl. (2014), § 4 Nr. 11 UWG Rn. 254. S. auch Köber, A&R 2014, 262 (267).

⁶² Vgl. Pahlow, in: Teplitzky/Peifer/Leistner, UWG, 2. Aufl. (2013), § 4 Nr. 1 Rn. 224.

⁶³ Abstract abrufbar über: <http://www.egms.de/static/de/meetings/dkfv2013/13dkvf219.shtml> zuletzt besucht am 19.10.2016.

⁶⁴ BKartA, Beschl. v. 14.5.2014 – B3-135/13, BeckRS 2015, 09383, Rn. 71.

⁶⁵ So auch Schneider, medstra 2016, 195 (202).

stehen einer Wettbewerbslage zum Zeitpunkt der Bevorzugung richten, mithin darauf, dass zu diesem Zeitpunkt ein Kreis von Mitbewerbern besteht, auf deren Ausschaltung die Zuwendung abzielt.⁶⁶ Wer seine Marktstellung langfristig absichern und nur denkbare Wettbewerber in der Zukunft ausschalten möchte, handelt nach hier vertretener, aber umstrittener Auffassung nicht tatbestandsmäßig.

7. Strafraumen

Als Strafraumen sehen die §§ 299a, 299b StGB Geldstrafe oder Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren vor. In einem besonders schweren Fall (§ 300 StGB) kann das Strafmaß auf bis zu fünf Jahre Freiheitsstrafe erhöht werden. Die aktuelle Rechtsprechung geht davon aus, dass ein Vorteil großen Ausmaßes i.S.v. § 300 S. 2 Nr. 1 StGB dann vorliegt, wenn unter Berücksichtigung einzelfallbezogener Umstände eine Wertgrenze von 50.000 Euro erreicht ist.⁶⁷

8. Verfallsaspekte

Noch nicht endgültig geklärt ist, ob sich Ärzte Rückforderungsansprüchen ausgesetzt gesehen, wenn die von ihnen erbrachten Leistungen auf eine strafbare Unrechtsvereinbarung im Sinne einer Zuweisung gegen Entgelt zurückzuführen sind. Die Beantwortung dieser Frage entscheidet auch über die Anwendbarkeit von § 73 Abs. 1 S. 2 StGB, wonach die Anordnung eines Verfalls ausgeschlossen ist, soweit dem Verletzten aus der Tat ein Anspruch erwachsen ist, dessen Erfüllung dem Täter oder Teilnehmer den Wert des erlangten Etwas entziehen würde. Verletzter kann auch eine Körperschaft des öffentlichen Rechts sein. Zunächst ist zu klären, wer im Hinblick auf die §§ 299a, 299b StGB als Verletzter anzusehen ist. Danach sind dessen Ansprüche aus der Tat zu prüfen: Räumt man der sog. streng formalen Betrachtungsweise einen extrem weiten Anwendungsbereich ein, so wird man zu dem Ergebnis kommen, dass auf Korruption beruhende Leistungen vertragsarztrechtlich nicht abrechenbar sind, sofern gleichzeitig ein Verstoß gegen § 73 Abs. 7 oder § 128 SGB V vorliegt. Einige Amtsgerichte haben bereits in diese Richtung entschieden. Auch das *LSG Niedersachsen-Bremen* hat in einem Urteil vom 8.6.2016 judiziert, dass Honorarabrechnungen nicht nur im Falle rechnerischer oder gebührenordnungsmäßiger Fehler rechtswidrig sind, sondern immer dann, wenn der Vertragsarzt Leistungen unter Verstoß gegen Vorschriften über formale und inhaltliche Voraussetzungen der Leistungserbringung durchgeführt und abgerechnet hat.⁶⁸ In diesem Kontext seien auch Leistungen zu berücksichtigen, die der Vertragsarzt in Ausnutzung einer unerlaubten Zuweisung von Patienten oder von Untersuchungsmaterial erbracht hat. Hiergegen bestehen durchgreifende Bedenken. Es besteht kein Grund, unter Abweichung von zivilrechtlichen Maßstäben eine Infektion lege artis und wirtschaftlich erbrachter Leistungen das Wort zu reden und Korruptionsverbote

zu Abrechnungsvoraussetzungen zu stilisieren. Auch wenn man, wie der Verfasser, einer streng formalen Betrachtungsweise im Strafrecht ablehnend gegenübersteht, mag man gerade noch konzedieren, dass es nicht einer gewissen Logik entbehrt, Honoraransprüche nur bei strikter Beachtung von Abrechnungsregeln anzuerkennen. Hinzu kommt, dass sich der Gesetzgeber in § 128 SGB V mit den Rechtsfolgen von Verstößen auseinandergesetzt und keinen Verlust der Abrechenbarkeit vorgesehen hat. Festzuhalten bleibt, dass in Zukunft Fälle denkbar sind, in denen der Staat ein wirtschaftliches Interesse an einer punktuellen Einschränkung der streng formalen Betrachtungsweise haben kann.

III. Überlegungen zu Praxisfällen

Die nachfolgenden Gedanken sind überwiegend fragmentarischer Natur. Sie sollen die Notwendigkeit vertiefter Diskussion aufzeigen. Eine Beschränkung strafrechtlicher Falllösungen auf das ungefilterte Aufsaugen berufsrechtlicher Wertungen würde der Autonomie des strafrechtlichen Subsystems nicht gerecht.

1. Zuweisungen zwischen MVZ und Krankenhaus

Die §§ 299a, 299b StGB verlangen, dass Vorteilsgeber und Vorteilsnehmer nicht identisch sind. Anders ausgedrückt: Der Nehmer muss im Verhältnis zum Geber ein Anderer/Dritter sein. Es wird an anderer Stelle herauszuarbeiten sein, unter welchen Voraussetzungen eine tatbestandsausschließende Identität besteht. Hier können nur erste Überlegungsansätze anhand eines Beispiels präsentiert werden: Wenn in einem Medizinischen Versorgungszentrum (im Folgenden: MVZ) ambulant tätige Ärzte zugleich in einem unter gleicher Trägerschaft stehenden Krankenhaus stationär arbeiten, führt diese Paralleltätigkeit automatisch zu Wettbewerbsvorteilen. Denn ein Patient, der mit der ambulanten Versorgung in einem MVZ zufrieden ist, wird sich regelmäßig dafür entscheiden, sich von dem dortigen Behandler auch stationär betreuen zu lassen.⁶⁹ Da Krankenhäuser gegenüber Patienten nicht mit Preisen, sondern nur mit Qualität und Spezialisierungen punkten können,⁷⁰ ist das Herstellen einer engen Bindung qua ambulanter MVZ-Behandlung ein großer strategischer Vorteil. *Möller/Dahm/Remplik* sehen die Gefahr, dass jedenfalls auf lange Sicht die freie Arztwahl und das Wahlrecht bei der Inanspruchnahme stationärer Einrichtungen unterlaufen werden können.⁷¹

Es gibt im Strafrecht jedenfalls kein allgemeines Konzernprivileg, das die Bestechung von Mitarbeitern eines Konzernunternehmens bereits dem Grunde nach ausschließt.⁷² Tatbestandsreduzierungen, die im Rahmen von § 299 StGB diskutiert werden, wenn ein Angestellter eines Konzern-Unternehmens Vorteile für ein anderes Konzern-Unternehmen fordert, können auf § 299a StGB nicht übertragen werden. Der in einem MVZ angestellte Arzt

⁶⁶ *Fischer*, § 299 Rn. 15.

⁶⁷ *BGH*, NStZ-RR 2015, 278 (280).

⁶⁸ *LSG Niedersachsen-Bremen*, Urte. v. 8.6.2016 - L 3 KA 6/13, BeckRS 2016, 70991.

⁶⁹ *BKartA*, Beschl. v. 14.5.2014 - B3-135/13, BeckRS 2015, 09383, Rn. 260.

⁷⁰ *BKartA*, BeckRS 2015, 09383, Rn. 207.

⁷¹ *Möller/Dahm/Remplik*, in: *Ratzel/Luxenburger* (Hrsg.), *Handbuch Medizinrecht*, 3. Aufl. (2015), 9 Rn. 107.

⁷² *Pfaffendorf*, *NZWist* 2016, 8 (14 m.w.N.).

hat eine Drittverantwortung gegenüber seinen Patienten und ist insoweit nicht ausschließlich den Interessen seines Arbeitgebers verpflichtet. Mag es sich bei einem MVZ und einem Krankenhaus unter gleicher Trägerschaft auf übergeordneter Ebene auch um wirtschaftliche Einheiten handeln, so geht es doch um unterschiedliche Rechtssubjekte, die unterschiedlichen Sektoren (ambulant/stationär) zuzuordnen sind. Dass Zuweisungsverbote und das Recht auf freie Arztwahl selbst dann gelten, wenn die Behandlung innerhalb einer Teilberufsausübungsgemeinschaft oder eines Krankenhauses erfolgt, spricht tendenziell ebenfalls für eine Anwendbarkeit der §§ 299a, 299b StGB in Konzernkonstellationen. Das Vorliegen einer subjektivierte Wettbewerbskonstellation wird man in solchen Fällen regelmäßig nicht bestreiten können, solange der Patient die freie Wahl hat, sich zwischen verschiedenen „Anschlussbehandlern“ zu entscheiden.

Eine echte Apparategemeinschaft ist entgegen einer unlängst geäußerten Auffassung kein Dritter im Verhältnis zu demjenigen Arzt, der in dieser Gemeinschaft als Gesellschafter persönlich Leistungen erbringt.⁷³ Das Labor ist als ausgelagerter Teil seiner Praxis zu betrachten, in dem ihm zuzurechnendes Personal arbeitet. Es handelt sich allenfalls um Fälle einer zulässigen Selbstzuweisung und nicht um solche einer tatbestandlichen Drittzuweisung. Dementsprechend scheint in der Gesetzesbegründung auf, dass es bei Selbstzuweisungsfällen einer Einzelfallprüfung bedarf, ob eine Unrechtsvereinbarung i.S.d. §§ 299a ff. StGB vorliegt.⁷⁴ Hierbei ist zu berücksichtigen, dass – auch wenn der Begriff der Selbstzuweisung nirgends verbindlich definiert ist – darunter in der Regel solche Fälle subsumiert werden, in denen der Zuweisende die Leistung anschließend selbst erbringt.⁷⁵

2. Medizintourismus

Ökonomisch betrachtet sind ausländische Patienten für einige Krankenhäuser eine bedeutende Einnahmequelle. Medienberichten zufolge sind häufig externe Betreuer dafür zuständig, die Anreise nach Deutschland zu planen, Fahr- und Dolmetscherdienste zu organisieren, als Ansprechpartner für Angehörige zu fungieren oder andere nicht-medizinische Dienstleistungen zu erbringen. Häufig sollen Privatpersonen oder Agenturen aber auch nur reine Vermittlungsleistungen gegen Entgelt erbringen. Zwei Drittel aller im Geschäftsfeld „Internationale Patienten“ tätigen Kliniken sollen mit solchen Dienstleistungsagenten zusammenarbeiten.⁷⁶ Sofern solche Betreuer/Vermittler von den Kliniken und nicht von den Patienten bezahlt werden, stellt sich die Frage, ob solche Kooperationen als Vehikel für die Steuerung von Patientenströmen genutzt werden. Ein entsprechender Verdacht könnte entstehen, wenn die Vergütung des Betreuers unangemessen hoch ist

und kein professioneller Werbeauftritt vorliegt. Aus spezifisch strafrechtlicher Sicht geht es um die Plausibilität der Annahme, dass ein Betreuer ohne Weitergabe von Vorteilen an ausländische Ärzte dazu in der Lage ist, Patienten zum Besuch eines bestimmten Krankenhauses in Deutschland zu motivieren. Wie immer entscheiden die Umstände des Einzelfalls. Wenn ein Betreuer nachvollziehbare Werbe-Aktivitäten zugunsten seines renommierten deutschen Vertragspartners entfaltet, z.B. durch Messe-Auftritte und Annoncen in ausländischen Zeitschriften und Fachmedien, drängt sich die Bestechung eines ausländischen Arztes nicht auf. Sollte sich allerdings herausstellen, dass ein Betreuer mit Wissen einer deutschen Klinikleitung Teile seiner Vergütung an medizinische Entscheidungsträger im Ausland weitergibt, um die Zuführung von Patienten zu erreichen, kommt eine Strafbarkeit nach § 299b StGB in Betracht. Die Vorschrift ist ersichtlich nicht auf deutsche Heilberufler beschränkt und dient auch dem Schutz des internationalen Wettbewerbs, wobei hier schon der nationale Wettbewerb um die Behandlung solcher Patienten tangiert sein wird. Sofern ein Krankenhausarzt erfolgsabhängige Provisionen gegenüber Vermittlern verspricht, verletzt er nach einer zivilrechtlichen Entscheidung des *LG Kiel*⁷⁷ das ärztliche Berufsrecht.

3. Beteiligung an Unternehmen

Die Beteiligung von Ärzten an Unternehmen, deren Gewinn sie unmittelbar beeinflussen können,⁷⁸ wird aus berufsrechtlicher Warte äußerst kritisch gesehen. Nach den Gesetzesmaterialien soll es auch für die strafrechtliche Bewertung darauf ankommen, ob ein Gesellschafter „bei objektiver Betrachtung durch seine Patientenzuführung einen spürbaren Einfluss auf den Ertrag aus seiner Beteiligung nehmen kann“.⁷⁹ Diese Perspektive ist nach der Auffassung des Verfassers nicht zielführend. Von einer Missbrauchsmöglichkeit darf nicht vorschnell auf eine tatsächliche Missbrauchsabrede geschlossen werden. Es soll hier nicht angezweifelt werden, dass es überaus verlockend sein kann, einem Unternehmen, an dem man beteiligt ist, Patienten zuzuführen, wenn man hiervon wirtschaftlich profitiert. Daraus zu folgern, dass die Beteiligung des Gesellschafters tatsächlich auf eine Zuweisung gegen Entgelt bzw. eine Unrechtsvereinbarung gerichtet ist, erscheint zumindest nicht zwingend.⁸⁰ Daher wären die Ermittlungsbehörden auch in solchen Fällen gehalten, durch Patientenbefragungen zu überprüfen, ob überhaupt gezielte Zuweisungen erfolgt sind oder ob sich der beteiligte Arzt an die Regeln des Berufsrechts gehalten hat. Dass die §§ 299a, 299b StGB die bloße Gefahrschaffung bezüglich einer Unrechtsvereinbarung pönalisieren, ist nicht ersichtlich. Gleichwohl empfiehlt es sich unter Vorsichtsgesichtspunkten derzeit, entsprechende Beteiligungsmodelle entsprechend kritisch zu prüfen.

⁷³ Vgl. aber *Badle/Raschke*, medstra 2016, 259 (264 f.).

⁷⁴ BT-Drs. 18/6446, S. 19.

⁷⁵ Vgl. auch *BGH*, GRUR 2012, 1050, (1052): „Nichts anderes gilt, wenn er ein solches Labor auslagert und von einem Dritten betreiben lässt“.

⁷⁶ Instruktiv *Juszczak*, Internationale Märkte – Potenziale für deutsche Krankenhäuser, in: Debatin u.a. (Hrsg.), Krankenhausmanagement, 2. Aufl. (2013), S. 151 (155).

⁷⁷ *LG Kiel*, Urt. v. 28.10.2011 - 8 O 28/11, BeckRS 2012, 04667.

⁷⁸ Und damit auch die Höhe ihrer Gewinnausschüttung.

⁷⁹ BT-Drs. 16/6446, S. 19; *Pragal/Handel*, medstra 1/2016, 22 (25).

⁸⁰ Vgl. *Travers*, Kopplungsangebote, S. 177: Interessenkonflikt kann Indiz für Unrechtsvereinbarung sein. „Das Vorliegen derselben muss allerdings auch in solchen Fällen im Einzelnen anhand der hohen strafrechtlichen Beweisvoraussetzungen belegt werden.“

IV. Ausblick

Bis Oktober 2016 ist jedenfalls in der Öffentlichkeit noch nicht über die Einleitung einschlägiger Ermittlungsverfahren berichtet worden.⁸¹ Nach der Einschätzung von Schwerpunktstaatsanwaltschaften ist es allerdings nur eine Frage der Zeit, bis es aufgrund anonymer oder offener Anzeigen zu entsprechenden Verfahren kommen wird. Es bleibt abzuwarten, mit wie viel Sensibilität die neu eingeführten Normen angewendet werden und ob, die Befürchtung, dass Strafanzeigen dazu missbraucht werden könnten, gesundheitspolitische oder wirtschaftliche

Partikularinteressen entgegen der eigentlichen Zielsetzung durchzusetzen⁸², sich bewahrheiten wird. Wünschenswert ist jedenfalls, dass Kostenträger, Körperschaften und Interessenvertreter von Leistungserbringern und Warenanbietern zu einem belastbaren Konsens über Kooperations- und Vergütungsmodelle kommen. Der im SGB V vorgesehene Erfahrungsaustausch – allein zu Unregelmäßigkeiten – reicht insoweit nicht aus. Die Möglichkeiten, Rechtssicherheit durch formelle und faire Verfahren herzustellen, sind ebenfalls maximal auszuloten.⁸³

⁸¹ Vgl. Deutsches Ärzteblatt vom 14.10.2016; 113(41): A-1789 / B-1509 / C-1501.

⁸² Dann/Scholz, NJW 2016, 2077 (2080).

⁸³ Vgl. Scholz, MedR 2015, 572 (576).

Die StPO-Reform: Großer Wurf oder vertane Chance?

von Rechtsanwalt Dr. Eren Basar und
Prof. Dr. Anja Schiemann*

Abstract

Heiko Maas hatte sich viel vorgenommen, als er eine Expertenkommission damit beauftragte, Empfehlungen zu erarbeiten, die das Strafverfahren effektiver und praxistauglicher machen. Der im Oktober 2015 vorgelegte Bericht befürwortete zahlreiche Änderungen und Ergänzungen, blieb aber für viele Betrachter hinter den Erwartungen einer „großen“ StPO-Reform zurück. Der Regierungsentwurf des BMJV folgte vergleichsweise schnell, er fährt den Katalog an Veränderungen jedoch noch einmal spürbar herunter. Schnell geschossen heißt nicht unbedingt gut getroffen, so möchte man der Bewertung im Fazit vorweggreifen. Viele Änderungen sind sicher gut und richtig, allerdings werden viele drängende (Dauer-)Probleme des deutschen Strafverfahrens nicht angegangen.

I. Gesetzentwürfe wohin man schaut – StPO-Reform als Stückwerk?

Der Referentenentwurf eines Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens enthält Änderungen und/oder Ergänzungen in Bezug auf 25 Paragraphen der Strafprozessordnung.¹ Aber dieser Entwurf ist nicht der einzige derzeit kursierende, der sich der Reformierung des Strafverfahrens widmet, er ist allerdings der einzige, der den von Bundesjustizminister Heiko Maas gesetzten Slogan aufgreift, das Strafverfahren solle effektiver und praxistauglicher werden. Gut eine Woche nach Veröffentlichung dieses Gesetzentwurfs wurde der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches, des Jugendgerichtsgesetzes und der Strafprozessordnung Online gestellt,² der auch eine Forderung der eingesetzten Expertenkommission aufgreift, nämlich die Abschaffung des Richtervorbehalts in § 81a Abs. 2 StPO bei Straßenverkehrsdelikten – allerdings konnte man sich im Referentenentwurf nur zu einer Ergänzung des Abs. 2 entschlie-

ben.³ Ferner sind in diesem Entwurf kleinere Änderungen im siebten und achten Buch der Strafprozessordnung vorgesehen.

Der Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Strafverfahren und zur Änderung des Schöffengerichts⁴ dient der Umsetzung der Richtlinie 2013/48/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.10.2013 über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand in Strafverfahren und in Verfahren zur Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls sowie über das Recht auf Benachrichtigung eines Dritten bei Freiheitsentzug und das Recht auf Kommunikation mit Dritten und mit Konsularbehörden während des Freiheitsentzugs.⁵ Dieser Regierungsentwurf ist insoweit europäischen Vorgaben geschuldet, die bereits vor Einsetzung der Expertenkommission gefordert wurden. Vorgesehen ist u.a. ein Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei polizeilichen Vernehmungen und Gegenüberstellungen, das übrigens auch von der Expertenkommission empfohlen wird.⁶ Daneben sieht der Gesetzentwurf auch eine Erweiterung der Hinweispflichten in der Strafprozessordnung (z.B. § 136 Abs. 1 S. 2 StPO-E) und im Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen vor (§ 83c Abs. 2 IRG). Darüber hinaus wird im Jugendgerichtsgesetz § 67a JGG-E neu eingefügt, nach dem die Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter bei einer Freiheitsentziehung des Jugendlichen zu unterrichten sind.⁷ Außerdem wird Staatsanwaltschaft und Verteidigung oder Nebenklagevertretung gestattet, bei richterlichen Vernehmungen des Zeugen oder Beschuldigten Fragen zu stellen und Erklärungen abzugeben (§§ 168c, 406h StPO-E). Auch die Vorschriften im EGGVG zur sog.

* Dr. Eren Basar ist Rechtsanwalt und Partner in der auf Wirtschafts- und Steuerstrafrecht ausgerichteten Kanzlei Wessing & Partner in Düsseldorf. Prof. Dr. Anja Schiemann ist Fachgebietsleiterin an der Deutschen Hochschule der Polizei in Münster, Department Kriminal- und Rechtswissenschaften, Fachgebiet Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminalpolitik.

¹ Abrufbar unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Gesetz_zur_effektiveren_und_praxistauglicheren_Ausgestaltung_des_Strafverfahrens.pdf?__blob=publicationFile&v=1, S. 4 ff., zuletzt abgerufen am 3.10.2016.

² Abrufbar unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Aenderung_StGB.pdf?__blob=publicationFile&v=2, zuletzt abgerufen am 3.10.2016.

³ Dieser Referentenentwurf und damit auch die Änderungen in § 81a StPO sind aber nicht Gegenstand der hiesigen Erörterungen. Abs. 2 wurde um folgenden Passus ergänzt: „Die Anordnung der Entnahme einer Blutprobe steht abweichend von Satz 1 der Staatsanwaltschaft, bei Gefährdung des Untersuchungserfolges durch Verzögerung auch ihren Ermittlungspersonen zu, wenn tatsächliche Anhaltspunkte für eine rechtswidrige Tat vorliegen, die der Beschuldigte bei oder im Zusammenhang mit dem Führen eines Kraftfahrzeuges oder unter Verletzung der Pflichten eines Kraftfahrzeugführers begangen hat.“

⁴ Abrufbar unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Beschuldigtenrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=1, zuletzt abgerufen am 3.10.2016.

⁵ ABIL 294 v. 6.11.2013, S. 3.

⁶ Abrufbar unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Abschlussbericht_Reform_StPO_Kommission.pdf?__blob=publicationFile&v=2, S. 15; zuletzt abgerufen am 3.10.2016.

⁷ Hierzu und zu Ausnahmefällen o. Fn. 4, S. 8.

Kontaktsperre werden reformiert. Allerdings ist von der geplanten Abschaffung des Kontaktsperregesetzes keine Rede mehr.⁸ Vielmehr werden Ergänzungen dergestalt vorgenommen, dass bei einer Kontaktsperre der Zugang zum Verteidiger nicht mehr in allen Fällen ausgeschlossen ist.⁹ Daneben sieht auch der Regierungsentwurf zur Einführung der elektronischen Akte in Strafsachen und zur weiteren Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs vom 17.8.2016 Änderungen vor, die „den technischen Fortschritt nachvollziehen und die Strafjustiz modernisieren“ sollen.¹⁰ Vorgesehen ist hier die Einfügung eines neuen Abschnitts ins 1. Buch der Strafprozessordnung unter der Überschrift „Aktenführung und Kommunikation im Verfahren“ (§§ 32-32f StPO-E), zudem daraus resultierende Folgeänderungen sowie die Einfügung von Paragrafen zum Schutz personenbezogener Daten in einer elektronischen Akte und zur Verwendung personenbezogener Daten aus elektronischen Akten (§§ 496 ff. StPO-E).¹¹

Ferner ist am 2.6.2016 ein Referentenentwurf des BMJV zur Erweiterung der Medienöffentlichkeit in Gerichtsverfahren und zur Verbesserung der Kommunikationshilfen für Sprach- und Hörbehinderte (EMöGG) veröffentlicht worden.¹²

Diese Partikulargesetzentwürfe machen deutlich, dass es die große StPO-Reform nicht gibt, sondern zersplitterte Reförmchen. Ob dabei zu viele Köche den Brei verderben, ist nicht gesagt, zumal die Rezeptur immer aus dem gleichen Ministerium kam. Allerdings geht durch die unterschiedlichen Gesetzentwürfe das Gesamtbild verloren. Nicht vorzuwerfen ist es aber, dass das Zweite Gesetz zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Strafverfahren Informations- und Verteidigungsrechte separat ausweitet, da hier eine entsprechende Richtlinie umgesetzt werden sollte. Des Weiteren war es dringend geboten, den Gleichklang mit den zunehmenden Opferrechten zumindest annähernd wiederherzustellen. Hier war es aufgrund des 3. Opferrechtsreformgesetzes¹³ – übrigens ebenfalls durch eine europäische Richtlinie initiiert¹⁴ – dringend erforderlich, auch die Verfahrensrechte der Beschuldigten anzupassen.

Unverständlich ist dagegen die künstliche Abspaltung der Reform des § 81a StPO (Richtervorbehalt bei der

Blutprobenentnahme) im Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches, des Jugendgerichtsgesetzes und der Strafprozessordnung.¹⁵

II. Die Empfehlungen der Expertenkommission

1. Ziele der Reform

Die Ziele von *Maas* waren im Juli 2014 hoch gesteckt, als er in seiner Eröffnungsrede forderte, es gehe ihm nicht um eine kurzfristige Reparaturgesetzgebung mit kleinteiligen Änderungsvorschlägen. „Vielmehr soll Aufgabe der Kommission sein, die Ziele der Effektivierung und Steigerung der Praxistauglichkeit gerade durch weiter reichende Reformvorschläge zu erreichen“. Dabei betonte *Maas*, dass es sich um ein „tiefer gehendes Programm“ handeln sollte „das sich aller Verfahrensstadien, aller Interessen annimmt, das die Tücke des Details sieht. Ein Programm, das auch die Wechselwirkungen einzelner strafprozessualen Maßnahmen nicht außer Acht lässt.“¹⁶

Bei solch großen Vorsätzen sind die Erwartungen ebenfalls groß und ein Scheitern im Detail nicht selten vorprogrammiert. Schließlich haben „sich über ein Jahrhundert lang die besten Köpfe der deutschen Strafprozesswissenschaft vergeblich abgemüht“, eine große Strafprozessreform aus der Taufe zu heben.¹⁷ Wie sollte also in gut einem Jahr Arbeit in der Expertenkommission¹⁸ der große Wurf gelingen?

2. Die Empfehlungen im Einzelnen

Rund 1000 Seiten hatte die Expertenkommission zusammengetragen, als sie Justizminister *Maas* ihre Ergebnisse am 13.10.2015 präsentierte. Neben dem 186 Seiten

⁸ So aber noch die Meldung vom Juni 2015 in beck-aktuell, becklink 2000283. Zur zeitgeschichtlichen Würdigung des im „deutschen Herbst“ 1977 verabschiedeten Gesetz s. Müller, KritV 2009, 193; zu Änderungen in den 80er Jahren des letzten Jahrhunderts *Krekelner*, NJW 1986, 417.

⁹ O. Fn. 4, S. 5 ff.

¹⁰ BT-Drs. 18/9416, S. 1. Auch dies dient letztlich der von *Maas* geforderten „Effektivierung“, ohne explizit hierauf Bezug zu nehmen.

¹¹ BT-Drs. 18/9416, S. 8 ff.

¹² Abrufbar unter:

https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Erweiterung_Medienoeffentlichkeit_Gerichtsverfahren.pdf?__blob=publicationFile&v=2, zuletzt abgerufen am 3.10.2016. S. hierzu auch *Rittig*, NJ 2016, 265.

¹³ In Kraft seit dem 31.12.2015, BGBl. I 2015, 2525; einen Überblick über die Änderungen geben *Ferber*, NJW 2016, 279; *Haverkamp*, ZRP 2015, 53; *Hetger*, DRiZ 2016, 260; *Burhoff*, ZAP Fach 22, 861.

¹⁴ EU-Opferschutzrichtlinie (2012/28/EU), Abl.L 315 v. 25.10.2012, S. 57.

¹⁵ Die Änderungsvorschläge dieses Entwurfes bleiben hier unberücksichtigt, hinzuweisen ist aber darauf, dass insbesondere die geplante Einführung des Fahrverbots als Nebenstrafe für alle Delikte sehr umstritten ist. Vgl. hierzu bereits die ablehnenden Stellungnahmen von DAV, DBH und DRB, abrufbar unter: <http://kripoz.de/Kategorie/stellungnahmen/fahrverbot-stellungnahmen/>.

¹⁶ Die Rede ist insgesamt abrufbar unter: http://www.bmjv.de/SharedDocs/Reden/DE/2014/07072014_Expertenkommission_Reform_StPO.html, zuletzt abgerufen am 3.10.2016.

¹⁷ *Schünemann*, StraFo 2016, 45.

¹⁸ Mitglieder der Expertenkommission waren: Prof. Dr. *Katharina Beckemper*, RD Dr. *Monika Becker*, Vors.RiLG *Stefan Caspari*, Ri Dr. *Susanne Claus*, OStA *Martin Engers*, StA Dr. *Antonio Esposito*, Prof. Dr. *Robert Esser*, MR Dr. *Michael Gebauer*, MDin *Marie Luise Graf-Schlicker*, MDgt *Heinz-Leo Holten*, Prof. Dr. *Theresia Höynck*, RA Prof. Dr. *Alexander Ignor*, LOStA Dr. *Axel Isak*, RiOLG Prof. Dr. *Matthias Jahn*, RA Dr. *Stefan König*, MDgt Dr. *Matthias Korte*, OStA BGH Dr. *Matthias Krauß*, StA *Christian Meiners*, RG Dr. *Marc Meyer*, Ltd MR Dr. *Jochen Müller*, RiBGH Dr. *Norbert Mutzbauer*, Prof. Dr. *Cornelius Nestler*, Prof. Dr. *Heribert Ostendorf*, RiBGH Prof. Dr. *Henning Radtke*, Prof. Dr. *Thomas Rönnau*, OStA b BGH *Oliver Sabel*, MDgt *Arne Schlatmann*, OStA *Johannes Schmengler*, MRn *Stefanie von Striink*, Prof. Dr. *Sabine Swoboda*, ORRn Dr. *Felicitas Wannek*, RiAG *Ulf Thiele*, ORin Dr. *Felicitas Wannek*, RiOLG *Marc Wenske*, StAn Dr. *Susanne Wollmann*. Als Vertreterinnen und Vertreter haben an einzelnen Sitzungen teilgenommen: OStA Dr. *Christian Burr*, RA Prof. Dr. *Rainer Hamm*, OStA BGH *Marcus Köhler*, RA Dr. *Ali Norouzi*, RiAG *Johanna Paulmann-Heinke*, RA Dr. *habil. Helmut Pollähne*, Prof. Dr. *Reinhold Schlothauer*, OStA Dr. *Michael Sommerfeld*.

umfassenden Bericht mit den Kommissionsempfehlungen wurden zwei Anlagenbände mit Protokollen der Sitzungen und Gutachten übergeben. Man kann also nicht sagen, dass die Expertenkommission nicht gründlich und umfangreich gearbeitet hätte. Vielmehr ziehen sich die Empfehlungen durch alle Verfahrensstadien, die Vorschläge werden daher untergliedert in Ermittlungsverfahren, Zwischenverfahren, besondere Verfahrensarten, Hauptverhandlung, Rechtsmittelverfahren, Strafvollstreckung und Jugendstrafverfahren.

a) Leitlinien

Einleitend stellt die Kommission Leitlinien zu den Empfehlungen auf. An erster Stelle steht die Optimierung der Wahrheitsfindung durch Dokumentation, Transparenz und Kommunikation. Durch verstärkten Einsatz moderner audiovisueller Dokumentationstechniken im Ermittlungsverfahren sollen die technischen Möglichkeiten des 21. Jahrhunderts in größerem Umfang in der Strafprozessordnung umgesetzt werden. Bei der Einführung der audiovisuellen Dokumentation von erstinstanzlichen Hauptverhandlungen ist die Kommission dagegen zurückhaltender und empfiehlt lediglich eine Überprüfung. Hervorgehoben wird, dass der verstärkte Rückgriff auf audiovisuelle Zeugen- und Beschuldigtenvernehmungen nicht nur den Prozess der Wahrheitsfindung optimiere, sondern darüber hinaus der Förderung einer transparenten und kommunikativen Verhandlungsführung diene. Eine kommunikative Verhandlungsführung diene wiederum der Verfahrensförderung. Daher spricht sich die Kommission zudem für die Einführung eines nichtöffentlichen Erörterungstermins zur Vorbereitung der Hauptverhandlung bei umfangreichen Strafverfahren vor dem *LG* und *OLG* aus. Außerdem befürwortet sie eine Eröffnungserklärung der Verteidigung und eine Erweiterung der gerichtlichen Hinweispflichten.¹⁹

Zweite Leitlinie ist die Stärkung der Beschuldigtenrechte für das Ermittlungsverfahren, das u.a. um Anwesenheitsrechte des Verteidigers, Anhörungsrechte des Beschuldigten sowie ein eigenes Antragsrecht auf Beiordnung eines Pflichtverteidigers erweitert werden soll. Daneben soll der Grundrechtsschutz des Betroffenen durch Rechtsgrundlagen im Bereich der Quellen-TKÜ und beim Einsatz von V-Personen sowie einem Verbot der Tatprovokation gestärkt werden.²⁰

Das Stichwort Verfahrensbeschleunigung wird als dritte Leitlinie benannt. Hier wird die Einführung einer Erscheinenspflicht von Zeugen bei der Polizei, die Abschaffung des Richtervorbehalts bei der Blutprobenentnahme im Bereich der Straßenverkehrsdelikte und die moderate Erweiterung der Möglichkeit, zivil- oder verwaltungsrechtliche Vorfragen vor Anklageerhebung im Zivil- oder Verwaltungsrechtsweg zu klären, empfohlen. Auch für die Hauptverhandlung, das Revisions- und Strafvollstreckungsverfahren werden Verfahrenserleichterungen vorgeschlagen, das Zwischenverfahren jedoch leider ausgespart und eine nähere Prüfung in der Zukunft

empfohlen.²¹

Auch andere Fragestellungen bleiben ausdrücklich ausgespart, auch wenn die Expertenkommission hier anregt, diese in anderem Rahmen weiterzuverfolgen. Es handelt sich um die Beweisverwertungsverbote, die Beweisaufnahme und das Tat- oder Schuldinterlokut.²²

Die Thematik der Beweisverwertungsverbote hat die Kommission mit der Empfehlung ausgeklammert, hier grundlegend zu prüfen, ob und inwieweit eine umfassende Kodifikation geboten ist. Daneben wird angedacht, die von der Rechtsprechung entwickelte Widerspruchslösung durch eine Zustimmungslösung zu ersetzen.²³ Die Widerspruchslösung, nach der der Angeklagte der Verwertung rechtzeitig widersprechen muss, wird schon seit langem in der Literatur heftig kritisiert.²⁴

Ausführlich erörtert wird auch die Beweisaufnahme unter Bezug auf den entsprechenden Alternativ-Entwurf zur Beweisaufnahme.²⁵ Dieser sieht vor, Vernehmungssurrogate leichter in die Hauptverhandlung einführen zu können. Die Kommission positioniert sich hier skeptisch, empfiehlt aber punktuelle Änderungen.²⁶

Dritter Baustein der Erörterungen der Expertenkommission, die zu keinem Endergebnis geführt haben, ist das sog. Schuldinterlokut. Über die Einführung eines Schuldinterlokuts wird seit Beginn der 1970er Jahre intensiv diskutiert.²⁷ Man versteht hierunter die Zweiteilung der Hauptverhandlung in einen Beweisaufnahme- und einen Strafzumessungsteil. Die Kommission ist der Ansicht, dass durch die Zweiteilung der Strafzumessung mehr Gewicht zukommen würde. Kritisch merkt die Kommission hier die textbausteinartigen Erwägungen in den Entscheidungsgründen an. Allerdings seien neben positiven Aspekten auch Bedenken zu berücksichtigen, da eine Zweiteilung im Bereich amtsgerichtlicher Verfahren nicht sinnvoll erscheine. Auch im Jugendstrafverfahren müsse den Besonderheiten des Jugendstrafrechts Rechnung getragen werden.²⁸

Schon diese von der Expertenkommission selbst angesprochenen Auslassungen machen deutlich, dass deren Empfehlungen hinter dem von *Maas* geforderten tiefer gehenden Programm mit Regelungen aller Verfahrensstadien und aller Interessen mit Blick auf Details zurückbleiben. Angesichts des geringen Zeitfensters ist das auch nicht verwunderlich. Offensichtlich wollte man seitens des Bundesjustizministeriums noch in dieser

¹⁹ Zur ersten Leitlinie s. Bericht der Expertenkommission, S. 2 ff.

²⁰ A.a.O., S. 4.

²¹ Zur dritten Leitlinie s. Bericht der Expertenkommission, S. 5 f.

²² A.a.O., S. 7 ff.

²³ A.a.O., S. 7.

²⁴ Zur Widersprüchlichkeit der Widerspruchslösung *Kasiske*, NJW-Spezial 2011, 379; *Kröpil*, JR 2012, 451; mit zahlr. Lit-Hinw. s. *Meyer-Gößner/Schmitt*, StPO, 59. Aufl. (2016), § 136 Rn. 25a.

²⁵ Der Alternativ-Entwurf ist in GA 2014, 1 veröffentlicht.

²⁶ Bericht der Expertenkommission, S. 7 ff.

²⁷ Grundlegend zum Schuldinterlokut *Dahs*, GA 1971, 353; *Wolter*, GA 1980, 81; vgl. auch *Schöch/Schreiber*, ZRP 1978, 63, kurz zur damaligen juristischen Diskussion *Haddenbrock*, NJW 1981, 1302 (1304) m.w.N.

²⁸ Bericht der Expertenkommission, S. 9 f. Ausführlicher zur Kritik *Basar*, StraFo 2016, 226 (228).

Legislaturperiode eine gesetzliche Umsetzung der StPO-Reformen gewährleisten und hat auf Eile gedrängt. Ansonsten hätte die Gefahr bestanden, dass eine zeitintensive, mehrere Jahre andauernde Befassung zu einem zwar umfassenden, detailreichen, wirklich großen StPO-Reformvorschlag geführt hätte, dieser aber aller Wahrscheinlichkeit nach nur für die deutsche Strafrechtsgeschichte tauglich und niemals umgesetzt worden wäre. Mehrheiten für wirklich grundlegende, umfassende Änderungen sind selten und manchmal ist weniger mehr oder wenigstens mehr als nichts.

Der Bericht der Kommission enthält insgesamt 50 Einzelempfehlungen, die nicht alle einen Reformvorschlag enthalten. Viele Empfehlungen bestehen darin, den derzeitigen Rechtszustand unverändert zu belassen.²⁹

b) Ermittlungsverfahren

Klarer Schwerpunkt der Reformvorschläge liegt auf dem Ermittlungsverfahren, 20 der 50 Empfehlungen betreffen diesen Verfahrensabschnitt.³⁰ Dabei waren einige Punkte durchaus heftig umstritten und führten zu denkbar knappen Abstimmungsergebnissen, wie beispielsweise die Einführung einer gesetzlichen Regelung des Einsatzes von V-Personen oder des Rechts auf einen „Pflichtverteidiger der ersten Stunde“.

aa) Partizipatorisches Ermittlungsverfahren

Die erste Empfehlung geht dahin, ein Anwesenheits- und Fragerecht des Verteidigers bei polizeilichen Beschuldigtenvernehmungen, Tatrekonstruktionen und Gegenüberstellungen mit dem Beschuldigten gesetzlich zu verankern. Für ersteres nimmt die Kommission explizit Bezug auf die Auslegung des EGMR zu Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK und die Richtlinie 2013/48/EU, die nun sozusagen in überholender Kausalität auch zum Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Strafverfahren und zur Änderung des Schöffengerichts geführt hat. Allerdings ist in diesem Regierungsentwurf lediglich das Recht auf Anwesenheit des Verteidigers bei polizeilichen Beschuldigtenvernehmungen und Gegenüberstellungen gesetzlich normiert, nicht dagegen weitere Verteidigungsrechte bei Tatrekonstruktionen, die ebenfalls in der Richtlinie gefordert werden.³¹

Diskutiert, aber verneint hat die Expertenkommission zudem weitere Beteiligungsrechte bei der Zeugen- und Mitbeschuldigtenvernehmung. Hier überwiegen u.a. die Befürchtungen eines (negativen) Einflusses auf die Aussagebereitschaft.³² Ebenfalls nicht befürwortet wurde ein Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei der Exploration des Beschuldigten durch einen Sachverständigen. Auch wenn hier der vernehmungähnliche Charakter der Un-

tersuchung und das Gebot der Verfahrensfairness und effektiven Verteidigung als Argumente pro Anwesenheitsrecht durchaus gesehen werden, überwiegen für die Kommission die Bedenken, dass die Anwesenheit des Verteidigers für die Entwicklung einer vertraulichen Arzt-Patienten-Beziehung im Explorationsgespräch nicht förderlich sei. Zudem bestehe kein Regelungsbedürfnis, da der Beschuldigte entsprechend § 137 Abs. 1 S. 1 StPO ohnehin die Anwesenheit seines Verteidigers wünschen oder die Untersuchung ganz ablehnen kann.³³ Diese Argumentation ähnelt der zum Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei polizeilichen Vernehmungen, die faktisch auch ohne gesetzliche Grundlage durch die Ankündigung erzwungen werden kann, dass anderenfalls der Beschuldigte von seinem Schweigerecht Gebrauch macht.³⁴ *Schlothauer* weist allerdings zutreffend darauf hin, dass Gegenstand der Exploration auch das dem Beschuldigten vorgeworfene Tatgeschehen sein kann und Äußerungen hierzu eine Aussage zur Sache darstellen. Von daher ist, wie von ihm vorgeschlagen, in Abwesenheit des Verteidigers zumindest eine audio-visuelle Aufzeichnung zu normieren und die Reformüberlegungen sollten an dieser Stelle weiter vorangetrieben werden.³⁵

Insgesamt bleiben die Anwesenheitsrechte der Verteidigung hinter dem in der Richtlinie 2013/48/EU angedachten Umfang zurück. Die Richtlinie fordert die Anwesenheit des Rechtsbeistands bei Ermittlungs- und Beweiserhebungshandlungen, soweit sie im betreffenden nationalen Recht vorgesehen sind und sofern die Anwesenheit des Verdächtigen vorgeschrieben oder zulässig ist. Allerdings werden lediglich drei Mindeststandards gesetzt, nämlich Anwesenheit bei Vernehmung, Gegenüberstellung und Tatortkonstruktion.³⁶ Alles andere kann harmonisiert werden, muss es aber nicht. Zumindest die Empfehlungen der Expertenkommission erfüllen diese Mindeststandards. Nicht erfüllt werden diese in Bezug auf das Anwesenheitsrecht bei der Tatortkonstruktion im Zweiten Gesetz zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Strafverfahren.

Zu begrüßen ist die Empfehlung der Expertenkommission, die Pflicht zur Belehrung für den Sachverständigen zu Beginn des Explorationsgesprächs in der Strafprozessordnung explizit zu regeln.³⁷ Nach geltender Rechtslage erfolgt die Belehrung durch den Sachverständigen nur auf Anweisung des Gerichts oder der Staatsanwaltschaft.

Schon lange überfällig ist der Vorschlag einer gesetzlichen Regelung zur Anhörung des Beschuldigten vor der Entscheidung über die Auswahl eines Sachverständigen. Die Auswahl des Sachverständigen ist ein ganz entscheidender Baustein des Strafverfahrens. Die derzeitige unerschwerliche Regelung in Nr. 70 RiStBV als Richtlinie wird der Bedeutung nicht gerecht, vielmehr ist eine Re-

²⁹ Im Schrifttum ist der Bericht der Expertenkommission, soweit ersichtlich, in folgenden Beiträgen aufgegriffen worden: *Caspari*, DRiZ 2015, 386; *von Galen*, ZRP 2016, 42; *Schünemann*, StraFo 2016, 45; *Schlothauer*, StV 2016, 607; *Basar*, StraFo 2016, 226; *Kudlich*, JR 2016, 514; *Greco*, GA 2016, 1.

³⁰ Bericht der Expertenkommission, S. 15 ff.

³¹ ABiL 294 v. 6.11.2013, S. 4.

³² Zu anderen Erwägungsgründen s. Bericht der Expertenkommission, S. 31 f., zusammenfassend *Basar*, StraFo 2016, 226 (229).

³³ Bericht der Expertenkommission, S. 33 ff.

³⁴ Jüngst noch einmal zum Anwesenheitsrecht des Verteidigers *Schlothauer*, StV 2016, 607 (609); *Kudlich*, JR 2016, 514 (516 f.).

³⁵ *Schlothauer*, StV 2016, 607 (610).

³⁶ ABiL 294 v. 6.11.2013, S. 3 f.

³⁷ Bericht der Expertenkommission, S. 35.

gelung im Rahmen des § 73 StPO geboten.³⁸

Sehr ausführlich diskutiert und denkbar knapp mit 11 zu 10 Stimmen hat sich die Expertenkommission gegen die zeitliche Ausdehnung der notwendigen Verteidigung bei vorläufiger Festnahme oder eines aufgrund eines Haft- oder Unterbringungsbefehls verhafteten Beschuldigten nach § 127 Abs. 2 StPO ausgesprochen. Es ist bedauerlich, dass hier ein schwarzes Loch unzureichender Beteiligungsrechte nicht geschlossen worden ist. Nach geltendem Recht ist ein Pflichtverteidiger gem. § 140 Abs. 1 S. 4 StPO erst mit der Vollstreckung der Haft zu bestellen, der Zeitraum vor der Vollstreckung wird nicht erfasst. Dies wird zu Recht kritisiert, da die vom Richter durchzuführende Vernehmung nach § 115 Abs. 2 StPO den unverteidigten Beschuldigten unter dem Eindruck der Verhaftung in der Regel überfordert.³⁹ Mit Blick auf die Richtlinie 2013/48/EU ist eine Anpassung nicht unbedingt geboten, allerdings wurde zur Zeit der Beratungen der Expertenkommission auf Unionsebene über eine neue Richtlinie nachgedacht, die die vorläufige Prozesskostenhilfe für verhaftete Verdächtige und Beschuldigte sowie im Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls regeln möchte.⁴⁰ Den Ergebnissen wollte die Kommission nicht vorweggreifen, zumal sie praktische Schwierigkeiten bei der Umsetzung einer solchen Regelung sieht und die in der StPO vorhandenen Schutzmechanismen als ausreichend ansieht. Nunmehr hat allerdings der Rat entschieden und am 13.10.2016 die Richtlinie über Prozesskostenhilfe für Verdächtige oder Beschuldigte in Strafverfahren sowie in Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls verabschiedet.⁴¹ Die Mitgliedstaaten müssen diese Richtlinie binnen 30 Monaten nach ihrer Veröffentlichung im Amtsblatt der Union in nationales Recht umsetzen. Um die Schutzmechanismen der StPO weiter zu verbessern, empfiehlt die Kommission aber, dem Beschuldigten im Ermittlungsverfahren ein eigenes Antragsrecht auf Beordnung eines Pflichtverteidigers zu gewähren. Die bisherige Regelung, nach der lediglich die Staatsanwaltschaft die Möglichkeit hat, eine gerichtliche Entscheidung über eine Pflichtverteidigerbestellung herbeizuführen, bezeichnet sie zu Recht als „nicht hinnehmbare Rechtsschutzlücke“.⁴² Zudem empfiehlt die Kommission, eine einheitliche Zuständigkeit des Ermittlungsrichters für Beordnungsentscheidungen im Ermittlungsverfahren zu schaffen.⁴³

Darüber hinaus schlägt die Expertenkommission vor, das mündliche Anbahnungsgespräch zwischen Rechtsanwältinnen und Beschuldigten in den Schutzbereich von § 148 StPO einzubeziehen und damit eine ungestörte, vertrauliche Kommunikation zwischen Beschuldigten und sei-

nem zukünftigen Verteidiger bereits in dieser ersten Phase vor Beginn des Mandatsverhältnisses zu schützen.⁴⁴ Um Missbrauch vorzubeugen, soll der Schutzbereich des § 148 StPO allerdings nicht auf schriftliche oder fernmündliche Kontaktaufnahme im Vorfeld einer möglichen Mandatierung erweitert werden.⁴⁵ Letztlich enttäuschen die Vorschläge der Kommission zum Ausbau der Beschuldigtenrechte im Ermittlungsverfahren und bleiben weit hinter den Erwartungen zurück.⁴⁶ Es ist bedauerlich, dass die Empfehlungen an dieser Stelle angesichts der immer zentraler werdenden Bedeutung des Ermittlungsverfahrens für das ganze Strafverfahren⁴⁷ nicht mutiger und konsequenter ausgefallen sind. Ein wahrhaft partizipatorisches Ermittlungsverfahren wird so nicht erreicht.⁴⁸

bb) Beschuldigtenstatus und -begriff

Weiterhin spricht sich die Expertenkommission dafür aus, die Möglichkeit eines gesetzlichen Beschuldigtenbegriffs näher zu prüfen. Eine konkrete Empfehlung zur Ausgestaltung des Beschuldigtenbegriffs wollte die Kommission jedoch nicht geben. Sie weist hier nur auf die unterschiedlichen Sichtweisen zwischen dem formalen, materiellen und formell-materiellen Beschuldigtenbegriff hin, ohne sich eindeutig zu positionieren.⁴⁹ Gleichfalls regt die Kommission an, in die Überlegungen zur Schaffung einer gesetzlichen Regelung des Beschuldigtenstatus auch die Rechtsstellung des strafunmündigen Kindes mit einzubeziehen.⁵⁰

cc) Neuordnung der Aufgabenverteilung zwischen Polizei, Staatsanwaltschaft und Gericht

Vier Empfehlungen firmieren unter der Überschrift der Neuordnung der Aufgabenverteilung, wobei die erste Empfehlung mehr eine Verdeutlichung als eine Neuordnung betrifft. Die bereits bestehende Sachleitungsbefugnis der Staatsanwaltschaft gegenüber der Polizei im Ermittlungsverfahren soll ausdrücklich im Gesetz geregelt werden. Hintergrund ist die Erkenntnis, dass in der Praxis bei Verkehrsstraftaten und Delikten im Bereich der kleineren und mittleren Kriminalität die Ermittlungen durch die Polizei bis zur Vorlage der Akte an die Staatsanwaltschaft weitgehend eigenständig geführt werden,⁵¹ der Vorgang also ohne frühzeitige Information der Staatsanwaltschaft sozusagen ausermittelt ist. Man darf aber bezweifeln, ob eine solche Normierung eines abstrakten Programmsatzes tatsächlich dazu führen würde, dass die ohnehin überlastete Staatsanwaltschaft in der Praxis dazu übergehen würde, die Sachleitungsbefugnis

³⁸ Bericht der Expertenkommission, S. 36 ff.; näher zu der Begründung auch *Basar*, *StraFo* 2016, 226 (229).

³⁹ Ausführlich zur Kritik *Jahn*, *Zur Rechtswirklichkeit der Pflichtverteidigerbestellung*, 2014, S. 36.

⁴⁰ S. hierzu Bericht der Expertenkommission, S. 40 f.

⁴¹ Vgl. unter: https://ec.europa.eu/germany/news/neue-eu-vorschriften-garantieren-prozesskostenhilfe-strafverfahren_de; zuletzt abgerufen am 15.10.2016.

⁴² A.a.O., S. 44.

⁴³ A.a.O., S. 45.

⁴⁴ A.a.O., S. 47.

⁴⁵ A.a.O., S. 49.

⁴⁶ Kritisch bereits *Schünemann*, *StraFo* 2016, 45 (49); zur Pflichtverteidigung von Festgenommenen und der Forderung nach einem „Notverteidiger“ s. *Schlothauer*, *StV* 2016, 607 (615).

⁴⁷ Hierzu *Schünemann*, *StraFo* 2016, 45 (48) m.w.N. in Fn. 27.

⁴⁸ *Schünemann* geht mit seiner Kritik sogar noch weiter: „an einem Funktionswandel des Ermittlungsverfahrens Rechnung tragende Balanceregung“ habe die Kommission „offensichtlich nicht einmal gedacht“, *StraFo* 2016, 45 (49).

⁴⁹ Bericht der Expertenkommission, S. 51 f. Zu den unterschiedlichen Ansätzen bzgl. der Beschuldigteneigenschaft vgl. *Burhoff*, *Hdb. für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren*, 7. Aufl. (2015), Rn. 900 ff. m.zahlr.w.N.

⁵⁰ Bericht der Expertenkommission, S. 52 f.

⁵¹ A.a.O., S. 54 ff.

stärker wahrzunehmen. Zudem erschließt sich der Mehrwert der Regelung nicht. Wenn die Staatsanwaltschaft es für richtig hält, ihre Sachleitungsbefugnis wahrzunehmen, wird sie es – wie bisher auch – tun. Die Polizei wird nicht besser oder schlechter arbeiten, nur weil die Staatsanwaltschaft von jedem Bagatelldelikt bereits vor jedweder Ermittlungshandlung erfährt.

Eine strukturelle Vereinfachung erhofft sich die Kommission durch die Empfehlung, eine Erscheinens- und Aussagepflicht eines Zeugen vor der Polizei für den Fall zu normieren, dass der Ladung ein einzelfallbezogener Auftrag der Staatsanwaltschaft zugrunde liegt.⁵² Diese Empfehlung überrascht ein wenig, wenn man zuvor die Begründung zur ausdrücklichen Regelung der Sachleitungsbefugnis der Staatsanwaltschaft gelesen hat. Zwar spricht sich die Kommission gegen eine generelle Erscheinens- und Aussagepflicht von Zeugen vor der Polizei aus und beschränkt dies explizit auf die Fälle, in denen die Staatsanwaltschaft diese initiiert. Sie begründet jedoch die mit dieser Regelung verbundene weitergehende Verlagerung von Zeugenvernehmungen auf die Polizei mit knappen Ressourcen der Staatsanwaltschaft – ein Punkt, der bei der zuvor geforderten frühzeitigen Sachleitung für Bagatelldelikte offensichtlich keine Rolle gespielt hat.

Schon lange gefordert und von der Kommission empfohlen wird die Abschaffung des Richtervorbehalts für Blutprobenentnahmen im Bereich der Straßenverkehrsdelikte.⁵³ Der Richtervorbehalt bei Blutproben ist in Polizeikreisen schon lange auf Misstrauen gestoßen und eine unterschiedliche Handhabung der Gefahr-in-Verzug-Regelung führte in der Vergangenheit zu einer unübersichtlichen Kasuistik.⁵⁴ So gesehen ist die Empfehlung der Expertenkommission aus Gründen der Praktikabilität uneingeschränkt zu begrüßen. Auch die Abschaffung anderer gesetzlicher Richtervorbehalte wurde diskutiert, aber mehrheitlich abgelehnt, so dass die Beibehaltung der in anderen Bereichen bestehenden Richtervorbehalte ausdrücklich von der Kommission empfohlen wurde.⁵⁵ Der Richtervorbehalt bei der Leichenöffnung, bei der Anordnung einer Sicherheitsleistung und der Überwachung der laufenden Telekommunikation bleibt daher erhalten.

dd) Dokumentation des Ermittlungsverfahrens

Ein kleiner Meilenstein ist die Ausweitung der audiovisuellen Aufzeichnung im Ermittlungsverfahren.⁵⁶ Wie schon in den Leitlinien angekündigt, soll die Dokumentation von Zeugen- und Beschuldigtenvernehmungen der modernen Technik angepasst werden. Die Kommission empfiehlt, Beschuldigten- und Zeugenvernehmungen jedenfalls bei schweren Tatvorwürfen oder bei einer

schwierigen Sach- oder Rechtslage im Regelfall audiovisuell aufzuzeichnen und zusätzlich zu protokollieren.⁵⁷ Ein Wortprotokoll, wie vielfach gefordert,⁵⁸ lehnt sie dagegen ab, ebenso eine generelle Ausweitung auf sämtliche Vernehmungen für alle Deliktsbereiche.⁵⁹ Auch wenn der Kommission die praktischen Umsetzungsschwierigkeiten durchaus bewusst sind, sind die bestehenden Defizite herkömmlicher Protokollierungen doch so augenscheinlich, dass auf eine zeitgemäße Modernisierung gesetzt wird. Gewinner dürften alle Beteiligten, Beschuldigte, aber auch Ermittlungsbehörden sein, wird doch ein dunkler Raum gegenseitigen Misstrauens für alle Beteiligten hell und die gewonnenen Ergebnisse sind endlich nachvollziehbar und über jeden Zweifel erhaben. Die praktische Umsetzung wird allerdings die Strafverfolgungsbehörden vor gewisse Herausforderungen stellen, denn eine entsprechende technische „Aufrüstung“ wird Zeit und Geld kosten.

ee) Einzelmaßnahmen

Als Einzelmaßnahme empfiehlt die Kommission, für die Quellen-Telekommunikationsüberwachung⁶⁰ zum Zwecke des Grundrechtsschutzes des Betroffenen eine rechtliche Grundlage zu schaffen.⁶¹ Während die instanzgerichtliche Rechtsprechung ohne viel Federlesen die Quellen-TKÜ kurzerhand unter § 100a StPO subsumiert,⁶² wird dies – nicht zuletzt unter Hinweis auf die Entscheidung des *BVerfG* zur Online-Durchsuchung – auch kritisch gesehen.⁶³ Daher spricht sich die Kommission für eine eigenständige gesetzliche Ermächtigungsgrundlage aus. Außerdem wird eine ausdrückliche Klarstellung verlangt, dass technisch sichergestellt wird, ausschließlich die laufende Kommunikation zu überwachen und aufzuzeichnen. Eine gesetzliche Klarstellung ist sicher zu begrüßen und führt zu mehr Rechtssicherheit in diesem Bereich.

Weitere Empfehlung ist die Neuausrichtung des Katalogs des § 100a Abs. 2 StPO. Die in den letzten Jahren immer wieder vorgenommenen Änderungen und Ergänzungen des Straftatenkatalogs haben nach Auffassung der Kommission zu Wertungswidersprüchen geführt, die durch eine Überarbeitung behoben werden sollen. Für die Neuordnung sollen die Schwere der Straftat sowie die Umstände, unter denen sie begangen wurden, von entscheidender Bedeutung sein.⁶⁴ Ausdrücklich abgelehnt wird eine weitere Ausdehnung des Katalogs auf sämtliche Delikte aus dem Bereich Cybercrime und solche, denen eine Flüchtigkeit von Telekommunikationsdaten zueigen ist.⁶⁵ So sehr dies Ermittlungsbehörden ärgern wird, ist diese restriktive Ausgestaltung doch im Sinne des Grundrechtsschutzes der Bürger durchaus zu begrüßen.

⁵² Bericht der Expertenkommission, S. 57.

⁵³ A.a.O., S. 60; zur Diskussion vgl. *Burhoff* (Fn. 48), Rn. 1171.

⁵⁴ Zur Missachtung des Richtervorbehalts s. *Burhoff*, StRR 2009, 204; vgl. zur Thematik ebenfalls *Pichon*, HRRS 2011, 412; *Ebert*, ZIS 2010, 249. Ausf. mit Beispielen auch *Burhoff* (Fn. 48), Rn. 1155 ff.

⁵⁵ Bericht der Expertenkommission, S. 64 ff.

⁵⁶ *Schünemann* spricht von dem wichtigsten Vorschlag, StraFo 2016, 45 (49).

⁵⁷ Bericht der Expertenkommission, S. 67 ff.

⁵⁸ Grundlegend *Meyer-Mews*, NJW 2002, 103.

⁵⁹ So aber z.B. *Schlothauer*, StV 2016, 607 (613).

⁶⁰ Zur Quellen-TKÜ vgl. *Graf*, in: BeckOK-StPO, 25. Ed. (1.7.2016), § 100a Rn. 107a.

⁶¹ Bericht der Expertenkommission, S. 73.

⁶² Z.B. *LG Landshut*, NSZ 2011, 479; *LG Hamburg*, MMR 2011, 693.

⁶³ Vgl. *Becker/Meinicke*, StV 2011, 50; *Buermeyer*, StV 2013, 470.

⁶⁴ Bericht der Expertenkommission, S. 77 f. mit Beispielen zum Wertungswiderspruch.

⁶⁵ Bericht der Expertenkommission, S. 79.

Die Kommission macht hier in der Begründung deutlich, dass nicht jedes nützliche und erfolgversprechende Ermittlungsinstrument im Rahmen mittlerer Kriminalität verfassungsrechtlich zulässig ist.

Denkbar knapp mit 11 zu 10 Stimmen hat sich die Expertenkommission für die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage beim Einsatz von Verbindungs- oder Vertrauenspersonen ausgesprochen.⁶⁶ Bereits 2015 hatte das Gesetz zur Verbesserung der Zusammenarbeit im Bereich des Verfassungsschutzes dem Einsatz für Vertrauensleute einen gesetzlichen Rahmen im BVerfSchG gegeben.⁶⁷ Bislang stützt sich der Einsatz von V-Leuten „nur“ auf die Ermittlungsgeneralklausel, dieser ist in der höchstrichterlichen Rechtsprechung auch als zulässiges Mittel der Strafverfolgung anerkannt. Dennoch empfiehlt die Kommission eine ausdrückliche Regelung, soweit die V-Person in das Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung oder andere Grundrechte eingreift und über den reinen Akt der Informationsbeschaffung hinausgeht.⁶⁸ Es erscheint angemessen, den Einsatz von V-Leuten explizit zu regeln, um so einem möglichen Grundrechtseingriff Rechnung zu tragen.⁶⁹

Vor dem Hintergrund neuerer Entscheidungen zur Tatprovokation⁷⁰ erscheint es zudem sinnvoll, dass sich der Gesetzgeber hier eindeutig positioniert. Insofern ist die Empfehlung der Expertenkommission, das Verbot der Tatprovokation ausdrücklich gesetzlich zu regeln, absolut zu begrüßen. Neben einer Definition des Begriffs der Tatprovokation wird eine Regelung der verfahrensrechtlichen Folgen einer verbotswidrigen Tatprovokation vorgeschlagen. Zu Recht betont die Kommission, dass es sich bei der Problematik der Tatprovokation um eine „Kernfrage des Rechtsstaats, nämlich darum (handelt), inwieweit die Strafverfolgungsorgane bei ihrer Aufgabenerledigung tätig werden dürfen. Eine Grundsatzentscheidung des Gesetzgebers hierzu ist rechtspolitisch erforderlich.“⁷¹ Während *Schiemann* die Eingrenzung auf rechtsstaatswidrige Tatprovokation nicht weit genug geht,⁷² muss doch betont werden, dass eine Abgrenzung geboten ist, um die Handlungsfähigkeit der Polizei und ihrer V-Personen im Bereich der Organisierten Kriminalität nicht gänzlich auszuhebeln.

Die letzte Empfehlung betrifft den Umgang mit Strafanzeigen, die zur Verfolgung zivilrechtlicher Ansprüche erstattet werden. Die Expertenkommission spricht sich dafür aus, den Anwendungsbereich des § 154d StPO dahingehend zu erweitern, dass auch bei einer Vorgeiflichkeit von Tatsachenfragen ein Verweis auf die Austragung der Frage im Zivil- oder Verwaltungsprozess erfolgen kann, sofern die Beschreitung des jeweiligen Rechtswegs dem Antragsteller möglich und zumutbar

ist.⁷³

c) Zwischenverfahren

Enttäuschend ist, dass sich die Expertenkommission nicht mit der seit jeher bestehenden grundsätzlichen Kritik am Zwischenverfahren⁷⁴ auseinandergesetzt hat. Vielmehr hält sie das Zwischenverfahren für ein den Schutz der Rechte des Angeschuldigten sowie für die Vorbereitung eines effizienten Hauptverfahrens entscheidendes Verfahrensstadium. Daher empfiehlt die Kommission eine Stärkung der Filterfunktion des Zwischenverfahrens bei Land- oder Oberlandesgerichten mit dem Ziel der Vermeidung oder Entlastung der Hauptverhandlung.⁷⁵ Wie die Stärkung der Filterfunktion jedoch konkret aussehen soll, sagt die Kommission in ihrer Begründung nicht. Hier wird nur angeregt, dies näher zu prüfen.⁷⁶ Es zeigt sich wieder, dass die kurze Zeitleiste gar nicht ausreichen konnte, hier fundamentale Neuerungen der StPO in die Wege zu leiten. Wann und ob überhaupt eine Prüfung erfolgen wird, bleibt mehr als ungewiss.

d) Besondere Verfahrensarten

Die Expertenkommission hat weiterhin erwogen, ob neben dem Strafbefehlsverfahren ein neues schriftliches Verfahren eingeführt oder das Strafbefehlsverfahren um ein „Strafbescheidsverfahren“⁷⁷ erweitert werden sollte. Beides lehnt die Kommission richtiger Weise ab.⁷⁸ Allerdings wird vorgeschlagen, den Katalog der Privatklagedelikte um den Tatbestand der Nötigung zu erweitern, jedoch besonders schwere Fälle nach § 240 Abs. 4 StGB hiervon auszunehmen.⁷⁹

e) Hauptverhandlung

Trotz der 16 Empfehlungen, die die Kommission zur Hauptverhandlung ausspricht, sind die vorgeschlagenen Änderungen doch recht verhalten und primär darauf ausgerichtet, Auslegungen der Rechtsprechung in eine gesetzliche Form zu gießen oder kleinere Verbesserungen vorzunehmen.⁸⁰

Die Kommission empfiehlt zunächst, das Recht der Befangenheitsanträge dahingehend zu ändern, dass die Hauptverhandlung bei einem erst kurz vor Aufruf der Sache gestellten Ablehnungsantrag durchgeführt werden kann, bis die Staatsanwaltschaft den Anklagesatz verlesen hat. Außerdem soll den Verfahrensbeteiligten aufgegeben werden können, die Anträge schriftlich zu stellen. Des Weiteren soll für das Ablehnungsverfahren der An-

⁶⁶ A.a.O., S.18, 80.

⁶⁷ BGBl. I 2015, 1938; zu § 9b BVerfSchG vgl. *Marscholleck*, NJW 2015, 3611 (3615).

⁶⁸ Bericht der Expertenkommission, S. 83.

⁶⁹ So bereits 1996 *Duttge*, JZ 1996, 556, der auch einen konkreten Regelungsvorschlag macht.

⁷⁰ *EGMR*, NJW 2015, 3631 (Furcht gegen Deutschland); hierzu *Simm/Maly*, NStZ 2015, 378; zur deutschen Rspr. *BVerfG*, NJW 2015, 1083; BGHSt 60, 238; 60, 276; s. auch *Jahn/Kudlich*, JR 2016, 54; *Britz*, jM 2016, 123.

⁷¹ Bericht der Expertenkommission, S. 86.

⁷² *Schiemann*, StraFo 2016, 45 (51).

⁷³ Bericht der Expertenkommission, S. 88. Ausf. zu dieser Empfehlung *Basar*, StraFo 2016, 226 (232).

⁷⁴ Hierzu unten unter S. 8 II 3.

⁷⁵ Bericht der Expertenkommission, S. 93.

⁷⁶ A.a.O., S. 95 ff. mit einigen Vorschlägen, zusammengefasst bei *Basar*, StraFo 2016, 226 (232 f.).

⁷⁷ Den Anwendungsbereich eines solchen Verfahrens sieht die Kommission für Freiheitsstrafen von bis zu vier Jahren, Bericht der Expertenkommission, S. 104.

⁷⁸ Bericht der Expertenkommission, S. 102 ff.

⁷⁹ A.a.O., S. 108 f.

⁸⁰ Zu dieser Einschätzung auch schon *Schiemann*, StraFo 2016, 45 (51); von *Galen*, ZRP 2016, 42 (44).

wendungsbereich des § 257a StPO eröffnet werden, um der Missbrauchsgefahr der mit „Verzögerungspotenzial“ behafteten Befangenheitsanträge vorzubeugen.⁸¹

Weiterhin schlägt die Kommission zur Förderung der transparenten und kommunikativen Hauptverhandlung in umfangreichen Strafverfahren vor dem *LG* und *OLG* einen nicht-öffentlichen Erörterungstermin zum äußeren Ablauf der Hauptverhandlung vor.⁸² Da dies allerdings nicht verpflichtend sein soll, bleibt der Mehrwert einer solchen Regelung fraglich.⁸³ Zu begrüßen ist die Empfehlung der Kommission, gesetzlich die Möglichkeit einer Eröffnungserklärung des Angeklagten oder seines Verteidigers zu normieren.⁸⁴

Befürwortet wird von der Kommission weiterhin die verstärkte Nutzung des Gerichts zur Erörterung des Verfahrensstands (§ 257b StPO). Eine Pflicht zur Abgabe eines Sachstandsberichts oder einer vorläufigen Einschätzung zu Beginn der Hauptverhandlung wurde dagegen eindeutig abgelehnt mit dem Hinweis auf die „Zuspitzung der ohnehin im Strafverfahren virulenten Problematik des Perseveranzeffekts“.⁸⁵ Dieser Hinweis ist schon deswegen erstaunlich und unglaubwürdig, weil sich die Kommission in der Würdigung des diesen Effekt schürenden Zwischenverfahrens überhaupt nicht damit auseinandergesetzt hat. Es wäre an der Zeit, den bislang fehlenden gedanklichen Austausch zwischen den Verfahrensbeteiligten im Hauptverfahren aufzubrechen und zu einer wahrhaften Kommunikation zu kommen, die diesen Namen auch verdient. Plakative Hinweise auf ein kommunikatives und transparentes Strafverfahren helfen da leider nicht weiter.

Erfreulich ist dagegen die Empfehlung der Kommission, die Hinweispflicht des Gerichts nach § 265 StPO auf die Verhängung von Nebenfolgen auszuweiten.⁸⁶ Leider nicht durchringen konnte sich die Kommission dazu, die strafzumessungsrelevanten Fragestellungen zur Person des Angeklagten auf den Abschluss der Beweisaufnahme zu verlegen und so zu einer Abmilderung der vielfach kritisierten Perseveranzeffekte beizutragen.⁸⁷

Zwar keine klare Empfehlung zur Einführung, aber eine „Prüfungsempfehlung“ stellt der Vorschlag dar, die Einführung der audiovisuellen Dokumentation erstinstanzlicher Hauptverhandlungen vor *LG* und *OLG* näher zu erwägen.⁸⁸ Auch hier ist bedauerlich, dass das zeitlich streng limitierte Mandat der Kommission nur eine Abwägung des Für und Wider, aber keine klare Positionierung möglich gemacht hat. Praktische und finanzielle Anforderungen⁸⁹ sind ganz pragmatische Erwägungen, während am idealistischen Ende der positive Einfluss auf

die Wahrheitsfindung steht.⁹⁰ Inwieweit allerdings solche Prüfungsempfehlungen, so detailliert auch die Abwägung wiedergegeben wird,⁹¹ in näherer oder fernerer Zukunft überhaupt Einfluss in die Gesetzgebung finden, erscheint mehr als fraglich.

Die Kommission empfiehlt weiterhin die audiovisuelle Dokumentation von einzelnen Vernehmungen in amtsgerichtlichen Verfahren.⁹²

Was den Beweistransfer aus dem Ermittlungsverfahren in die Hauptverhandlung betrifft, werden gleich 5 Empfehlungen ausgesprochen. Die erste bezieht sich auf erweiterte Verlesungsmöglichkeiten für nichtrichterliche Vernehmungsprotokolle. Diese sollte für nicht verteidigte Angeklagte auch dann möglich sein, wenn diese der Verlesung nach Belehrung zustimmen und die Verlesung lediglich der Bestätigung des Geständnisses dient.⁹³ Empfohlen wird darüber hinaus die Vorführung der audiovisuellen Aufzeichnung einer richterlichen Zeugenvernehmung, sofern das Konfrontationsrecht des Beschuldigten gewahrt war.⁹⁴ Ebenfalls befürwortet wird die Vorführung der audiovisuellen Aufzeichnung einer früheren richterlichen Beschuldigtenvernehmung und die erweiterte Verlesungsmöglichkeit für ärztliche Atteste.⁹⁵ Gegen diese Vorschläge ist ebenso wenig einzuwenden wie gegen die Neuerung im Selbstleseverfahren. Die Kommission empfiehlt, den Vorsitzenden zu verpflichten, den wesentlichen Inhalt einer Urkunde oder eines Schriftstückes in der Hauptverhandlung mitzuteilen, wenn diese im Selbstleseverfahren in das Verfahren eingeführt werden.⁹⁶ Diese Empfehlung dient der Transparenz der Hauptverhandlung und ermöglicht der Verteidigung die Nachvollziehbarkeit der gerichtlichen Schlussfolgerungen.

Weiterhin schlägt die Kommission vor, dass der Vorsitzende nach Abschluss der Beweisaufnahme eine angemessene Frist zur Stellung von Beweisanträgen bestimmen kann.⁹⁷ Die Fristenlösung der Rechtsprechung betrachtet die Expertenkommission als unzureichend und schlägt eine Ablehnung der erst nach Fristablauf gestellten – unentschuldigten – Beweisanträge im Urteil vor.⁹⁸ Unter dem Eindruck des NSU-Verfahrens spricht sich die Kommission für die Bündelung von Nebenklagevertretern in der Hauptverhandlung aus. In Ausnahmefällen sollte es dem Vorsitzenden möglich sein, Gruppen von Nebenklägern zu bilden und diesen für die Vertretung in der Hauptverhandlung einen Gruppenrechtsbeistand beizuordnen.⁹⁹ Dies erscheint unter dem Gesichtspunkt des Beschleunigungsgebots und einer effektiven Strafrechtspflege durchaus geboten.

Abschließend spricht sich die Expertenkommission unter

⁸¹ Bericht der Expertenkommission, S. 110 ff. Da der Vorschlag im Referentenentwurf aufgegriffen wurde vgl. zur Kritik III 2 a.

⁸² Bericht der Expertenkommission, S. 113 f.

⁸³ Ausf. – auch zu taktischen Erwägungen – *Basar*, StraFo 2016, 226 (234).

⁸⁴ Bericht der Expertenkommission, S. 115 ff. Hierzu ausf. unter III 2 i und *Basar*, StraFo 2016, 226 (234).

⁸⁵ Bericht der Expertenkommission, S. 118 (122).

⁸⁶ A.a.O., S. 125 ff.

⁸⁷ A.a.O., S. 127; kritisch schon *Basar*, StraFo 2016, 226 (234).

⁸⁸ Bericht der Expertenkommission, S. 128 ff.

⁸⁹ A.a.O., S. 131.

⁹⁰ A.a.O., S. 130.

⁹¹ A.a.O., S. 128-133.

⁹² A.a.O., S. 134.

⁹³ A.a.O., S. 135 f.

⁹⁴ A.a.O., S. 137 f.

⁹⁵ A.a.O., S. 139, 140.

⁹⁶ A.a.O., S. 142.

⁹⁷ A.a.O., S. 143 ff.

⁹⁸ Ausf. hierzu und zu den Hintergründen *Basar*, StraFo 2016, 226 (236).

⁹⁹ Bericht der Expertenkommission, S. 146.

zutreffenden Erwägungen gegen eine Änderung der Regelungen zur Besetzungsreduktion in großen Strafkammern aus.¹⁰⁰

f) Rechtsmittelverfahren

Änderungen im Rechtsmittelverfahren schlägt die Expertenkommission so gut wie gar nicht vor. Weder soll die Annahmeerufung ausgeweitet noch die Sprungrevision im Bereich der Annahmeerufung ausgeschlossen werden.¹⁰¹ Auch ein Wahlrechtsmittel – nur noch Berufung oder Revision gegen amtsgerichtliche Urteile einzulegen – wurde abgelehnt. Beibehalten werden soll dagegen die Möglichkeit, gegen Berufungsurteile der Landgerichte Revision einzulegen.¹⁰² Ebenfalls nicht geändert werden soll der Zeitrahmen der Revisionsbegründungsfrist.¹⁰³ Die Kommission spricht sich auch nicht dafür aus, eine Regelung, nach der Verfahrenshindernisse vom Revisionsgericht nur noch auf eine Rüge hin überprüft werden, zu schaffen.¹⁰⁴ Auch eine Erweiterung der Möglichkeiten, über die Revision im Beschlussverfahren ohne Revisionshauptverhandlung zu entscheiden, sollte laut Kommission nicht erfolgen. Ebenfalls abgesehen wurde von einer generellen Begründungspflicht bei Zurückweisung einer Revision als offensichtlich unbegründet.¹⁰⁵

Zu zwei Änderungen im Rechtsmittelverfahren hat sich die Kommission dann doch durchgerungen: Zum einen empfiehlt sie die gesetzlich verpflichtende Abgabe einer Gegenerklärung der Staatsanwaltschaft im Revisionsverfahren, wenn Verfahrensrügen erhoben wurden, soweit dadurch die Prüfung der Revisionsbeschwerden erleichtert wird. Letztlich wird dadurch die ohnehin in Nr. 162 Abs. 2 RiStBV festgeschriebene Regelung in Gesetzesrang erhoben.¹⁰⁶ Die zweite Änderung betrifft die Schaffung der Einstellungsmöglichkeit nach § 153a Abs. 2 StPO in Revisionsverfahren. Dadurch soll auch dem Revisionsgericht die Möglichkeit gegeben werden, ein Verfahren nach Erfüllung von Auflagen und Weisungen einzustellen.¹⁰⁷

g) Wiederaufnahmeverfahren und Jugendstrafverfahren

Im Bereich des Wiederaufnahmeverfahrens und des Jugendstrafverfahrens sieht die Kommission derzeit keinen nennenswerten Reformbedarf.¹⁰⁸ Lediglich eine Reform des § 55 Abs. 1 JGG sollte geprüft werden.¹⁰⁹

h) Strafvollstreckung

Als letztes spricht sich die Expertenkommission für die Zuständigkeitskonzentration bei der sog. großen Straf-

vollstreckungskammer aus. Ist von der Strafvollstreckungskammer zugleich über die Aussetzung der Vollstreckung einer lebenslangen Freiheitsstrafe oder die Aussetzung der Vollstreckung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder in der Sicherungsverwahrung und über die Aussetzung einer zeitigen Freiheitsstrafe zu entscheiden, sollte die Strafvollstreckungskammer in der Besetzung mit drei Richtern für alle Verfahren zuständig sein.¹¹⁰

3. Was fehlt

Schon die diversen Anregungen zur Prüfung möglicher Änderungen seitens der Expertenkommission, die immer mit dem Hinweis erfolgen, dass ihr selber zur Klärung die Zeit fehlte, machen deutlich, dass der große Wurf nicht gelungen ist – angesichts des schmalen Zeitfensters auch nicht gelingen konnte. Neben den angesprochenen, aber nicht umgesetzten Änderungspotentialen in der Strafprozessordnung gibt es aber auch noch solche, die die Kommission – leider – überhaupt nicht erörtert hat. Dies gilt vor allem für das „Kardinalproblem des deutschen Strafverfahrens“¹¹¹, dass der Eröffnungsbeschluss durch den darin „besiegelten“ hinreichenden Tatverdacht, also der Wahrscheinlichkeit einer späteren Verurteilung,¹¹² beim Gericht zu einem negativen Vorurteil führt.¹¹³ Jedenfalls ist die Möglichkeit eines psychologischen Konflikts des Richters nicht von der Hand zu weisen, der in der Hauptverhandlung so handeln muss, als ob er zur Wahrscheinlichkeit einer Tatbegehung durch den Beschuldigten noch niemals eine Entscheidung gefällt hätte.¹¹⁴ Auch wenn sich die Expertenkommission zum Zwischenverfahren und dessen Filterfunktion bekennt und eine Stärkung empfiehlt,¹¹⁵ hätte sie sich doch zumindest mit der Frage auseinandersetzen können, ob es nicht sinnvoll wäre, ein anderes als das mit der Hauptverhandlung zuständige Gericht über die Eröffnung des Hauptverfahrens entscheiden zu lassen.¹¹⁶

Bedauerlich ist auch, dass die Kommission die bestehende Revisionsbegründungsfrist unverändert lassen möchte. Aus Gründen des Beschleunigungsgebots lehnt sie eine Staffelung für alle Verfahrensbeteiligte in Abhängigkeit von der Anzahl der verhandelten Hauptverhandlungstage ab.¹¹⁷ Dies erscheint aus Fairnessgesichtspunkten bedenklich, stellt es doch gerade bei lang andauernden Hauptverhandlungen für viele Verteidiger nahezu eine Unmöglichkeit dar, die Revision nach Zustellung der Urteilsgründe in entsprechender Zeit zu begründen.¹¹⁸

¹⁰⁰ A.a.O., S. 148 ff.

¹⁰¹ A.a.O., S. 151 f.

¹⁰² A.a.O., S. 153 f.

¹⁰³ A.a.O., S. 155 f.; hierzu kritisch *Basar*, *StraFo* 2016, 226 (236).

¹⁰⁴ Bericht der Expertenkommission, S. 157 f.

¹⁰⁵ A.a.O., S. 162 ff.

¹⁰⁶ A.a.O., S. 159.

¹⁰⁷ A.a.O., S. 166.

¹⁰⁸ A.a.O., S. 168 ff. und S. 173 ff.

¹⁰⁹ A.a.O., S. 173 ff.

¹¹⁰ A.a.O., S. 171 f.

¹¹¹ So *Schünemann*, *StraFo* 2016, 45 (51).

¹¹² *Meyer-Göfner/Schmitt*, *StPO*, 59. Aufl. (2016), § 203 Rn. 2.

¹¹³ Vgl. *Schünemann*, *StraFo* 2016, 45 (51); *Schlothauer*, *StV* 2016, 607 (608); *Basar*, *StraFo* 2016, 226 (237).

¹¹⁴ *Kühne*, *Strafprozessrecht*, 9. Aufl. (2015), Rn. 622.1

¹¹⁵ Bericht der Expertenkommission, S. 93.

¹¹⁶ Für eine entsprechende Gesetzesänderung spricht sich *Kühne*, Rn. 622.2 aus. Als weitere Lösung wäre in Betracht zu ziehen gewesen, das Zwischenverfahren ausschließlich zur formellen Prüfung der Anklage zu nutzen und die Tatverdachtsprüfung entfallen zu lassen.

¹¹⁷ Bericht der Expertenkommission, S. 155 f.

¹¹⁸ Ausf. zur Kritik *Basar*, *StraFo* 2016, 226 (236).

Auch wäre angesichts der Kritik an den stark begrenzten Möglichkeiten eines Wiederaufnahmeverfahrens und der Forderung nach einer Stärkung des Wiederaufnahme-rechts zugunsten des Angeklagten hier eine Empfehlung zur moderaten Anpassung wünschenswert gewesen. Die Kommission setzt sich allerdings mit den Argumenten Für und Wider auseinander und kommt zu der Einschätzung, dass das geltende Wiederaufnahmerecht dem Zweck, Fehler Teile zu beseitigen, ausreichend Rechnung trägt.¹¹⁹

III. Der Referentenentwurf des BMJV

1. Ziele des Entwurfs

Der Referentenentwurf des BMJV vom 29.5.2016 nimmt direkt Bezug auf die Empfehlungen der von Maas eingesetzten Kommission.¹²⁰ Ziel des Entwurfs ist es, mit „zahlreichen“ Vorschlägen das Strafverfahren zu vereinfachen und zu beschleunigen, die Dokumentation des Ermittlungsverfahrens zu verbessern, die Transparenz von Kommunikation im Strafverfahren zu fördern, die Beschuldigtenrechte zu stärken und die Befugnisse der Strafverfolgungsbehörden „klarzustellen“ und zu „konkretisieren“.¹²¹ Oberflächlich betrachtet steht dies durchaus im Einklang mit den dargestellten Empfehlungen der Kommission.

2. Umsetzung der Empfehlungen der Expertenkommission im Referentenentwurf

Während die Kommission insgesamt 50 Einzelempfehlungen ausgesprochen hat, enthält der Referentenentwurf „nur“ 25 Gesetzänderungen. Hieraus bereits eine Bewertung über den Umfang der Umsetzungen ziehen zu wollen, wäre verfehlt. Zum einen sind einige der Vorschläge der Kommission in den bereits zuvor genannten anderen Gesetzesinitiativen „verarbeitet“ worden. Und zum anderen enthielten die Empfehlungen der Kommission nicht ausschließlich Reformvorschläge, sondern auch Stellungnahmen dahingehend, Einzelregelungen der StPO nicht zu verändern. Diese Empfehlungen finden im Referentenentwurf naturgemäß keine Erwähnung.

a) Das Recht der Ablehnung (§ 26 ff. StPO-E)

Der Entwurf sieht eine Anpassung des Ablehnungsverfahrens vor. Die Kommission hatte hierzu empfohlen, § 29 StPO dahingehend zu ändern, dass die Hauptver-

handlung bei einem erst kurz vor dem Aufruf der Sache gestellten Ablehnungsantrag durchgeführt werden kann, bis der Staatsanwalt den Anklagesatz verlesen hat. Der Antrag sollte nach dem Willen der Kommission vor Beginn der Vernehmung des Angeklagten verbeschieden werden müssen.¹²² Dem wird nun im Referentenentwurf durch Einfügung eines neuen § 29 Abs. 1 S. 2 StPO-E Rechnung getragen, der diese Vorgehensweise im Gesetz verankert. Verbunden wird diese Regelung mit einem Zusatz in § 26 Abs. 1 S. 2 StPO-E, der in Abänderung der bisherigen Rechtslage für das Recht der Befangenheitsanträge die eingeschränkte Anwendung von § 257a StPO zulassen will. Es soll möglich werden, dass das Gericht anordnet, dass Befangenheitsanträge schriftlich begründet werden müssen.¹²³ Kommt der Antragsteller diesem Erfordernis nicht innerhalb der vom Gericht gesetzten Frist nach, soll der Antrag gemäß § 26a Abs. 1 Nr. 2 StPO-E als unzulässig verworfen werden können. Während die Neuregelung in § 29 Abs. 1 S. 2 StPO-E ein praktisches Bedürfnis der Strafgerichte mit der Subjektstellung des Beschuldigten (noch) in Einklang bringt,¹²⁴ geht der Verweis auf § 257a StPO jedoch zu weit. Verwiesen wird nämlich auch auf § 257a S. 3 StPO, der wiederum das Selbstleseverfahren nach § 249 Abs. 2 StPO für anwendbar erklärt.¹²⁵ So ausgestaltet böte die Neuregelung aber die Gefahr, dass Strafgerichte sich den Einwänden der Verfahrensbeteiligten, sie seien befangen, nicht mehr transparent in der Hauptverhandlung stellten bzw. aus ihrer Sicht „störende“ Anträge in das „Hinterzimmer“ entsorgen könnten.¹²⁶ Mit anderen Worten: Die beabsichtigte Eindämmung der Missbrauchsmöglichkeiten der Antragsteller würde zu Missbrauchsmöglichkeiten auf Seiten der Gerichte führen. Auch wenn das Ablehnungsverfahren selbst nicht Teil der Hauptverhandlung ist,¹²⁷ darf nicht unterschätzt werden, dass die Begründung sich regelmäßig auf Ereignisse in der Hauptverhandlung beziehen wird. Dies aus der Öffentlichkeit auszuklammern wird der tragenden Bedeutung, die der Unparteilichkeit des Richters für das Strafverfahren zukommt,¹²⁸ nicht gerecht. Besser wäre es daher, wenn der Gesetzgeber den Verweis auf § 257a StPO-E präzisieren und die Anwendung des Selbstleseverfahrens für die schriftliche Begründung von Befan-

¹¹⁹ Bericht der Expertenkommission, S. 170.

¹²⁰ Referentenentwurf, S. 12.

¹²¹ So die zusammenfassenden Überschriften in der Begründung des Referentenentwurfs, S. 12 – 15. Bemerkenswert ist, dass im Entwurf in der Einleitung festgehalten wird, dass die Aufgaben des Strafprozesses („Ermittlung des wahren Sachverhalts“) für die Strafgerichte dadurch erschwert würden, dass diese sich einer dauerhaft hohen Belastung ausgesetzt sehen und in Haft-sachen das Beschleunigungsgebot gelte. Unerwähnt bleibt, dass die – unstrittig bestehende – hohe Arbeitsbelastung der Strafgerichte nicht zufällig entstanden ist, sondern durch den Gesetzgeber selbst geschaffen wurde. Dieser neigt seit Jahrzehnten dazu, das materielle Strafrecht auszuweiten, ohne gleichläufig das Personal der Justiz zu stärken.

¹²² Damit soll zum einen die Verzögerung des Verfahrens vermieden aber zugleich die Rechtsposition des Angeklagten gewahrt werden, da dem Angeklagten zugesichert bleibt, nicht von einem Mitglied des Gerichts vernommen zu werden, dem der Makel der Besorgnis der Befangenheit anhaftet vgl. Bericht der Expertenkommission, S. 110.

¹²³ Der Verweis auf § 257a StPO soll hier nur „in Ausnahmefällen“ zur Anwendung kommen und sich ausdrücklich nur auf die Begründung der Anträge beziehen. Diese Ausgestaltung soll nach dem Referentenentwurf, S. 17 die Grundentscheidung, Anträge mündlich anbringen zu können, unangetastet lassen.

¹²⁴ Es soll slicht die Verzögerung am Tag der Anklageverlesung verhindert werden.

¹²⁵ Auf diese Möglichkeit weist auch der Referentenentwurf, S. 17 ausdrücklich hin.

¹²⁶ So schon Basar, StraFo 2016, 226 (233) in Hinblick auf die Empfehlung der Kommission.

¹²⁷ Kudlich/Noltensmeier, in: SSW-StPO, 2. Aufl. (2016), § 26 Rn. 1.

¹²⁸ Zur Reichweite des verfassungsrechtlichen Gewährleistungsinhalts dieser Prozessmaxime vgl. Schlei, Die Verwerfung eines Ablehnungsgesuchs als unzulässig, 2015, S. 28 und 59 ff.

genheitsanträgen ausschließen würde.¹²⁹

b) Audiovisuelle Aufzeichnung von Zeugenvernehmungen (§ 58a StPO-E)

Zentrales Reformanliegen im Referentenentwurf ist – in Übereinstimmung mit der Kommission – die Erweiterung der Möglichkeiten zur Aufzeichnung von Zeugen- und Beschuldigtenvernehmungen.¹³⁰ Diese sollen nach dem Referentenentwurf zukünftig bei Vorliegen bestimmter an die Tat oder die Person anknüpfender Umstände verpflichtend werden.¹³¹ Anerkannt wird, dass die Aufzeichnung dem herkömmlichen Protokoll überlegen ist. Diese sei „grundsätzlich fehleranfällig“.¹³² Eine Aufzeichnung könne zudem Aspekte einer Aussage konservieren, die keinen Eingang in das Inhaltsprotokoll fänden und erst im weiteren Verlauf der Ermittlung an Bedeutung erlangten.¹³³ Mit der Dokumentation verbunden werden zugleich eine Stärkung des Schutzes vor rechtswidrigen Vernehmungsmethoden und ein Schutz der Vernehmungsbeamten vor falschen Anschuldigungen in diesem Bereich.¹³⁴ Angesichts der mit der Dokumentation einhergehenden Vorteile will der Referentenentwurf die bereits in der StPO vorgesehene Möglichkeit einer audiovisuellen Vernehmung „moderat“ erweitern. Der bestehende § 58a Abs. 1 StPO wird von einer Kann- in eine Mussvorschrift aufgewertet. Wörtlich soll es in § 58a Abs. 1 Nr. 1 StPO-E nun heißen:

Die Vernehmung eines Zeugen ist dann in Bild und Ton aufzuzeichnen, wenn die Aufzeichnung aufgrund des schweren Tatvorwurfs oder der besonderen schwierigen Sachlage geboten erscheint und die äü-

¹²⁹ § 26 Abs.1 S. 2 StPO-E könnte hierfür mit einer weiteren Einschränkung versehen und wie folgt gefasst werden: „§ 257a S. 1 findet für die Begründung des Ablehnungsgesuch entsprechende Anwendung“.

¹³⁰ Die Forderung, das Strafverfahren besser zu dokumentieren, ist nicht neu, sondern wird schon seit langem erhoben. Eine Übersicht zur Geschichte enthält *Leitner*, Videotechnik im Strafverfahren, 2012, S. 34 f. und 111 f.

¹³¹ Referentenentwurf, S. 19.

¹³² Referentenentwurf, S. 19. Bemerkenswert ist, dass der Entwurf als Ursache für Defizite des herkömmlichen Protokolls anführt, dass der Beamte durch die Mitschrift der Vernehmung belastet ist und er sich daher schlechter auf den Inhalt der Aussage und auf ihre äußeren Umstände konzentrieren kann, weil er sie gleichzeitig dokumentieren muss. Dies dürfte allseits Zustimmung finden, wenn gleich man die Frage anschließen muss, warum man mit dieser Erkenntnis noch zulässt, dass in der Hauptverhandlung vor den Land- und Oberlandesgerichten gesetzlich keine Mitschrift vorgesehen ist. In der Praxis ist nicht selten zu beobachten, dass alle Verfahrensbeteiligten „fleißig mitschreiben“. Der Referentenentwurf geht gleichwohl nicht so weit, die Mitschrift abschaffen zu wollen oder gar durch eine wörtliche Transkription zu ersetzen. Stattdessen heißt es im Referentenentwurf, S. 22, dass an der bisherigen Übung der Mitprotokollierung durch den Vernehmungsbeamten grundsätzlich festgehalten werden soll – die Verschriftung könne dann aber auch später mithilfe der Videodokumentation erfolgen.

¹³³ Ausdrücklich werden im Referentenentwurf, S. 19, 21 „körpersprachliche Signale“ genannt, deren Interpretation eine Rolle spielen kann. Die Videoaufzeichnung sei deswegen unbestritten technisch das „optimale Mittel“, eine Vernehmung wahrheitsgemäß abzubilden.

¹³⁴ Dieser Gesichtspunkt hat durchaus Gewicht. In der Praxis werden die Vernehmungsvorschriften nach *Bender/Nack/Treuer*, Tatsachenfeststellung vor Gericht, 4. Aufl. (2014), Rn. 1088 häufiger verletzt als man gemeinhin annimmt.

berem Umstände oder die besondere Dringlichkeit der Vernehmung der Aufzeichnung nicht entgegenstehen.

Die Pflicht zur Aufzeichnung wird also an den „schweren Tatvorwurf“ oder die „schwierige Sachlage“ geknüpft. Beide Begriffe definiert das Gesetz nicht. Ausweislich der Begründung im Referentenentwurf wird deutlich, dass dem Vernehmungsbeamten bewusst ein hohes Maß an Auslegungsspielräumen verbleiben und eine flächendeckende Anwendung dieses Instruments vermieden werden soll. Selbst bei den „schweren Straftaten“ wird eine Katalogisierung vermieden. Der Begriff werde – so die Begründung – „bewusst offen gehalten.“¹³⁵ Einzig bei gravierenden Delikten wie Schwurgerichtssachen, Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und Straftaten aus dem Bereich der organisierten Kriminalität oder dem Staatsschutz soll stets eine Aufzeichnung erfolgen.¹³⁶ Abgelehnt wird die von der Kommission als Möglichkeit genannte Anlehnung an § 140 Abs. 2 StPO und an § 100a Abs. 2 StPO.¹³⁷ Diese beiden Vorschriften sollen allenfalls eine „gewisse Orientierung“ bieten können. Begründet wird dies damit, dass diese Regelungen nicht direkt vergleichbar sind. Bei § 100a Abs. 2 StPO wird hingewiesen, dass auch Vergehen enthalten und daher nicht alle dort enthaltenen Delikte als „schwer“ einzuordnen sind.¹³⁸ Für einen Gleichlauf mit der Generalklausel des § 140 Abs. 2 StPO wird eingewandt, dass die Entscheidung zur Bestellung eines Pflichtverteidigers erst mit Anklageerhebung – und damit auf Grundlage abschlussreifer Ermittlungen – erfolgt, während die (erste) Vernehmung von Zeugen bzw. Beschuldigten zu einem Zeitpunkt erfolgt, in dem noch nicht alle Informationen für eine Entscheidung in Hinblick auf § 140 Abs. 2 StPO vorliegen.¹³⁹

Dies gilt ebenfalls für das zweite Merkmal des neuen § 58a Abs. 1 Nr. 1 StPO-E („schwierige Sachlage“). Als einziges Beispiel für eine solche „schwierige Sachlage“ nennt der Entwurf Fälle der „Internet- oder Wirtschaftskriminalität, wenn [sich] die Frage der Strafbarkeit nur mit speziellen Fachkenntnissen beurteilen lässt“.¹⁴⁰ Weiter abgeschwächt wird die Pflicht zur Aufzeichnung dadurch, dass auch bei schweren Straftaten nicht jede Zeugenvernehmung audiovisuell zu dokumentieren ist.

¹³⁵ Referentenentwurf, S. 23.

¹³⁶ A.a.O., S. 23.

¹³⁷ Vgl. Bericht der Expertenkommission, S. 67.

¹³⁸ Referentenentwurf, S. 24. Einige Verbrechen seien in dem Katalog nicht enthalten; dafür seien aber auch Vergehen inkludiert, die aufgrund des „konspirativen Vorgehens“ Eingang in den Katalog gefunden haben.

¹³⁹ Referentenentwurf, S. 24. Der Hinweis hat durchaus Gewicht, nicht zuletzt da eine Entscheidung nach § 140 Abs. 2 StPO immer auch einen Beurteilungsspielraum belässt. Unerwähnt lässt der Referentenentwurf in diesem Zusammenhang allerdings, dass die Expertenkommission, S. 71 auch § 140 Abs. 1 StPO als denkbaren Katalog angesprochen hat. Hier wäre auch an eine Beschränkung nach § 140 Abs. 1 Nr. 1 (Hauptverhandlung vor dem LG oder OLG im 1. Rechtszug) und Nr. 2 (Verbrechen) zu denken gewesen.

¹⁴⁰ So der Referentenentwurf, S. 24. Dies wirkt wenig durchdacht. Das „klassische“ Szenario einer schwierigen Sachlage wäre vielmehr eine potentielle Aussage gegen Aussage Situation, wo die frühzeitige Konservierung von Körpersprachsignalen fallentscheidend sein kann.

Bei sogenannten nebensächlichen Umständen könne man – so der Entwurf – hiervon absehen.¹⁴¹ Im Übrigen soll § 58a StPO-E unverändert bleiben. Dies gilt ausdrücklich für den Beweistransfer, dessen bestehendes Regelungssystem durch die Reform des § 58a StPO-E nicht verändert wird.¹⁴² Die weiteren in § 58a Abs. 1 Nr. 2 StPO enthaltenen Fallgruppen werden in § 58a Abs. 1 Nr. 2 StPO-E überführt.¹⁴³ In § 58a Abs. 1 Nr. 2 lit. c StPO-E wird jedoch noch eine neue Fallgruppe hinzugefügt, und zwar für „Personen, die unter erheblich eingeschränkten geistigen Fähigkeiten oder einer schwerwiegenden seelischen Störung leiden.“ Erkennbar sollen damit die beiden Fälle „Bauer Rupp“ und „Peggy“ verarbeitet werden.¹⁴⁴ Ob diese zusätzliche Variante in dieser Form tatsächlich mehr Schutz gewährleistet, muss bezweifelt werden. Ob die Voraussetzungen für eine Aufzeichnung vorliegen, muss der Vernehmungsbeamte selbst entscheiden. Wenn der Beamte sich – bewusst oder unbewusst – falsch entscheidet, bleibt dies ohne Konsequenz. Der Referentenentwurf stellt klar, dass § 58a StPO-E (auch in den Fällen, in denen es um den Schutz der Zeugen geht) eine Ordnungsvorschrift darstellt und das Fehlen einer audiovisuellen Aufzeichnung grundsätzlich nicht zur Unverwertbarkeit der Aussage führen kann, auch wenn sich im Nachhinein herausstellt, dass die Voraussetzungen für eine Aufzeichnung vorgelegen haben.¹⁴⁵ Die Ausführungen im Referentenentwurf deuten darauf hin, dass die von der Kommission befürwortete Stärkung der audiovisuellen Dokumentation durch den Entwurf nicht erreicht wird, weil die gewählten Formulierungen den Vernehmungsbeamten einen weiten Spielraum geben.¹⁴⁶ Es ist daher davon auszugehen, dass der Einsatz audiovisueller Vernehmung trotz der Änderung in eine Ist-Vorschrift unverändert restriktiv zur Anwendung kommen wird. Die Gründe für die Zurückhaltung lassen sich nicht mit der bislang fehlenden Technik er-

klären. Hierfür ist eine ausreichend lange Einführungsfrist vorgesehen.¹⁴⁷

c) Anhörung Sachverständigenauswahl (§ 73 StPO-E)

Die bislang in Nr. 70 Abs. 1 der RiStBV enthaltene Regelung, wonach bei der Bestellung des Sachverständigen dem Verteidiger Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt wird, erhält nunmehr Gesetzesrang. Nach § 73 Abs. 3 StPO-E ist dem Beschuldigten Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Einschränkungen sind vorgesehen für häufig wiederkehrende, tatsächlich gleich gelagerte Sachverhalte¹⁴⁸ oder bei Gefährdung des Untersuchungszwecks bzw. Verzögerung des Verfahrens. Damit wird eine Empfehlung der Kommission passgenau abgebildet,¹⁴⁹ die in der Praxis auf breite Zustimmung stoßen dürfte.

d) Antrag auf Pflichtverteidigerbestellung im Ermittlungsverfahren (§ 141 StPO-E)

Geschaffen werden soll das unmittelbare Recht des Beschuldigten, schon im Ermittlungsverfahren die Beiordnung eines Pflichtverteidigers zu beantragen. Zwar wird er nach § 141 Abs. 3 S. 4 StPO-E den Antrag bei der Staatsanwaltschaft zu stellen haben, doch hat diese den Antrag unverzüglich dem zuständigen Gericht weiterzuleiten. Ebenso ist nach § 141 Abs. 3 S. 5 StPO-E ein Pflichtverteidiger zu bestellen, wenn eine richterliche Vernehmung durchgeführt und dies durch die Staatsanwaltschaft beantragt wird oder zur Wahrnehmung der Rechte des Beschuldigten geboten erscheint. Flankiert wird diese Regelung durch eine Belehrungspflicht in § 136 Abs. 1 S. 3 StPO-E. Mit der Ausweitung des Antragsrechts auf den Beschuldigten wird die „nicht hinnehmbare Rechtsschutzlücke“¹⁵⁰ geschlossen und werden die Beschuldigtenrechte aufgewertet.

e) Anbahnungsgespräche (§ 148 StPO-E)

Geregelt werden sollen zudem die sog. Anbahnungsfälle in den Justizvollzugsanstalten, bei denen umstritten ist, ob die in diesem Gespräch geführte Kommunikation nach § 148 Abs. 1 StPO geschützt ist,¹⁵¹ da der Rechtsanwalt, der den inhaftierten Beschuldigten das erste Mal in der JVA aufsucht, regelmäßig noch nicht mandatiert ist und es deswegen an einem Verteidigungsverhältnis fehlt.¹⁵² Der Referentenentwurf beseitigt die mit dem Meinungsstreit bestehende Rechtsunsicherheit. Potenziellen Verteidigern wird in § 148 Abs. 2 S. 1 StPO-E gesetzlich zugesichert, dass diese im Rahmen des Anbahnungsgesprächs nicht überwacht werden. Dies entspricht der Empfehlung der Kommission, die in diesem Kontext

¹⁴¹ Dies ist deswegen widersprüchlich, weil im Referentenentwurf, S. 19, zuvor eingeräumt wird, dass verschiedene Aspekte einer Aussage auch erst später im Verfahren bedeutsam werden können. Mit anderen Worten: Eine anfänglich nebensächliche Tatsache (bzw. ein Zeuge!) kann später (doch noch) wichtig werden. Weswegen man diese – vom Referentenentwurf anerkannte – Dynamik an diesem Punkt ignoriert und bei schweren Straftaten die Aufzeichnung im Einzelfall ungenutzt lassen will, ergibt sich aus der Begründung nicht.

¹⁴² Ein umfassender Beweistransfer lehnt der Referentenentwurf, S. 22 ab und fügt hinzu, dass die audiovisuelle Aufzeichnung nur dort in der Hauptverhandlung eingeführt werden kann, wo das geltende Recht eine Durchbrechung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes ohnehin gestattet.

¹⁴³ Das betrifft den gegenwärtigen § 58a Abs. 1 Nr. 1 StPO, der die „schutzwürdigen Interessen von Personen unter 18 Jahren sowie von Personen, die als Kinder oder Jugendliche durch eine der in § 255a Abs. 2 genannten Straftaten verletzt worden sind“ als Anlass für eine audiovisuelle Dokumentation nennt. Diese beiden Fallgruppen sollen nunmehr in § 58a Abs. 1 Nr. 2 a) StPO – E und § 58a Abs. 1 Nr. 2 b) StPO – E erfasst werden.

¹⁴⁴ Auf diese bezieht sich der Referentenentwurf, S. 25 ausdrücklich.

¹⁴⁵ So wörtlich im Referentenentwurf, S. 23.

¹⁴⁶ Angesichts dieser Ausgestaltung ist auch fraglich, ob die Neuregelung in den Fällen „Bauer Rupp“ und „Peggy“ zu dem intendierten Schutz geführt hätte. Immerhin hat in diesen Fällen das rücksichtslose Vorgehen der Polizei in der Vernehmungssituation eine erhebliche Rolle gespielt. Wenn die Außerachtlassung der Voraussetzungen der Pflicht zur audiovisuellen Dokumentation für die Verwertbarkeit der so gewonnenen Aussage keine Rolle spielt, werden solche Beamte nicht gerade „ermutig“, ihr Verhalten zu überdenken.

¹⁴⁷ Die audiovisuelle Dokumentation des Ermittlungsverfahrens soll erst am 1.1.2020 in Kraft treten, um den Ländern Zeit für Anschaffung der Ausstattung zu gewähren.

¹⁴⁸ Als Beispiel werden im Referentenentwurf, S. 26, in Übereinstimmung mit der entsprechenden Empfehlung der Kommission Blutalkoholgutachten genannt.

¹⁴⁹ Bericht der Expertenkommission, S. 36.

¹⁵⁰ So wörtlich aus dem Bericht der Expertenkommission, S. 44.

¹⁵¹ Wessing, in: Beck-OK, Stand: 1.7.2016, § 148 Rn. 1.

¹⁵² Meyer-Gofner/Schmidt, StPO, 59. Aufl. (2016), § 148 Rn. 4.

die Vermutung ausgesprochen hat, dass das bestehende Regelungsdefizit die Gefahr in sich birgt, dass das Anbahnungsverhältnis sehr frühzeitig in ein Mandatsverhältnis umgewandelt wird, um eine unüberwachte Kommunikation zu ermöglichen.¹⁵³ Weitergehende Privilegierungen enthalten die Neuerungen nicht,¹⁵⁴ jedoch zusätzlich eine Ausnahmeklausel. Danach gilt § 148 Abs. 2 S. 1 StPO-E nach § 148 Abs. 2 S. 2 StPO-E dann nicht, wenn der Zweck der Inhaftierung oder die Sicherheit und Ordnung in der Anstalt gefährdet werden. Die Erläuterungen im Referentenentwurf weisen darauf hin, dass der Ausnahmefall durch die Anstalt mit tatsächlichen Anhaltspunkten belegt sein muss.¹⁵⁵

f) Einstellung im Revisionsverfahren (§ 153a StPO-E)

Ausgedehnt werden soll § 153a StPO – wie von der Kommission vorgeschlagen¹⁵⁶ – auf das Revisionsverfahren. Der Referentenentwurf ist sich bewusst, dass die Anwendung dieser Vorschrift im Revisionsverfahren die Ausnahme bleiben wird. Übereinstimmend mit der Kommission erhofft man sich in den wenigen Fällen, in denen diese Vorschrift in Betracht kommt, dadurch einen Effizienzgewinn, dass eine Zurückverweisung obsolet wird.¹⁵⁷

g) Erscheinungspflicht des Zeugen gegenüber der Polizei (§ 163 StPO-E)

Der Referentenentwurf sieht eine Erscheinungspflicht für Zeugen gegenüber Ladungen der Polizei vor und folgt damit der Kommission, die dies ebenfalls als Empfehlung ausgesprochen hatte. Zeugen sollen nach dem jetzigen Entwurf durch die Neufassung des § 163 Abs. 3 StPO-E in Zukunft verpflichtet sein, auf Ladung vor Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft zu erscheinen und zur Sache auszusagen, wenn der Ladung ein Auftrag der Staatsanwaltschaft zu Grunde liegt.¹⁵⁸ Als Grund nennt der Entwurf, dass das bestehende System insoweit einen Fehler enthalte. Ein Zeuge, der nicht erscheine, müsse von der Staatsanwaltschaft vernommen werden, und zwar unabhängig von der Bedeutung der Aussage. Ob die Staatsanwaltschaft oder die Polizei den Zeugen vernehme, hänge somit ausschließlich von der Verlässlichkeit des Zeugen ab.¹⁵⁹ Der mit der Vernehmung durch den Staatsanwalt verbundene Aufwand sei angesichts „knapper Ressourcen“ zu hoch und würde

dem Beschleunigungsgrundsatz zuwiderlaufen.¹⁶⁰ Das Thema ist nicht neu und hat bereits mehrere „Anläufe“ hinter sich.¹⁶¹ Anders als im letzten Entwurf von 2010 sieht die jetzt vorliegende Neufassung aber in § 163 Abs. 4 StPO-E vor, dass bestimmte Entscheidungen bei der Staatsanwaltschaft verbleiben, auch wenn die Polizei die Vernehmung im Auftrag der Staatsanwaltschaft durchführt,¹⁶² womit Bedenken gegenüber früheren Entwürfen abgemildert werden sollen.¹⁶³ Zugleich wird gegen Entscheidungen der Staatsanwaltschaft und der Polizei der Rechtsweg eröffnet. Mit dieser Ausgestaltung soll sichergestellt werden, dass die Sachleitungsbefugnis substanzial bei der Staatsanwaltschaft bleibt.

Ob dies gelingt, wird davon abhängen, wie die „Auftragserteilung“ der Staatsanwaltschaft formal gehandhabt werden muss.¹⁶⁴ Dazu äußert sich der Entwurf nicht klar. Erfreulich ist, dass sich in der Begründung nicht die Formulierung des Entwurfs aus 2010 wiederfindet, in der es hieß, dass der Auftrag der Staatsanwaltschaft „allgemein oder für den Einzelfall“ erklärt werden könne.¹⁶⁵ Stattdessen heißt es nun, dass die „Erscheinens- und Aussagepflicht von Zeugen vor der Polizei von einer vorherigen Entscheidung der Staatsanwaltschaft abhängig ist.“¹⁶⁶ Ob diese allgemein oder für den Einzelfall erteilt werden kann, bleibt unerwähnt. Hier sollte der Gesetzgeber unbedingt deutlicher werden und der globalen bzw. allgemeinen Ladung eine Absage erteilen. Zugleich wäre es wünschenswert festzuhalten, dass die Staatsanwaltschaft sehr wohl – vor allem in komplexen Verfahren – noch Vernehmungen selbst durchführen soll.¹⁶⁷ Tritt beides nicht ein, würde die schon 2010 geäußerte Skepsis¹⁶⁸ unverändert Geltung beanspruchen.

¹⁵³ Bericht der Expertenkommission, S. 48: „Die gegenwärtige Rechtslage drängt Rechtsanwälte somit möglicherweise übereilt – zur Aufnahme von rechtsgeschäftlichen Mandatsverhältnissen. Umgekehrt wird auf diese Weise auch dem Beschuldigten nahegelegt, seinen Verteidiger ohne vorherige Prüfungsmöglichkeit zu mandatieren. Diese Praxis ist vor dem Hintergrund der sich daraus ergebenden Gefahr des Verteidigerwechsels nicht sinnvoll.“

¹⁵⁴ Fernmündliche oder schriftliche Kommunikation ist ausdrücklich nicht in den Anwendungsbereich der nach § 148 Abs. 2 S. 1 StPO-E geschützten Anbahnungsgespräche einbezogen.

¹⁵⁵ Als Beispiel für einen Missbrauch der Privilegierung wird auf S. 35 des Referentenentwurfs der Besuch mehrerer Beschuldigter zur „Abstimmung des Aussageverhaltens“ genannt.

¹⁵⁶ Bericht der Expertenkommission, S. 167.

¹⁵⁷ Referentenentwurf, S. 35.

¹⁵⁸ Hierfür bedarf es nach der Begründung im Referentenentwurf, S. 36 der vorherigen Entscheidung der Staatsanwaltschaft.

¹⁵⁹ Referentenentwurf, S. 36; Bericht der Expertenkommission, S. 58.

¹⁶⁰ Referentenentwurf, S. 36.

¹⁶¹ Zuletzt war 2010 ein Gesetzesantrag der Länder Nordrhein-Westfalen, Bayern und Hessens im Bundesrat eingebracht worden (BR-Drs. 120/10), vgl. dazu und zu den Einwänden Beck, ZRP 2011, 21; Erb StV 2010, 655.

¹⁶² Referentenentwurf, S. 36. Dies betrifft neben den Zwangsmitteln nach §§ 51 und 70 StPO (Nr. 4), die Entscheidungen über die Zeugeneigenschaft oder das Vorliegen von Zeugnis- und Auskunftsverweigerungsrechten (Nr. 1), über eine Gestattung nach § 68 Abs. 3 S. 1 StPO, Angaben zur Person nicht oder nur über eine frühere Identität zu machen (Nr. 3) und über die Beordnung eines Zeugenbestandes nach § 68b Abs. 2 StPO (Nr. 3).

¹⁶³ Erb StV 2010, 655 hatte bezüglich des Entwurfs von 2010 eingewandt, dass das Hauptproblem einer Erscheinungspflicht in den Fällen liegt, in denen Unklarheiten über die Existenz und Reichweite eines Zeugnis- oder Auskunftsverweigerungsrechts besteht.

¹⁶⁴ von Galen, ZRP 2016, 42 (43), äußert die Befürchtung, dass die Staatsanwaltschaft derartige Anordnungen formularmäßig erteilen wird.

¹⁶⁵ BR-Drs. 120/10, S. 5.

¹⁶⁶ Referentenentwurf, S. 36.

¹⁶⁷ Wenn man die Sachleitungsbefugnis ernst nimmt, darf sie auf keiner Seite starr verstanden werden. Es macht keinen Sinn, der Staatsanwaltschaft die Teilnahme an einer Vernehmung aufzubürden, wenn es sich um eine (wenngleich auch entscheidende) Aussage im Bereich der kleineren Kriminaldelikte handelt. Zugleich wäre es falsch, wenn die Staatsanwaltschaften die Neuregelung dazu nutzen, sich von der Verpflichtung zur Durchführung von Vernehmungen zu „befreien“. Im Wirtschaftsstrafverfahren, bei denen außerstrafrechtliche Normen strafbegründend wirken können, gebietet die sachliche und rechtliche Komplexität die Teilnahme der Staatsanwaltschaft an Vernehmungen. Der Entwurf täte gut daran, dies in der Begründung mitabzubilden.

¹⁶⁸ Beck, ZRP 2011, 21; Erb StV 2010, 655.

h) Erörterungstermin (§ 213 StPO-E)

In Zukunft soll in umfangreichen erstinstanzlichen Verfahren der Vorsitzende den äußeren Ablauf der Hauptverhandlung mit den Verfahrensbeteiligten erörtern. Als umfangreich sieht das Gesetz in § 213 Abs. 2 StPO-E Hauptverhandlungen, die voraussichtlich länger als drei Tage dauern werden. Die Erörterungen sollen eine bessere zeitliche und inhaltliche Planung ermöglichen.¹⁶⁹ Der Erörterungstermin „soll“ stattfinden, ist also nicht als verpflichtender Termin vorgesehen. Da diese Termine bereits nach derzeitiger Rechtslage stattfinden können und stattfinden, stellt die Neuregelung nur einen Programmsatz dar, der in der Praxis nur einen überschaubaren Mehrwert haben dürfte. Der Referentenentwurf folgt hier aber der Empfehlung der Kommission, die sich mit knappem Abstimmungsergebnis nicht zu einem gesetzlich verpflichtenden Erörterungstermin hatte durchbringen können.¹⁷⁰

i) Opening Statement (§ 243 StPO-E)

Erfreulicherweise wurde der Vorschlag der Kommission aufgenommen, das „opening statement“ im Gesetz zu verankern. Bislang besteht für die Verteidigung kein Recht, eine solche als Erwiderung zur Anklage verstandene Erklärung abzugeben, wenngleich das Gericht dies – im Rahmen der Verhandlungsleitung – gestatten kann.¹⁷¹ Die Kommission hatte aus Gründen der Transparenz im Verfahren das Recht auf eine Eröffnungserklärung der Verteidigung durchaus befürwortet,¹⁷² wenngleich auch nur knapp.¹⁷³ Der Entwurf übernimmt diese Empfehlung. Nicht übernommen wurde der weitere Vorschlag der Kommission, der Staatsanwaltschaft ihrerseits das Recht einzuräumen, eine Gegenerklärung zur Erklärung der Verteidigung abzugeben, obwohl dieser Vorschlag deutlich mehr Befürworter in der Kommission hatte.¹⁷⁴ § 243 Abs. 5 S. 2 StPO-E sieht folgenden Wortlaut vor:

Auf Antrag erhält der Verteidiger Gelegenheit, vor der Vernehmung des Angeklagten für diesen eine Erklärung zur Anklage abzugeben; § 257 Abs. 3 und § 257a gelten entsprechend.

Die so genommene Formulierung erweckt den Eindruck, als ob die Erklärung der Verteidigung, wenn von ihr Gebrauch gemacht wird, eine Erklärung zur Sache für den Angeklagten darstellt. Damit würde die von Verteidigungen oftmals aus strategischen Gründen gewählte Vorgehensweise, die Erklärung nur im eigenen Namen

abzugeben,¹⁷⁵ damit diese nicht als Sacheinlassung des Angeklagten verwertet werden kann,¹⁷⁶ durch das Gesetz keine Fundierung erfahren. Belegt wird dieser Eindruck durch die Erläuterungen im Referentenentwurf. Dort heißt es, dass das Gericht den Angeklagten auch neben der Erklärung der Verteidigung persönlich zur Sache vernehmen kann. Wenn der Verteidiger von seinem Erklärungsrecht für den Angeklagten Gebrauch gemacht habe, könne diese Vernehmung zur Sache aber auf die Fragen beschränkt werden die aus Sicht des Gerichts neben (!) der Erklärung der Verteidigung offen geblieben seien oder zu der es persönliche Antworten des Angeklagten für erforderlich halte.¹⁷⁷ Ob die Kommission eine Regelung in diesem Sinne vor Augen hatte, als es ihre Empfehlung aussprach, lässt sich dem Abschlussbericht nicht entnehmen.¹⁷⁸ Es steht zu erwarten, dass diese Regelung – sollte es bei dieser Fassung bleiben – Gegenstand von Auslegungstreitigkeiten werden wird. Besser wäre es, wenn die Worte „für diesen“ einfach gestrichen würden. Der primäre prozessuale Mehrwert einer Erklärung durch die Verteidigung liegt nicht in der Ersetzung der Sacheinlassung des Angeklagten, sondern in der Offenlegung der Prozessstrategie gegenüber der Anklage.¹⁷⁹ Inhaltlich darf zudem nicht vergessen werden, dass auch der schweigende Angeklagte das Recht auf Verteidigung hat und es durchaus auch Konstellationen geben kann, in denen der Gebrauch des Schweigerechts erläutert wird.¹⁸⁰

j) Fristsetzung Beweisanträge (§ 244 StPO-E)

Der Referentenentwurf sieht die Einführung eines neuen § 244 Abs. 6 StPO-E vor, mit der dem Strafgericht gesetzlich die Möglichkeit gegeben werden soll, nach Abschluss der Beweisaufnahme, den Verfahrensbeteiligten eine angemessene Frist zum Stellen der Beweisanträge aufzugeben. Anträge, die nach dieser Frist gestellt würden, könnten – soweit nicht ein Grund vorgetragen wird – dann erst im Urteil beschieden werden. Hintergrund für diesen Reformvorschlag ist, dass die durch die Rechtsprechung entwickelte Fristenlösung aus Sicht der Kommission unzureichend ist, da diese – anders als der jetzt vorliegende Vorschlag – die verspätete Antragstellung nur als Indiz der Verschleppungsabsicht heranzieht und das Strafgericht einen hohen Aufwand betreiben

¹⁷⁵ Zum Ganzen *Burhoff*, Handbuch der Hauptverhandlung, 8. Aufl. (2016), Rn. 1457.

¹⁷⁶ Diese Vorgehensweise wird immer dann gewählt, wenn der Angeklagte von seinem Schweigerecht Gebrauch machen will.

¹⁷⁷ Referentenentwurf, S. 40.

¹⁷⁸ Bericht der Expertenkommission, S. 115. Auch aus den Protokollen ergibt sich hierzu kein Hinweis. Streitpunkt scheint mehr die Frage eines opening statements als solchem gewesen zu sein, vgl. Bericht der Expertenkommission, Anlagenband II, S. 121 ff. Wichtiger war es der Kommission, dafür Sorge zu tragen, dass das Recht der Eröffnungserklärung nicht missbraucht wird, was im Verweis auf § 257 Abs. 3 und § 257a StPO Niederschlag gefunden hat.

¹⁷⁹ *Burhoff*, Handbuch der Hauptverhandlung, 8. Aufl. (2016), Rn. 1457.

¹⁸⁰ *Krause*, in: MAH, 2. Aufl. (2014), § 7 Rn. 111; *Burhoff*, Handbuch der Hauptverhandlung, 8. Aufl. (2016), Rn. 1457. *Sommer*, Effektive Strafverteidigung, 3. Aufl. (2016), Rn. 1061 geht sogar so weit, dass das Eröffnungsplädoyer der Verteidigung vor allem dann zur Strukturierung der Hauptverhandlung beitragen kann, wenn der Angeklagte schweigt.

¹⁶⁹ Referentenentwurf, S. 39.

¹⁷⁰ *Basar*, StraFo 2016, 226 (234) mit Verweis auf den Bericht der Expertenkommission, S. 110.

¹⁷¹ *Schneider* in: KK, StPO, 7. Aufl. (2013), § 243 Rn. 33.

¹⁷² Bericht der Expertenkommission, S. 115: „Die Verteidigung kann die Schwerpunkte ihrer Überlegungen offenlegen und auf diese Weise ein gezieltes Verhandeln der Streitpunkte ermöglichen“.

¹⁷³ Die Abstimmung fiel 11:10 aus.

¹⁷⁴ Bericht der Expertenkommission, S. 116. Hier stimmten 16 Mitglieder dafür. Der Referentenentwurf, S. 41, verwirft diese „Replik“ der Staatsanwaltschaft aber nicht vollends, sondern verweist auf das Gericht. Dieses könne – sofern angezeigt – im Rahmen der Verhandlungsleitung der Staatsanwaltschaft die Gelegenheit zur „Gegenerklärung“ geben.

muss, um diese zu begründen.¹⁸¹ Die Neuregelung stellt nicht mehr auf die Verschleppungsabsicht ab, sondern lässt die Verspätung genügen. Ausweislich der Begründung sollen damit Verfahrensverzögerungen vermieden werden, die dadurch entstehen, dass der Angeklagte oder der Verteidiger erst nach Abschluss der gerichtlichen Beweisaufnahme wiederholt neue Beweisanträge stellt. Das Recht, Beweisanträge zu stellen, soll nicht beschränkt werden. Auch eine Erweiterung der Ablehnungsgründe ist nicht vorgesehen.¹⁸² Augenscheinlich scheint diese Ausgestaltung somit nur eine „leichte“ Anpassung zu enthalten. Bei tiefergehender Analyse ist jedoch zu bemängeln, dass die Neuregelung - strafrechtstheoretisch gesprochen - zur deutlichen Verkürzung der Wahrheitsermittlung führen kann und in der Praxis neue Fragestellungen provozieren dürfte.¹⁸³ Ungeklärt ist nämlich, ob die vorgesehene (formell auf die Fristsetzung abstellende) Lösung neben oder anstelle der bisherigen (materiell auf die Verschleppungsabsicht abstellende) Regelung tritt.¹⁸⁴ Weiterhin darf nicht übersehen werden, dass die neue Regelung nicht vorsieht, dass bereits eine gewisse Anzahl von Hauptverhandlungen stattgefunden haben muss.

Gerade letzteres ist ein Einwand mit deutlichem Gewicht für die Verfahrensbalance. Aus Sicht der Verteidiger hat der Beweisantrag die Funktion, mit dem Gericht vor Urteilsverkündung in einen kommunikativen Prozess zu treten.¹⁸⁵ Die Einschränkung wird nicht aufgewogen durch eine wirkliche Effizienz im Verfahren,¹⁸⁶ zumal die Missbrauchsgefahr nur verlagert wird und ein Einschnitt in die Diskursfunktion des Beweisrechts kaum

verneint werden kann.¹⁸⁷ Der Befund steht in dieser Form nicht im Einklang mit den selbst gesteckten Zielen der Kommission. Diese wollte mit den Reformvorschlägen – neben der Verfahrensbeschleunigung – die Kommunikation fördern und die Beschuldigtenrechte stärken.¹⁸⁸ Zwei von drei Reformzielen werden durch diesen Vorschlag in dieser Form verletzt. Angesichts dessen sollte überdacht werden, diese Regelung ersatzlos zu streichen.

k) Erweiterung Verlesungsmöglichkeiten (§§ 251, 256 StPO-E)

Ausgeweitet werden sollen die in der StPO angelegten Verlesungsmöglichkeiten von Protokollen nichtrichterlicher Vernehmungen von Zeugen, Sachverständigen oder Mitbeschuldigten oder von Urkunden in der Hauptverhandlung. § 251 StPO soll dahingehend „moderat“ erweitert werden, dass auch der unverteidigte Angeklagte der Verlesung seiner Vernehmung zustimmen kann, wenn die Verlesung lediglich der Bestätigung eines Geständnisses dient.¹⁸⁹ Pate dieser Neuregelung ist das Bedürfnis, Verständigungen „abzusichern“. Die Rechtsprechung hat den Strafgerichten aufgegeben, dass Geständnisse nicht unkritisch einem Strafurteil zu Grunde gelegt werden dürfen, sondern darauf zu untersuchen sind, ob sie mit dem Ermittlungsergebnis übereinstimmen.¹⁹⁰ Die vereinfachte Verlesung soll den Strafgerichten hierfür ein weiteres Beweismittel an die Hand geben.¹⁹¹ Daneben soll auch § 256 Abs. 1 Nr. 2 StPO-E mit einer kleinen, aber folgenreichen Veränderung versehen werden. Diese soll die Möglichkeit schaffen, ärztliche Atteste in der Hauptverhandlung immer dann zu verle-

¹⁸¹ Basar, StraFo 2016, 226 (235) mwN; ausführlich Bömer, StV 2016, 681 (681). Zur bisherigen Fristenlösung des BGH vgl. Krehl, in: BeckOK-StPO, Stand 01.07.2016, § 246 Rn. 1; Julius, in: HK, 5. Aufl. (2012), § 244 Rn. 39.

¹⁸² Referentenentwurf, S. 41.

¹⁸³ Zum Ganzen im Folgenden Bömer, StV 2016, 681 (682 f.).

¹⁸⁴ Bömer, StV 2016, 681 (686) weist zudem darauf hin, dass die materiell auf die Verschleppungsabsicht abstellende Lösung nach der Rechtsprechung des BGH zudem nur dann in Betracht kommt, wenn zuvor bereits wiederholt Beweisanträge wegen Verschleppungsabsicht abgelehnt werden mussten.

¹⁸⁵ Bömer, StV 2016, 681 (685) weist darauf hin, dass Sinn der Ablehnungsentscheidung auch ist, den Antragsteller darüber zu informieren, so dass dieser sich auf die prozessuale Lage einstellen und mit weiteren Beweisanträgen reagieren kann. Das hat die Kommission durchaus gesehen und erörtert, vgl. Basar, StraFo 2016, 226 (234), wobei sie sich nicht hat durchringen können, das Strafgericht dazu zu verpflichten, Sachstandsberichte o.ä. abzugeben. Begründet wurde dies mit der potentiellen Zunahme der „ohnehin bestehenden virulenten Problematik der Perserveranzeffekte.“ Da diese „virulente“ Problematik aber insgesamt nicht mit einer Lösung versehen wurde, bleibt die von Bömer angeführte Diskursfunktion des Beweisantrags, die aus seiner Sicht auch Nötigungselemente aufweisen kann, weil das Beweisrecht das Gericht zur Kognition zwingt, auch wenn es die Beweisaufnahme für unnötig hält, für die Verteidigung des Angeklagten von unverändert zentraler Bedeutung.

¹⁸⁶ Der Bericht der Expertenkommission, S. 143 räumt selbst ein, dass die Neuregelung nicht viele Verfahren betreffen dürfte.

¹⁸⁷ Basar, StraFo 2016, 226 (236). Zustimmend wohl Bömer, StV 2016, 681 (686), der das Szenario in Aussicht stellt, dass der Vorsitzende in Zukunft zügig eine Frist setzt und zugleich (dies lässt die StPO durchaus zu) die bisher gestellten Anträge zurückstellt. Anträge nach Fristeingang könnten dem Einwand ausgesetzt werden, dass diese zu spät sind und die anderweitig gestellten (und vielleicht zeitgleich mit der Fristsetzung abgelehnten) Anträge nichts daran änderten, dass der nach Frist gestellte Antrag der Verteidigung schon früher hätte einfallen können. Dieses Szenario ist keineswegs abwegig. Es gibt Strafgerichte, die Verteidigungsanträge lange „liegen“ lassen und diese erst nach dem eigenen Beweisprogramm – und der eigenen Urteilsbildung – verbescheiden. Es versteht sich von selbst, dass Anträge der Verteidigung dann aus Sicht des Gerichts als überflüssig betrachtet werden. Hierfür bietet der neue § 244 Abs. 6 StPO-E eine schöne Grundlage.

¹⁸⁸ Bericht der Expertenkommission, S. 2 ff.

¹⁸⁹ Referentenentwurf, S. 42.

¹⁹⁰ Zum sogenannten „schlanken“ Geständnis als Grundlage einer Verständigung Eschelbach, in: BeckOK-StPO, Stand 01.07.2016, § 257c Rn. 23 ff., der die Auffassung vertritt, dass dieses nur nach einer durchgeführten Beweisaufnahme als ergänzende Urteilsgrundlage und erst dann als Verständigungsgegenstand in Frage komme. Auch einer lediglich ergänzenden Beweiserhebung nur durch Zeugenvernehmung von Ermittlungsbeamten, um letztlich das Aktenwissen in die Hauptverhandlung einzuführen, steht er kritisch gegenüber. Zustimmend insofern Moldenhauer/Wenske, in: KK, 7. Aufl. (2013), § 257c Rn. 13. Differenzierter dagegen Jahn/Kudlich, in: MüKo-StPO, § 257c Rn. 126 ff., die den Begriff des „schlanken“ Geständnisses nicht verwenden wollen, sondern vielmehr von einem „detailarmen“ Zugestehen sprechen, das im Einzelfall für § 261 StPO ausreichen könne.

¹⁹¹ Für die Bewertung dieser Neuregelung wird der Blick in die Praxis wesentlich sein. Der Referentenentwurf, S. 42 geht davon aus, dass das Strafgericht am Maßstab der Amtsaufklärungspflicht zu entscheiden haben wird, ob von der Verlesung Gebrauch gemacht wird oder eine unmittelbare Vernehmung vorzuziehen ist.

sen, wenn das Vorliegen einer körperlichen Beeinträchtigung bewiesen werden soll. Die bislang bestehende Eingrenzung dieser Verlesungsmöglichkeit auf Delikte der (nicht schweren) Körperverletzungsdelikte soll somit aufgehoben werden. Grund hierfür soll sein, dass die Vernehmung von Ärzten in vielen Fällen – mangels Erinnerung an den Patienten – ohnehin nur auf die Wiedergabe des Attests hinauslaufe und damit weitere Erkenntnisse aus der Vernehmung des Arztes nicht gewonnen werden würden. Der Vorschlag soll hier zu einer Effektivierung führen, wenngleich darauf hingewiesen wird, dass die Vernehmung des Arztes auch weiterhin angezeigt sein wird, wenn es nicht nur um den Nachweis körperlicher Beeinträchtigungen geht, sondern weitere Feststellungen bei der Gelegenheit der Untersuchung im Raum stünden.¹⁹² Isoliert betrachtet muss man beide Vorschläge nicht übermäßig kritisieren. In der Gesamtbetrachtung wird allerdings ein seit Jahren bestehender Trend fortgesetzt, der dadurch gekennzeichnet ist, den Beweistransfer aus dem Ermittlungsverfahren so zu erweitern, dass die Hauptverhandlung nur als „Bestätigungsverhandlung“ des Ermittlungsverfahrens ausgestaltet ist.¹⁹³ Die Hauptverhandlung, die als „Kernstück des Strafverfahrens“ bezeichnet wird,¹⁹⁴ wird somit als zentraler Kontrapunkt zum Ermittlungsverfahren¹⁹⁵ weiter entwertet.¹⁹⁶

l) Erweiterung Hinweispflichten (§ 265 StPO-E)

Erfreulich ist, dass die Hinweispflichten in § 265 Abs. 2 StPO-E erweitert werden sollen. Vorgesehen ist, dass zukünftig (§ 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO-E) Hinweise erteilt werden müssen, wenn sich Umstände ergeben, die die Anordnung von Verfall, der Einziehung oder der Unbrauchbarmachung rechtfertigen. Dasselbe ist vorgesehen für die Verhängung von Nebenstrafen und Nebenfolgen.¹⁹⁷ In § 265 Abs. 2 Nr. 2 StPO-E wird die Hinweispflicht auf Fälle ausgeweitet, in denen das Gericht von einer vorher vorläufig mitgeteilten Bewertung der Sach- und Rechtslage abweichen will. Und schließlich wird die Hinweispflicht in § 265 Abs. 2 Nr. 3 StPO-E auch bei Vorliegen einer „veränderten Sachlage“, die für das Verteidigungsverhalten des Angeklagten bedeutsam

¹⁹² Referentenentwurf, S. 43.

¹⁹³ Zum Ganzen auch in Bezug auf die Vorschläge der Expertenkommission *Greco*, GA 2016, I (6 f.).

¹⁹⁴ *Fischer*, in: KK, 7. Aufl. (2013), Einleitung Rn. 209. Auch der Referentenentwurf, S. 22, bekennt sich zur Bedeutung der Hauptverhandlung in der Konzeption des deutschen Strafprozessrechts.

¹⁹⁵ So *Eschelbach*, HRRS 2008, 190 (196).

¹⁹⁶ Die Kritik an der isolierten Ausweitung von §§ 251, 256 StPO wäre vielleicht nicht angebracht, wenn der Gesetzgeber „Blüten“ aus diesen Vorschriften gelegentlich auch wieder „einsammeln“ würde. Dies betrifft vor allem § 256 Abs. 1 Nr. 5 StPO, der die Einführung von „Erklärungen der Strafverfolgungsbehörden“ in die Hauptverhandlung zulässt. Angeblich soll bzw. sollte dies nur „Routinevorgänge“ betreffen. Jüngst hat der *BGH*, BeckRS 2016, 06430 aber zu § 256 Abs. 1 Nr. 5 StPO ausgeführt, dass durchaus auch außerhalb der Routine liegende Vorgänge vom Anwendungsbereich der Vorschrift erfasst sind (entschieden wurde über polizeiliche Observationsberichte). Im Gesamtkontext ist die Kritik von *Greco*, GA 2016, I (6 f.) somit durchaus berechtigt.

¹⁹⁷ Referentenentwurf, S. 44.

sind, eingeführt.¹⁹⁸

m) Gegenerklärung Staatsanwaltschaft (§ 347 StPO-E)

In § 347 StPO soll ein dritter Satz eingefügt werden, der in Revisionsverfahren, in denen das Urteil wegen eines Verfahrensmangels angefochten wird, der Staatsanwaltschaft die Pflicht auferlegt, eine Gegenerklärung abzugeben, wenn anzunehmen ist, dass dadurch die Prüfung der Revisionsbeschwerde erleichtert wird. Die bisher in Nr. 162 Abs. 2 S. 1 RiStBV vorhandene Regelung wird damit ins Gesetz überführt und der Empfehlung der Kommission gefolgt.¹⁹⁹ Unverändert bleibt in diesem Zusammenhang jedoch die vorgesehene Frist, womit ebenfalls der Kommission gefolgt wird. Diese hatte erörtert, in § 347 StPO eine gestaffelte Frist zu verankern, weil die bestehende Wochenfrist zu einer faktischen Benachteiligung der Verteidigung führe.²⁰⁰ Von einer diesbezüglichen Empfehlung hat sie aber mit Blick auf das Beschleunigungsgebot Abstand genommen.²⁰¹

n) Erweiterung Privatklage (§ 374 StPO-E)

Und schließlich soll der Katalog der Privatklagedelikte um den Tatbestand der Nötigung nach § 240 StGB erweitert werden.²⁰² Die Änderung dürfte in der Praxis kaum eine Rolle spielen. De facto werden Nötigungen nur in seltenen Fällen verfolgt. Oftmals werden diese Verfahren von den Staatsanwaltschaften nach § 153 StPO bei Vorliegen der Voraussetzungen und ohne tiefergehende Prüfung eingestellt. Vom Privatklageverfahren ausgenommen bleiben die besonders schweren Fälle der Nötigung nach § 240 Abs. 4 StGB.

3. Was fehlt und was ergänzt wurde

Neben den Bereichen, die reformiert werden sollen, gibt es aber auch eine Vielzahl von Empfehlungen der Kommission, die sich nicht im Referentenentwurf wiederfinden.²⁰³ Die Kommission hatte aus Gründen der Rechtssicherheit vorgeschlagen, eine Reihe von Befugnissen in die StPO zu überführen. Dies betraf die Normierung eines gesetzlichen Verbots der Tatprovokation, die gesetzliche Regelung des V-Manns und die Einführung der

¹⁹⁸ In Abgrenzung zu § 265 Abs. 4 StPO, der unverändert bleibt, sollen damit Fälle erfasst werden, bei denen eine Aussetzung zur Vorbereitung der Verteidigung nicht erforderlich ist, aber gleichwohl die Veränderung der Sachlage in ihrem Gewicht einer Veränderung eines rechtlichen Gesichtspunkts gleichsteht, vgl. Referentenentwurf, S. 44.

¹⁹⁹ Expertenkommission, S. 159.

²⁰⁰ A.a.O., S. 160: die Verteidigung sei deswegen benachteiligt, weil sie bei einer Revision der Staatsanwaltschaft innerhalb einer Woche Stellung beziehen muss, wenn sie Einfluss auf die Entscheidung der Staatsanwaltschaft nehmen will, die Revision doch noch zurückzunehmen.

²⁰¹ Der Hinweis geht – wie immer – fehl. Das Beschleunigungsgebot ist nach *Baumanns*, Der Beschleunigungsgrundsatz im Strafverfahren, 2011, S. 56 zu allererst ein Schutzrecht des Beschuldigten. Wenn man diese Dimension versteht verbietet es sich, das Verteidigungsrecht mit dieser Prozessmaxime einzuschränken bzw. Benachteiligungen unverändert zu lassen. So sieht es auch *Börner*, StV 2016, 681 (681).

²⁰² Referentenentwurf, S. 46.

²⁰³ Außer Betracht bleiben sollen hier die Vorschläge, zu denen sich die Kommission schon nicht hat durchringen können.

Quellen-TKÜ. Keiner dieser Anregungen hat es – leider – in den Entwurf geschafft. Unberücksichtigt geblieben ist auch die von der Kommission empfohlene Ausweitung des § 154d StPO auf Tatsachenfragen, der Vorschlag zur Reform des Selbstleseverfahrens und der Vorschlag zur Bündelung von Nebenklägerbeiständen. Dagegen findet sich im Referentenentwurf auch eine Änderung, die nicht Gegenstand der Kommissionsempfehlungen gewesen ist: Durch eine Reform der §§ 81e und 81h StPO soll die Verwertbarkeit sog. „Beinahetreffer“ legalisiert werden.²⁰⁴ Dem liegt eine Entscheidung des *BGH* aus dem Jahre 2012 zu Grunde, in der er die Verwertung von Beinahetreffern für rechtswidrig erklärt hatte.²⁰⁵ Die Entscheidung hatte – insofern wenig überraschend – eine Diskussion zur Frage nach sich gezogen, ob der Gesetzgeber reagieren müsse.²⁰⁶ Der Entwurf nimmt dies auf und erweitert im bestehenden Rahmen des § 81h StPO-E den Untersuchungsumfang auf Verwandte in gerader Linie oder in der Seitenlinie bis zum dritten Grad. Im Falle eines solchen Beinahetreffers könne dann gegen einen konkreten Verdächtigen vorgegangen werden.²⁰⁷

Begleitet wird diese Erweiterung von einer entsprechenden Belehrungspflicht, damit die Teilnehmer am Reihengentest wissen, dass auch Verwandte – und nicht nur sie selbst – in Verdacht geraten können. Die Legalisierung der Spurensuche mittels „Beinahetreffern“ tangiert vor allem die Strafrechtsphilosophie der deutschen StPO. Es besteht kein Zweifel, dass dieser Mechanismus im Interesse der Straftataufklärung steht. Gleichwohl darf man nicht übersehen, dass der Reihengentest nach § 81h StPO für sich genommen schon in der Kritik steht, weil er als weitflächig angelegte Ausforschungsmethode die Unschuldsvermutung herausfordert. Zwar wird eingewandt, dass die Teilnahme an dem Test freiwillig ist (und bleibt) und die Weigerung für sich genommen kei-

nen Verdacht begründet,²⁰⁸ doch berücksichtigt werden muss, dass dieses Postulat in der Praxis schnell verwässern kann.²⁰⁹ Die Neuregelung würde diesen Trend fort-schreiben.

IV. Bewertung und Ausblick

Die von der Kommission abgegebenen Empfehlungen stellten für sich genommen schon keinen „großen Wurf“ dar. Gleichwohl waren sie nicht so schlecht, wie manche sie hielten,²¹⁰ auch wenn sie hinter den gesteckten Erwartungen weit zurückfielen. Der jetzige Referentenentwurf bleibt noch ein gutes weiteres Stück hinter der Qualität der Empfehlungen zurück. Am sichtbarsten ist dies bei der Umsetzung der audiovisuellen Dokumentation von Aussagen im Ermittlungsverfahren, die deutlich zaghafter umgesetzt wird, als die Kommission es im Blick hatte. Dabei war dieser Vorschlag zur Neuausrichtung gerade derjenige, der auf eine durchweg positive Resonanz stieß.

Außerdem wurden grundlegende Reformen – z.B. bzgl. des Zwischenverfahrens – nicht vorgenommen. Dazu bestand natürlich schon deswegen keine Veranlassung, weil die Expertenkommission dazu schwieg. Auch Anregungen zur weiteren Prüfung konnten naturgemäß noch nicht in Gesetzesform gegossen werden. Dennoch, zumindest einige weitere Empfehlungen der Kommission hätten umgesetzt werden können. Gerade die Einfügung einer gesetzlichen Regelung zur Quellen-TKÜ und zur Tatprovokation hätten hier Akzente gesetzt, die der aktuellen kriminalpolitischen Debatte Rechnung tragen. So ist es nur zu einer verhaltenen Umsetzung der Empfehlungen der Expertenkommission gekommen. Ob der Gesetzgeber den Entwurf tatsächlich verabschiedet, wird abzuwarten sein. Es bleibt zu hoffen, dass er – im beschriebenen Sinne – Korrekturen vornimmt.

²⁰⁴ Referentenentwurf, S. 26 ff.

²⁰⁵ *BGH*, StV 2013, 427. Besprechung bei *Swoboda*, StV 2013, 461, die einer Reform allerdings ablehnend gegenübersteht. Anders dagegen *Busch*, NJW 2013, 1771, der die Hoffnung formuliert, der Gesetzgeber würde handeln und die Verwertung zulassen.

²⁰⁶ Die Politik schien sich jedenfalls sehr schnell für eine Reform einsetzen zu wollen, vgl. www.zeit.de/wissen/2013-11/gentest-beinahetreffer-verbrehen, zuletzt abgerufen am 3.10.2016.

²⁰⁷ Referentenentwurf, S. 27.

²⁰⁸ Dies betont der Referentenentwurf, S. 28 gleichfalls.

²⁰⁹ Anerkannt ist nämlich auch, dass bei Vorliegen anderer verdachtsbegründender Umstände die Verweigerung der freiwilligen Abgabe einer Speichelprobe einen verdachtsverstärkenden Umstand darstellen kann, vgl. *Senge*, in: *KK-StPO*, 7. Aufl. (2013), § 81h Rn. 5. Dies soll vor allem dann vorliegen, wenn nach einem durchgeführten Reihentest eine große Zahl von Personen ausscheidet und nur noch „wenige Personen“, die dem Täterprofil entsprechen, „ungeklärt“ sind. Gegen die „ungetesteten“ soll dann – je nach Einzelfall – ein Anfangsverdacht bestehen können, vgl. *Brauer*, in: *HK-StPO*, 5. Aufl. (2012), §81h Rn. 13.

²¹⁰ Eine „Themaverfehlung“, so wie vom Justizminister Bayerns behauptet, vgl. www.bayern.de/stpo-expertenkommission-uebergibt-abschlussbericht-bayerns-justizminister-bausback-ergebnis-kommt-in-weiten-teilen-einer-themaverfehlung-gleich/; zuletzt abgerufen am 3.10.2016, liegt jedenfalls nicht vor.

Stellungnahmen zu Gesetzentwürfen

Strafgrund und Ausgestaltung des Tatbestandes der Nachstellung (§ 238 StGB)

*Prof. Dr. Michael Kubiciel/Nadine Borutta**

Abstract

Der Beitrag zeigt, dass § 238 StGB keinen Fremdkörper im Strafrechtssystem darstellt, sondern das Zentrum des strafrechtlichen Freiheitsschutzes bildet. Die Verbote der Freiheitsberaubung und Nötigung schützen lediglich Voraussetzungen dessen, was § 238 StGB unmittelbar zu garantieren beabsichtigt: das Recht auf autonome Führung des eigenen Privatlebens. Letzteres ist für eine moderne Gesellschaft, welche auf individuelle Selbstentfaltung gepolt ist, von schlechterdings fundamentaler Bedeutung. Demzufolge ist es angemessen, dieses Recht der Person gegen erhebliche, sozial inadäquate Beeinträchtigungen durch Dritte abzusichern. Mit der bisherigen Fassung des Tatbestandes konnte dies nur eingeschränkt gelingen. Die von der Bundesregierung beschlossene Reform wird zwar für Verbesserungen sorgen, fällt aber an einer entscheidenden Stelle hinter den status quo zurück.

I. Strafgrund und kriminalpolitisches Ziel

Seit dem Jahr 2007 droht der Tatbestand der Nachstellung (§ 238 StGB) demjenigen, der einem anderen beharrlich nachstellt und dadurch dessen Lebensgestaltung schwerwiegend beeinträchtigt, eine Geld- oder Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren an. Der Tatbestand war von Anfang an heftig umstritten, wobei sich die Argumente teils widersprachen: Während viele die überschießende Punitivität des Tatbestandes kritisierten, erkannten andere hellsichtig, dass der Tatbestand in dieser Fassung vorwiegend symbolische Bedeutung habe; wieder andere rieten gänzlich von einer Kriminalisierung ab.¹ Das „Fremdeln“ der Strafrechtswissenschaft mit dem Tatbestand mag auch daran liegen, dass der Begriff der Nachstellung aus einem ganz anderen Zusammenhang übernommen worden ist: der Jagdwilderei (§ 292 StGB).² Dort werden unter Nachstellung alle Handlungen verstanden, „die mit Jagdwillen des Täters unmittelbar auf das Fangen, Erlegen oder Zueignen des Wildes gerichtet sind“³. Auf die Interaktion zwischen Menschen scheint dies kaum übertragbar. Und doch verfolgt der § 238 StGB ein legitimes Ziel. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollen die Opfer von Stalking vor Ein-

griffen in ihre Handlungs- und Entschließungsfreiheit sowie in ihren persönlichen Lebensbereich geschützt werden.⁴ Deutlicher wird die Schutzrichtung, wenn man die tatsächlichen Folgen des Stalkings betrachtet, welche der Tatbestand abwenden helfen will: Die Opfer, Frauen zumeist, nehmen Telefonanrufe nicht mehr entgegen, verdunkeln ihre Wohnungen, meiden bestimmte Orte, trauen sich nicht mehr alleine auf die Straße, gelegentlich wechseln sie den Wohnort, kurz: werden daran gehindert, ihr Leben zu führen. Dabei kennzeichnet den Menschen als „nicht festgelegtes“ Wesen, dass er die Fähigkeit (und die Bürde) hat, sein Leben zu leben.⁵ Gerade für eine moderne, am Individuum maßnehmende Gesellschaft ist das Recht des Einzelnen, sein Leben autonom zu führen, von fundamentaler Bedeutung. Schützen die Verbote der Freiheitsberaubung und Nötigung lediglich Bedingungen der Möglichkeit einer autonomen Lebensführung (Fortbewegungs- und Willensentschließungsfreiheit), schirmt § 238 StGB das Recht auf autonome Führung des eigenen Privatlebens unmittelbar gegen erhebliche, sozial inadäquate Beeinträchtigungen durch Dritte ab. Für ein Strafrecht, das die Freiheit des Einzelnen sichern und ermöglichen soll, ist dies nicht nur eine zulässige, sondern eine geradezu selbstverständliche Aufgabe.

Während sich die Zielsetzung des Tatbestandes nicht kritisieren lässt, ist seine Ausgestaltung missglückt. Die in ihn gesetzte Erwartung, den Opferschutz zu verbessern,⁶ vermochte er bislang nicht zu erfüllen. Die Zahlen von Strafanzeigen und Verurteilungen klaffen weit auseinander: Im Jahr 2013 wurden von rund 20.000 Tatverdächtigen lediglich rund 200 verurteilt.⁷ Dabei ist das Handlungsunrecht weit gefasst. Als Nachstellen definiert der Tatbestand u.a. das Aufsuchen der räumlichen Nähe, den Versuch, mit Telekommunikationsmitteln Kontakt herzustellen, die Bestellung von Waren unter missbräuchlicher Verwendung personenbezogener Daten sowie die Bedrohung der körperlichen Unversehrtheit. Zudem enthält die Vorschrift eine Auffangvariante, welche die Vornahme einer „vergleichbaren Handlung“ kriminalisiert (§ 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB).

* Prof. Dr. Michael Kubiciel, Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafrechtstheorie und Strafrechtsvergleichung, Universität zu Köln; Nadine Borutta, wissenschaftliche Mitarbeiterin, ebd. – Der Beitrag beruht auf einer in das Gesetzgebungsverfahren eingebrachten Stellungnahme des Erstautors (jurisPR-StrafR 8/2016), geht aber inhaltlich über diese hinaus.

¹ Albrecht, FPR 2006, 204 (208); Kinzig, ZRP 2006, 255 (257 f.); Eiden, ZIS 2008, 123 (126).

² Auch der Begriff des Stalkings ist ein ursprünglich weidmännischer, s. Eiden, ZIS 2008, 123.

³ Zeng, in: MüKo-StGB, 2. Aufl. (2014), § 292 Rn. 27.

⁴ BT-Drs. 16/575, S. 6.

⁵ Grundlegend Gehlen, Der Mensch, 1972, S. 16.

⁶ BT-Drs. 16/575, S. 6.

⁷ Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung des Schutzes vor Nachstellungen, S. 7; Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung des Schutzes gegen Nachstellung, S. 8. Beide finden sich auf der Homepage des BMJV, s. <https://www.bmjbv.de/Shared-Docs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Stalking.html> (zuletzt abgerufen: 07.09.2016).

Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat überdies die Anforderungen an den Tatnachweis gesenkt. So stellte der *BGH* im Jahr 2009 klar, dass kein Kausalzusammenhang zwischen einer konkreten Tathandlung und dem Taterfolg der Veränderung der Lebensgestaltung nachgewiesen werden muss.⁸ Dass der Tatbestand keine praktische Wirksamkeit entfaltet hat, kann folglich nicht an der Beschreibung des Handlungsunrechts liegen. Vielmehr hat die Misere ihren Grund darin, dass der Tatbestand – anders als im Gesetzgebungsverfahren vorgeschlagen worden war⁹ – nicht als Gefährdungs-, sondern als Erfolgsdelikt ausgestaltet worden ist.¹⁰ Die beharrliche Nachstellung muss sich beim Opfer in einer objektivierbaren, schwer wiegenden Beeinträchtigung der Lebensführung niederschlagen.¹¹ Eben diese lässt sich in vielen Fällen nicht feststellen. Denn eine schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung setzt eine erhebliche Änderung der äußeren Lebensumstände voraus, die über durchschnittliche, regelmäßig hinzunehmende und zumutbare Modifikationen der Lebensgestaltung erheblich und objektivierbar hinausgeht.¹² Nicht ausreichend sind nach Auffassung des *BGH* „weniger gewichtige Maßnahmen der Eigenvorsorge, wie beispielsweise die Benutzung eines Anrufbeantworters und die Einrichtung einer so genannten Fangschaltung zum Zwecke der Beweissicherung.“ Verlässt das Opfer seine Wohnung hingegen ausschließlich, wenn es von Dritten begleitet wird, findet ein Umzug oder Arbeitsplatzwechsel statt oder werden die Fenster der Wohnung dauerhaft verdunkelt, sind dies weitergehende Schutzvorrichtungen, die als schwerwiegend anzusehen sind.¹³

Die Strafbarkeit des Stalkers hängt damit letztlich von seinem Opfer ab. Beugt es sich dem Druck, ist die Strafbarkeitsgrenze überschritten; hält es – auch unter größten psychischen Belastungen – stand, handelt der Stalker straffrei. Diese Konsequenz ist normativ unausgewogen, weil die Zuständigkeit für die Folgen der Tathandlung auf das Opfer geschoben wird, das für die Situation gerade nicht verantwortlich ist. Zudem geht die bisherige Regelung an der Lebenswirklichkeit vorbei. Die allerwenigsten Opfer von Nachstellungen können es sich (finanziell) leisten, dem Arbeitsplatz fern zu bleiben, die Wohnung nicht mehr zu verlassen oder den Wohnsitz zu verlegen. Dies gilt vor allem für alleinerziehende Frauen, die nicht selten einer Nachstellung des Ex-Partners zum Opfer fallen.¹⁴ Das Strafrecht stellt damit vielfach diejenigen schutzlos, die strafrechtlichen Schutz am dringendsten brauchen. Eingeleitete Ermittlungsverfahren müssen in rund 99% der Fälle eingestellt werden.¹⁵

Das Problem ist seit langem bekannt. Im Koalitionsver-

trag heißt es, die Bundesregierung beabsichtige, im Interesse der Opfer die tatbestandlichen Hürden für eine Verurteilung zu senken.¹⁶ Genau dies leistet der Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz und der darauf basierende, im Juli beschlossene, Gesetzentwurf der Bundesregierung. Beide sehen zwei wesentliche Änderungen des Tatbestands vor, nehmen § 238 StGB den Status als Privatklagedelikt und erweitern den Straftatbestand des Gewaltschutzgesetzes.

II. Inhalt der Änderungen

1. Umwandlung des Tatbestandes in ein potenzielles Gefährdungsdelikt

Die wichtigste Änderung besteht darin, dass § 238 Abs. 1 StGB in ein potentielles Gefährdungsdelikt umgestaltet werden soll.¹⁷ Ob der Tatbestand der Nachstellung einen tatbestandlichen Erfolg voraussetzen soll, wurde in der Historie der Gesetzentwürfe wechselnd beurteilt. So sah die erste Bundesratsinitiative vor, dass die alleinige Schaffung einer „gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben, Freiheit oder ein anderes Rechtsgut“ tatbestandsmäßig sein soll.¹⁸ Nach einer späteren Initiative des Bundesrates musste die Handlung dazu geeignet sein einen Menschen in seiner Lebensgestaltung zu beeinträchtigen.¹⁹ Der Gesetzgeber traf jedoch im Jahr 2007 die Grundentscheidung, den Tatbestand als Erfolgsdelikt auszugestalten.²⁰ Diese wurde in der Wissenschaft heftig kritisiert.²¹ Nun wird sie – stillschweigend – korrigiert, der Schritt vom Gefährdungs- zu einem Erfolgsdelikt wieder rückgängig gemacht.²²

Für die Tatbestandsverwirklichung soll es künftig ausreichen, dass die Handlung des Täters objektiv geeignet ist, beim Betroffenen eine gravierende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung herbeizuführen. Bei der Einschätzung der objektiven Geeignetheit der Tat zur Herbeiführung einer schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensumstände beim Opfer soll es in erster Linie auf den Grad des psychischen Drucks ankommen, den der Täter mit seinem Verhalten erzeugt. Als Indizien könnten „unter anderem die Häufigkeit, Kontinuität und Intensität, ihr zeitlicher Zusammenhang und – auch weiterhin – die beim Opfer eventuell schon eingetretene Änderung der Lebensumstände sowie psychische und körperliche Folgen Berücksichtigung finden.“²³

Die Änderung hat weitreichende Folgen: Bislang konnten es sich Staatsanwaltschaften und Gerichte dadurch einfach machen, dass sie die Frage der Strafbarkeit des Täters schlicht mit Blick auf die Reaktionen der Opfer beantworteten. Da letztere selten den Wohnsitz wechseln oder die

⁸ BGHSt 54, 189 (197).

⁹ BR-Drs. 551/04; BT-Drs. 16/1030.

¹⁰ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. (2014), § 238 Rn. 29.

¹¹ BT-Drs. 16/575, S. 6.

¹² BT-Drs. 16/3641, S. 14; BGHSt 54, 189 (197).

¹³ BT-Drs. 16/575, S. 8; BGHSt 54, 189 (197).

¹⁴ Schoch, NStZ 2013, 221 (223).

¹⁵ Referentenentwurf, S. 7; Regierungsentwurf, S. 8.

¹⁶ CDU/CSU/SPD, Deutschlands Zukunft gestalten, 2013, S. 102.

¹⁷ Referentenentwurf, S. 11; Gesetzentwurf, S. 4.

¹⁸ BR-Drs. 551/04, S. 1 f.

¹⁹ BT-Drs. 16/1030.

²⁰ So schon BR-Drs. 617/05; final BT-Drs. 16/575; BT-Drs. 13/3641.

²¹ Mosbacher, NStZ 2007, 665 (671); Mitsch, NJW 2007, 1237 (1240); Seher, JZ 2010, 582 (583); Schoch, NStZ 2013, 221 (223 f.).

²² Kritisch Köhne, ZRP 2014, 141 (142); Buß, JR 2016, 356 (358 f.); Kühn, ZIS 2016, 450 (451).

²³ Referentenentwurf, S. 11; Regierungsentwurf, S. 12; Kühn, ZIS 2016, 450 (451).

Arbeit aufgeben können, wurden die Verfahren in aller Regel mit Verweis auf den fehlenden Taterfolg eingestellt. Dies wird künftig nicht mehr (so einfach) möglich sein. Ob und wie das Opfer auf die beharrlichen Nachstellungen reagiert, ist nicht länger entscheidend. Staatsanwälte und Richter müssen vielmehr eine eigenständige Bewertung der Schwere der Nachstellung vornehmen. Leitend muss dabei die Frage sein, ob das Verhalten des Täters dazu geeignet ist, eine Person, die nicht aus kaum überwindlichen familiären, finanziellen oder sonstigen Gründen an Wohnort, Arbeitsplatz und die bisherige Lebensführung gebunden ist, zu einer erheblichen Änderung der Lebensgestaltung zu veranlassen. Diese Frage wird in einer Vielzahl von Fällen, die bisher eingestellt worden sind, zu bejahen sein.

2. Streichung des Auffangtatbestandes, § 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB

Die Strafbarkeit soll aber nicht nur ausgeweitet, sondern an anderer Stelle – empfindlich – eingeschränkt werden. Der Auffangtatbestand der Nachstellung („vergleichbare Handlung“) wird ersatzlos gestrichen. Dabei hat der Freistaat Bayern in einem Gesetzesantrag an dieser Totalalternative zunächst festhalten wollen.²⁴ Im Rechtsausschuss des Bundesrates setzte sich jedoch die Meinung durch, dass der Auffangtatbestand im Zuge der Umwandlung gestrichen werden müsse. Auch nach Auffassung der Bundesregierung führt die Handlungsgeneralklausel des § 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB bei einer Umstellung des Tatbestandes auf ein Eignungsdelikt zu einer zu weitgehenden Strafbarkeit. „Deshalb und auch unter Berücksichtigung des Bestimmtheitsgebots des Artikels 103 Abs. 2 GG ist vorgesehen, die Generalklausel zu streichen.“²⁵ Auch dieser Schritt knüpft an die im ursprünglichen Gesetzgebungsverfahren des Jahres 2007 geführte Diskussion an. Seinerzeit machten die Oppositionsparteien Bedenken hinsichtlich der Bestimmtheit des Auffangtatbestandes geltend,²⁶ und auch in der Literatur hieß es überwiegend, der § 238 StGB kumuliere unbestimmte Merkmale und sei verfassungsrechtlich bedenklich.²⁷ Auch der 3. *Strafsenat* des BGH hat in einem *obiter dictum* Zweifel an der Vereinbarkeit mit Art. 103 Abs. 2 GG angemeldet.²⁸ Angesichts dieser Vorgeschichte ist es wenig überraschend, dass die Streichung des Auffangtatbestandes selbst bei jenen Autoren Zuspruch findet, die eine Umwandlung in ein Eignungsdelikt negativ bewerten.²⁹

Dem ist zu widersprechen. Stattdessen wird hier die These vertreten, dass die verfassungsrechtliche Kritik unberechtigt und der Auffangtatbestand zudem kriminalpolitisch notwendig ist, um dem Variantenreichtum des Stalkings

zu begegnen.³⁰ So führt die Streichung zu einer Straflosigkeit zahlreicher Nachstellungshandlungen. Zu denken sei nur an die Veröffentlichung persönlicher Daten oder Bilder in sozialen Medien, sexuelle Belästigungen, die nicht von § 177 StGB erfasst werden³¹, besonderer Formen des sog. Telefonerrors, Suiziddrohungen, die Zusendungen von Geschenken oder das nächtliche Bewerfen des Hauses mit Kot und anderem Unrat.³² Handelte es sich in der Vergangenheit um „totes Recht“³³, so resultiert dies somit nicht aus der Überflüssigkeit der Regelung, sondern der hohen Hürde des tatbestandlichen Erfolgs und der damit einhergehenden grundsätzlich niedrigen Verurteilungsraten. Die beabsichtigte Stärkung des Opferschutzes wird verfehlt, wenn einerseits auf den Erfolgsmachweis verzichtet, andererseits Stalkern aber gleichsam eine Handlungsanleitung per se strafloser Nachstellungshandlungen an die Hand gegeben wird.

Darüber hinaus ist der Verzicht auf den Auffangtatbestand auch aus normativen Gründen nicht zwingend. Zum einen verlieren Handlungen ihre Sozialadäquanz, wenn sie beharrlich und gegen den Willen des Opfers vorgenommen werden und die objektive Eignung zur schwerwiegenden Änderung der Lebensführung aufweisen. Zum anderen besteht die Möglichkeit, den Auffangtatbestand der Nr. 5 sachgerecht (eng) und unter Zuhilfenahme der übrigen, hinreichend konkreten Handlungsvarianten zu interpretieren.³⁴ Die Auslegung kann zum einen (systematisch) auf diese Bezug nehmen und sich zum anderen teleologisch an der Eignungskomponente orientieren, die den normativen Gehalt des Handlungsunrechts deutlich aufscheinen lässt. Danach kann sich die Auslegung von der Frage leiten lassen, ob einer den anderen Totalalternativen vergleichbare Handlung die Gefahr innewohnt, dass sich das Opfer der Nachstellung zu einer erheblichen Änderung seiner Lebensgestaltung genötigt sehen könnte. Bei einem solchen innertatbestandlichen Verweis handelt es sich nicht um eine strafbegründende Analogie zulasten des Täters.³⁵ Solche Verweise sind vielmehr üblich, wie etwa die Verkehrsdelikte zeigen. § 315 Abs. 1 Nr. 4 StGB und der praktisch überaus relevante § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB werden gem. § 315b Abs. 3 StGB erst bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 315 Abs. 3 StGB zu Verbrechen.³⁶ Die hier vertretene Auffassung wird durch einen Vergleich mit dem Tatbestand des § 292 StGB, dem der Begriff der Nachstellung entspringt, zusätzlich gestützt. Im Rahmen der Jagdwilderei bedarf es keines irgendwie gearteten Erfolgs: Der Täter muss nicht einmal in die Nähe des Wildes gekommen sein.³⁷ Dennoch erhebt gegenüber § 292 Abs. 1 Nr. 1 StGB niemand den Einwand der Unbestimmtheit.

Kurzum: Der innertatbestandliche Verweis des § 238

²⁴ BR-Drs. 193/14.

²⁵ Referentenentwurf, S. 11; Regierungsentwurf, S. 13.

²⁶ BT-Drs. 16/3641, S. 6 ff.

²⁷ Mitsch, NJW 2007, 1237 (1239); Gazeas, JR 2007, 497 (501 f.); Eiden, ZIS 2008, 123 (127); Schoch, NStZ 2013, 221 (224); Schöch, DRiZ 2015, 248 (249); Buß, JR 2016, 356 (359).

²⁸ BGHSt 54, 189 (193 f.).

²⁹ Buß, JR 2016, 356 (358 f.); Kühl, ZIS 2016, 450 (451).

³⁰ Rössner/Krupna, in: Dölling/Duttge/Rössner, 3. Aufl. (2013), § 238 Rn. 9; zu dem Variantenreichtum Dressing/Kühner/Gass, FPR 2006, 177 ff.; Kinzig, ZRP 2006, 255; zu den Motiven des Täters

Valerius, JuS 2007, 319 (320).

³¹ Zur Reform und Ausweitung des Tatbestandes: BT-Drs. 18/9097.

³² Das letztgenannte Beispiel geht auf einen realen Fall zurück, in dem der Erstverf. beratend tätig war. Zu weiteren Bsp. Moosbacher, NStZ 2007, 665 (668).

³³ Schoch, NStZ 2013, 221 (222).

³⁴ Mosbacher, NStZ 2007, 665 (668).

³⁵ Anders wohl Gazeas, JR 2007, 497 (502).

³⁶ Kritisch Mitsch, NJW 2007, 1237 (1239); zu §§ 315, 315b Bruns, GA 1986, 1 (14 ff.).

³⁷ Zeng, in: MüKo-StGB, 2. Aufl. (2014), § 292 Rn. 27.

StGB ist unter jedem Gesichtspunkt unbedenklich. Dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot wird durch die Handlung des beharrlichen Nachstellens, welche geeignet sein muss, die Lebensgestaltung zu beeinträchtigen, genüge getan. Vor diesem Hintergrund ist es nicht zu erklären, weshalb Opfer künftig nur vor einem recht engen Ausschnitt möglicher Nachstellungshandlungen geschützt werden sollen.

3. Streichung des § 238 StGB aus dem Katalog der Privatklagedelikte

Nach geltender Rechtslage kann die Staatsanwaltschaft ein Verfahren nach § 238 Abs. 1 StGB unter Verweis auf den Privatklageweg einstellen, sofern kein ausreichendes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung gegeben ist (§§ 170 Abs. 2, 374 StPO). Für Opfer von Stalkern bedeutet das in rechtlicher Hinsicht, dass sie selbst ein Verfahren gegen den Beschuldigten anstrengen und in einem Verfahren vor dem Amtsgericht als Ankläger an Stelle der Staatsanwaltschaft auftreten müssen. Psychologisch führt dies in vielen Fällen dazu, dass sich die Opfer vom Staat und seinen Rechtsinstitutionen alleine gelassen fühlen, was gerade im Fall des psychisch belastenden Stalkings ein allseits unbefriedigender Zustand ist. Zudem raten fachkundige Stellen den Opfern, Kontakt unbedingt zu vermeiden und Kontaktaufnahmen seitens des Täters konsequent zu ignorieren. Müssen die Betroffenen jedoch den Täter im Wege der Privatklage anklagen, ist der Kontakt nicht vermeidbar.³⁸ Darüber hinaus entsteht unter Umständen sogar der Eindruck, als schenke das Opfer dem Täter bewusst Aufmerksamkeit. Um den Opferschutz für die Betroffenen zu verbessern soll, § 238 Abs. 1 StGB nach dem neuen Gesetzesentwurf aus dem Katalog der Privatklagedelikte gestrichen werden.³⁹ In Zukunft kommt es nicht mehr darauf an, ob ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung gegeben ist. Dass ein solches in den meisten Stalkingfällen ohnehin zu bejahen ist, zeigt Nr. 86 Abs. 2 S. 2 RiStBV.⁴⁰ Ein öffentliches Interesse kann danach auch gegeben sein, wenn zwar ausschließlich der Rechtsfrieden des betroffenen Opfers gestört wird, diesem jedoch aufgrund der persönlichen Beziehung zu dem Täter nicht abverlangt werden kann, den Weg der Privatklage zu nehmen. Sowohl die Richtlinie als auch die besondere Belastung des Opfers zeigen, dass es sinnvoll ist, den Tatbestand der Nachstellung aus dem Katalog der Privatklagedelikte zu streichen. Ob diese Maßnahme allerdings zu einer Änderung des Anklageverhaltens der Staatsanwaltschaften führt, bleibt abzuwarten.⁴¹

4. Erweiterung des Straftatbestandes im Gewaltschutzgesetz

Schließlich soll § 4 des Gewaltschutzgesetzes (GewSchG) erweitert werden. Bereits seit dem Jahre 2002 ordnet die-

ser eine Strafe für einen Verstoß gegen vollstreckbare gerichtliche Schutzanordnungen (Betretungs-, Aufenthalts- und Kommunikationsverbote) an.⁴² Mündet ein Verfahren in Gewaltschutzsachen hingegen nicht in einer gerichtlichen Anordnung, sondern in einem Vergleich der Beteiligten, besteht eine Schutzlücke. Ein Verstoß gegen eine Verpflichtung, die im Wege eines Vergleichs übernommen wurde ist nicht strafbewehrt. Knapp ein Drittel der Verfahren in Gewaltschutzsachen wurden im Jahr 2014 durch einen Vergleich erledigt. Dass dieser den Parteien einen geringeren Schutz gewährt als eine gerichtliche Entscheidung, ist nicht sachgerecht. Dies gilt insbesondere, weil der Abschluss eines Vergleichs oft zielführender und sachgerechter ist. Dies liegt zum einen daran, dass sich Täter besser an Vereinbarungen halten, die einvernehmlich getroffen wurden. Zum anderen können die Vereinbarungen des Vergleichs an die individuellen Bedürfnisse und Verhältnisse der Parteien angepasst werden. Der Entwurf bezeichnet die Rechtslage daher zu Recht als unbefriedigend.⁴³

Um dem abzuhelpen, wird in § 4 GewSchG eine Strafdrohung für den Fall eingeführt, dass der Täter gegen eine in einem Vergleich übernommene Verpflichtung verstößt, wenn diese vom Gericht bestätigt worden ist. Eine solche Bestätigung soll vom Familiengericht künftig nach § 214a FamFG-E erteilt werden können. Das Gericht soll einen geschlossenen Vergleich in der Weise bestätigen, wie die Regelungen im Einzelfall auch als gerichtliche Gewaltschutzanordnung hätten erlassen werden können.⁴⁴

III. Zusammenfassung

Die Freiheitsberaubung schützt die Fortbewegungsfreiheit ebenso wenig um ihrer selbst willen wie die Nötigung die Willensbildungs- und Willensbetätigungsfreiheit. Beide Dimensionen der Freiheit dienen dem Einzelnen letztlich dazu, sein Leben autonom zu gestalten. Insofern garantiert § 238 StGB die schlechterdings grundlegende personale Freiheit des Einzelnen gegen Einschränkungen, welche die §§ 239 f. StGB nicht erfassen.⁴⁵ Der Tatbestand der Nachstellung schützt die personale Freiheit vor Personen, die – wegen der Beharrlichkeit ihres Verhaltens – uneinsichtig handeln und nicht selten als pathologisch und gefährlich wahrgenommen werden. Insofern trägt der Straftatbestand zweifellos Züge einer spezialpräventiven Logik.⁴⁶ Gleichwohl lassen sich auch solche Grenzstatbestände mit dem tradierten Strafrechtsparadigma, das auf der Vergeltung von Tatschuld gründet, in Einklang bringen.⁴⁷

Probleme bereitet daher auch nicht das Ziel des § 238 StGB, sondern das verwendete Mittel, genauer: die bisherige Tatbestandsfassung. Der nun begonnene Reformprozess ist daher notwendig und lange überfällig. Die Novellierung des § 238 StGB adressiert das Kernproblem und dürfte daher den bislang praktisch „toten“ Straftatbestand

³⁸ Referentenentwurf, S. 11 f.; Gesetzesentwurf, S. 13.

³⁹ Referentenentwurf, S. 11 f.; Gesetzesentwurf, S. 13.

⁴⁰ Referentenentwurf, S. 12; Gesetzesentwurf, S. 13.

⁴¹ Kritisch *Buß*, JR 2016, 356 (359).

⁴² BT-Drs. 14/5429, S. 6.

⁴³ Referentenentwurf, S. 12 f.; Gesetzesentwurf, S. 14.

⁴⁴ Referentenentwurf, S. 13; Gesetzesentwurf, S. 14.

⁴⁵ Diese Bestimmung des Strafzwecks des § 238 StGB weicht von den gängigen Bestimmungen des Rechtsguts ab; s. zu Letzteren *Kinzig*, ZRP 2006, 255 (257); *Meyer*, ZStW 115 (2003), 274 (284).

⁴⁶ Kritisch zum Präventionsansatz in § 238 StGB *Neubacher*, ZStW 118 (2007), 866 (868).

⁴⁷ S. dazu am Beispiel des § 89a StGB *Kubiciel*, Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts, 2013, S. 227 ff.

zum Leben erwecken. Dass die Änderungen von erheblicher, praktischer Bedeutung sind, zeigt die große Zahl von Ermittlungsverfahren, die in den vergangenen Jahren wegen Nachstellung eingeleitet worden sind. Konnten diese in der Vergangenheit in aller Regel nach kurzer Zeit eingestellt werden, da eine erhebliche Änderung der äußeren Lebensumstände des Opfers nicht festzustellen war, werden nach der Gesetzesänderung deutlich mehr Verurteilungen zu verzeichnen sein. Sowohl für die Strafverfolgungsbehörden als auch für die Strafverteidiger dürfte § 238 StGB damit zu einer Vorschrift werden, die ihnen im (Hauptverhandlungs-) Alltag häufig begegnen wird. Bei den von einer Nachstellung betroffenen Opfern dürfte sich das Gefühl, vom Recht allein gelassen zu werden, dementsprechend seltener einstellen. Dieser Effekt allein rechtfertigt die Veränderung des § 238 StGB.

Uneingeschränkt zu begrüßen ist auch, dass die Nachstellung künftig kein Privatklagedelikt mehr ist und das GewSchG nunmehr auch Verstöße gegen Verpflichtungen pönalisiert, die im Vergleichsweg erzielt worden sind. Erheblich abgeschwächt wird der positive Effekt der Novellierung indes durch die geplante Streichung der Auffangtatalternative des § 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB. Aus Sicht der Autoren ist dieser Schritt weder sachgerecht noch als Kompensation für die Umwandlung des § 238 StGB in ein Gefährdungsdelikt notwendig. Eine einschränkende, teleologische Auslegung dieser Tatalternative ist auch innerhalb eines Gefährdungsdelikts möglich. Aus dem BMJV verlautet diesbezüglich, dass in solchen Fällen eine zivilgerichtliche Unterlassungsverfügung eingeholt werden könne, deren Verstöße pönalisiert seien, jedoch verweist man die Opfer damit auf den privaten Zivilrechtsweg, den der Gesetzgeber den Stalking-Opfern mit der Reform doch eigentlich ersparen wollte.⁴⁸

⁴⁸ Treffend *Lauter/Klormann*, *Zeit Online* v. 13.07.2016, unter: <http://www.zeit.de/gesellschaft/2016-07/stalking-heiko-maas-opfer-schutz-gesetz-nachstellung> (zuletzt abgerufen am 07.09.2016).

ENTSCHEIDUNGEN

Ermittlungsverfahren gegen Jan Böhmermann wegen Beleidigung von Organen und Vertretern ausländischer Staaten usw.

Vermerk zur rechtlichen Bewertung der *GenStA* Koblenz vom 13.10.2016

Vermerk zur rechtlichen Bewertung

Es ist bereits fraglich, ob die in Rede stehende Darbietung als Kundgabe der Missachtung oder Nichtachtung des türkischen Staatspräsidenten zu charakterisieren ist, ohne dass – wie es die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verlangt (vgl. *BVerfG*, NJW, 1995, 3303 (3305); NJW 2002, 3767; NJW 2009, 3016 (3018); NJW 2014, 3357 (3358) – andere mögliche Auslegungen hinreichend verlässlich auszuschließen sind. Bei der werkgerechten Ermittlung des Aussagekerns sind nach der Rechtsprechung die Gesamtumstände und die Besonderheiten satirischer Darstellungsformen, seine Einkleidung und die Sicht eines zur Berücksichtigung des Gesamtkonzepts bereiten Beobachters zugrunde zu legen und zu beachten (vgl. hierzu im Einzelnen näher unten). Es ist daher unzulässig, sich bei der Beurteilung der Darbietung auf den Wortlaut der Gedichtverse zu beschränken, ohne den Gesamtkontext, in den sie gestellt wurden, zu berücksichtigen.

Ferner wäre selbst bei Annahme einer Ehrverletzung eine Abwägung des Ehrenschatzes mit der Kunst- und Meinungsfreiheit vorzunehmen, ohne dass hinreichend sicher anzunehmen wäre, dass Letztere zurückzutreten hätte. Eine solche Abwägung ist namentlich nicht bereits unter dem Aspekt der „Schmähekritik“ entbehrlich, da der Darbietung bei der gebotenen Berücksichtigung aller Gesamtumstände ein sachlicher Bezug zu der seinerzeit öffentlich diskutierten Frage des Umgangs mit der Presse-, Meinungs- bzw. Kunstfreiheit durch den türkischen Staatspräsidenten nicht abzusprechen ist. Bei der erforderlichen Abwägung aller Gesamtumstände sind u.a. Anlässe und Begleitumstände zu berücksichtigen, denen namentlich bei einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage sowie der Geltendmachung eines sog. „Rechts zum Gegenschlag“ besondere Bedeutung beizumessen ist. Nach der Rechtsprechung ist zu berücksichtigen, dass „derjenige, der im öffentlichen Meinungskampf zu einem herabsetzenden Urteil Anlass gegeben hat, eine scharfe Reaktion grundsätzlich auch dann hinnehmen muss, wenn sie sein Ansehen mindert“. Es ist deshalb zweifelhaft, ob – eine Ehrverletzung durch den in Rede stehenden Beitrag unterstellt – die Abwägung im vorliegenden Fall zu Gunsten des Ehrenschatzes auszufallen hätte. Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang nämlich, dass der türkische Staatspräsident seinerseits zuvor mit drastischen Mitteln auf einen nach deutschem Rechtsverständnis von der Meinungs- und Kunstfreiheit gedeckten Beitrag reagiert und

damit eine öffentliche Diskussion ausgelöst hatte. Zwar war der Beschuldigte nicht persönlich vom türkischen Staatspräsidenten angegangen worden, doch durfte er sich als Ausübender der tangierten Kunstgattung betroffen fühlen. Handelt es sich damit um einen Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung, wird nach der Rechtsprechung eine Vermutung zu Gunsten der Meinungsfreiheit angenommen (*BVerfG*, NJW 1985, 787), ohne dass es darauf ankommt, ob die Kritik berechtigt ist (*VGH München*, NJW 2011, 793 (794)).

Letztlich ist die Annahme der Staatsanwaltschaft, dem Beschuldigten Böhmermann sei jedenfalls die Verwirklichung des subjektiven Tatbestandes nicht mit der für eine Anklageerhebung erforderlichen Sicherheit nachzuweisen, wegen der Besonderheiten der zu bewertenden Fallgestaltung zutreffend. Angesichts seiner Einlassung ist dem Beschuldigten nicht nachzuweisen, dass er billigend in Kauf nahm, die Darbietung stelle sich aus der maßgeblichen Sicht eines verständigen und zur Berücksichtigung des Gesamtkonzepts bereiten Beobachters nicht mehr als satirisch kritische Auseinandersetzung zu dem Umgang mit den durch Art. 5 GG gewährten Freiheiten, sondern als Kundgabe der ernst gemeinten Missachtung gegenüber dem türkischen Staatspräsidenten in dessen personalen, sozialen oder ethischen Wert dar.

Diese Prämissen und Folgerungen beruhen im Einzelnen auf folgenden Erwägungen:

1. Der Schutzbereich der Kunstfreiheit ist eröffnet.

Es ist unmöglich Kunst generell zu definieren (*BVerfG*, NSTZ 1985, 211, 212; NJW 1987, 2661). Die Staatsanwaltschaft hat zu Recht darauf verwiesen, dass als „das Wesentliche der künstlerischen Betätigung [...] die freie schöpferische Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen, Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden“ (*BVerfG*, NJW 1971, 1645) angesehen wird. Zulässig ist allein eine „Unterscheidung zwischen Kunst und Nichtkunst“, nicht jedoch eine „Niveauekontrolle, also eine Differenzierung zwischen ‚höherer‘ und ‚niedriger‘, ‚guter‘ und ‚schlechter‘ (und deshalb nicht oder weniger schutzwürdiger) Kunst“ (*BVerfG*, NJW 1987, 2661). Die vorbehaltlose Gewährung der Kunstfreiheit durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG darf nicht durch eine wertende Einengung des Kunstbegriffs ausgehebelt werden (*BVerfG*, NJW 1971, 1645, 1646). Auch im Falle der Meinungskundgabe in Form künstlerischer Betätigung

bleibt Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG maßgebliches Grundrecht (*BVerfG*, NJW 1987, 2661). Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG ist gegenüber Art. 5 Abs. 1 GG *lex specialis* (*BVerfG*, NJW 1971, 1645 (1648); NJW 1987, 2661). Die in Rede stehende Sendung wird von dem Beschuldigten sowie dem Sender dem satirischen Genre zugeschrieben.

Satire kann Kunst sein, doch ist nicht jede Satire stets auch Kunst (*BVerfG*, NJW 1992, 2073; NJW 1998, 1386 (1387); NJW 2002, 3767; *BayObLG*, NVwZ-RR 1994, 65 (67)). Es gehört zum Wesen der Satire mit Übertreibungen, Verzerrungen und Verfremdungen zu arbeiten (*BVerfG*, NJW 1987, 2661; NJW 1992, 2073; NJW 1998, 1386 (1387)). Auch sie muss den genannten Grundanforderungen entsprechen, wenn sie als Kunst dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG unterfallen will. Das Erfordernis, dass die Darstellung das geformte Ergebnis einer freien schöpferischen Gestaltung sein muss, ist nicht schon bei jeder bloßen Übertreibung, Verzerrung und Verfremdung erfüllt (*BVerfG*, NJW 2002, 3767). Der Schutzbereich ist auch dann nicht eröffnet, wenn der „Kunstbezug“ sich lediglich als „Beiwerk“ einer an erster Stelle stehenden Meinungsäußerung darstellt (*BayObLG*, NVwZ-RR 1994, 65 (66); vgl. *BVerfG*, NJW 1990, 1985). Allerdings ist einem als Satire in Betracht kommenden Werk die Einordnung als Kunst nicht schon deshalb zu nehmen, weil durch eine bestimmte Darstellung Aufsehen erregt und der Absatz des Werks gefördert werden soll (*BVerfG*, NJW 1990, 2541). Maßgebend ist eine Gesamtbetrachtung. Es verbietet sich, einzelne Teile eines Kunstwerks aus dessen Zusammenhang zu lösen und gesondert darauf zu untersuchen, ob sie als Straftat zu würdigen sind (*BVerfG*, NStZ 1985, 211 (213); *BayObLG*, NVwZ-RR 1994, 65 (68); OLG Köln, NJW 1993, 1486, 1487), da künstlerische Äußerungen interpretationsfähig und interpretationsbedürftig sind und die Gesamtschau des Werks unverzichtbares Element dieser Interpretation ist (*BVerfG*, a.a.O.). Zu berücksichtigen ist auch, ob sich bei der gebotenen Gesamtbetrachtung mehrere Interpretationsmöglichkeiten ergeben (vgl. *BVerfG*, a.a.O.). Dies gilt auch für die Frage, ob einem Werk der Charakter einer Satire zukommt (vgl. *BVerfG*, NJW 1990, 2541). Die zu beurteilende Darbietung enthält satiretypische Elemente. Zu den für Satire typischen Stilmitteln gehört es namentlich, Erklärungen erkennbar nur zum Schein aufzustellen (vgl. *BayObLG*, NJW 1957, 1607 (1608) oder in ironischer Form darzubringen (vgl. *BGH*, NJW 2000, 1036 (1039) sowie auf Kosten von Prominenten oder Politikern zum Lachen zu reizen (*BVerfG*, NJW 2002, 3767 (3768)).

Unabhängig davon, ob und inwieweit man die Darbietung als Satire verstehen will, beschränkt sie sich nicht auf einer von Verzerrungen oder Übertreibungen geprägten Meinungsäußerung, sondern ist auch von künstlerischen Elementen geprägt, die nicht lediglich als bloßes „Beiwerk“ der Meinungskundgabe zu werten sind. Zu den die Darbietung prägenden künstlerischen Elementen dürfte weniger der Vortrag eines in Reimform verfassten Gedichtes (zur Dichtung als Kunstgattung *BVerfG*, NStZ, 1985, 211 (212); *OLG München*, Beschl. v. 6.2.2013 – 18 W 206/13 –, BeckRs 2013, 07462), son-

dern vor allem die „Einrahmung“ in eine Art „Lehrstück“ sowie die Untermalung mit einer – auf den „extra 3“- Beitrag „Erdowie, Erdowo, Erdowan...“ anspielenden – Musik und die Inszenierung unter Verwendung der türkischen Flagge sowie einem Portrait des türkischen Staatspräsidenten mit einer Art „Bühnenbild“ (zur „bühnenhaften Umsetzung“ als schöpferisches Element *OLG München*, a.a.O.) beitragen. Die Darbietung ist ferner durch eine Kommunikation zwischen Moderator und einer Art Co-Moderator in Form eines wiederholten Wechsels zwischen Gedichtvortrag und Kommentierung gekennzeichnet. Damit kommt sowohl eine schöpferische Gestaltung als auch eine bestimmte Formensprache zur Veranschaulichung von Erfahrungen, Erlebnissen oder Eindrücken im Sinne der Rechtsprechung des *BVerfG* jedenfalls in noch hinreichender Weise zum Ausdruck.

2. Die Kunstfreiheit ist grundsätzlich vorbehaltlos gewährt.

Die Schrankenregelung des Art. 5 Abs. 2 GG bezieht sich nur auf die Rechte aus Art. 5 Abs. 1 GG und kann nicht auf die Kunstfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG entsprechend angewandt werden (*BVerfG*, NJW 1971, 1645 (1646)). Auch eine unmittelbare oder analoge Anwendung der Schranken des Art. 2 Abs. 1 Satz 1. Hs. 2 GG kommt nicht in Betracht (*BVerfG*, a.a.O.; NStZ 1985, 211 (212)). Daher dürfen grundsätzlich auch nicht einzelne Teile aus einem Kunstwerk herausgelöst und lediglich allein als den Schranken gem. Art. 5 Abs. 2 GG unterliegenden Meinungsäußerungen i.S.d. Art. 5 Abs. 1 GG angesehen werden (*BVerfG*, NJW 1971, 1645 (1646)). Die Kunstfreiheit ist jedoch nicht schrankenlos gewährt (*BVerfG*, a.a.O.). Aus der Vorbehaltlosigkeit des Grundrechts ergibt sich aber, dass ihre Grenzen nur von der Verfassung selbst zu bestimmen sind (*BVerfG*, a.a.O.).

Zu den insofern in Betracht kommenden von der Verfassungsordnung des Grundgesetzes als ebenfalls wesentlich geschützten Rechtsgütern gehört namentlich das durch Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützte Persönlichkeitsrecht (*BVerfG*, NStZ 1985, 211 (212)). Dieses umfasst den „Schutz vor Äußerungen, die geeignet sind, sich abträglich auf das eigene Bild in der Öffentlichkeit auszuwirken“ (*BVerfG*, NJW 2004, 590 (591); *BGH*, GRUR 2014, 1021 (1022)). Allerdings begründet es nicht den Anspruch, nur so dargestellt zu werden, wie man selber gesehen werden möchte (*BVerfG*, NJW 2002, 3767 (3768); NJW 2011, 47 (48)). Die Kunstfreiheit ihrerseits zieht wiederum dem Persönlichkeitsrecht Grenzen (*BVerfG*, NStZ 1985, 211 (212)). Letztlich ist „ein im Rahmen der Kunstfreiheitsgarantie zu berücksichtigender Konflikt nach Maßgabe der grundgesetzlichen Wertordnung und unter Berücksichtigung der Einheit dieses grundlegenden Wertsystems durch Verfassungsauslegung zu lösen“ (*BVerfG*, NJW 1971, 1645 (1646)). Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Kunstfreiheit als „Teil des grundrechtlichen Wertsystems [...] insbesondere der in Art. 1 GG garantierten Würde des Menschen zugeordnet [ist], die als oberster Wert das

ganze grundrechtliche Wertsystem beherrscht“ (*BVerfG*, a.a.O.).

3. Der Konflikt zwischen Persönlichkeitsschutz und Kunstfreiheit ist durch Abwägung zu lösen.

Von einer Ehrverletzung ausgehend ist die „Spannungslage zwischen den durch Art. 1 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG geschützten Bereichen“ grundsätzlich durch eine Abwägung zu lösen (*BVerfG*, NJW 1971, 1645 (1647); vgl. *BVerfG* NJW 1987, 2661 (2662); NJW 2002, 3767 (3768)).

Wie schwierig es ist, dem durch Wechselwirkungen der betroffenen Belange gekennzeichneten Abwägungsprozess Konturen zu verleihen, wird auch anhand der Rechtsprechung deutlich: So genügt jedenfalls nicht die Feststellung einer Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts, etwa in Form einer Beleidigung, ohne Berücksichtigung der Kunstfreiheit (*BVerfG*, NStZ 1985, 211 (212)). Vielmehr ist zu klären, ob diese Beeinträchtigung derart schwerwiegend ist, dass die Freiheit der Kunst zurückzutreten hat (*BVerfG*, a.a.O.). Insofern reicht angesichts der hohen Bedeutung der Kunstfreiheit weder eine geringfügige Beeinträchtigung noch die bloße Möglichkeit einer schwerwiegenden Beeinträchtigung aus (*BVerfG*, a.a.O.; vgl. *KG*, NStZ 1985, 385 (387); *OLG München*, Beschl. v. 6.2.2013 – 18 W 206/13 –, BeckRs 2013, 07462). Ist jedoch eine schwerwiegende Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts zweifelsfrei festzustellen, kann sie auch nicht durch die Kunstfreiheit gerechtfertigt werden (*BVerfG*, a.a.O.). Von einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts ist bei Eingriffen in den durch Art. 1 Abs. 1 GG geschützten Kern menschlicher Ehre stets auszugehen (*BVerfG*, NJW 1987, 2661 (2662)). Tastet eine Äußerung die Menschenwürde eines anderen an, müssen Meinungs- wie Kunstfreiheit zurücktreten, „denn die Menschenwürde als Wurzel aller Grundrechte ist mit keinem Einzelgrundrecht abwägungsfähig“ (*BVerfG*, NJW 1995, 3303 (3304)). Eine Verletzung des „sozialen Geltungsanspruchs“ als „Menschenwürdekern“ ist stets anzunehmen, „wenn – ausdrücklich oder im Weg der Implikation – die Anerkennung als gleichberechtigtes Mitglied in einer sozialen Gemeinschaft oder die Achtung als Mensch grundsätzlich negiert oder in Frage gestellt wird (...)“, worunter „etwa die Zuschreibung eines tierischen Wesens (...) oder verfälschende Darstellungen, die ‚mensenunwürdige‘ Tabubrüche unterstellen“ fallen (*OLG München*, Beschl. v. 6.2.2013 – 18 W 206/13 –, BeckRs 2013, 07462 m.w.N.). Da jedoch „sämtliche Grundrechte Konkretisierungen des Prinzips der Menschenwürde sind, bedarf es stets einer sorgfältigen Begründung, wenn angenommen werden soll, dass der Gebrauch eines Grundrechts auf die unantastbare Menschenwürde durchschlägt“ (*BVerfG*, NJW 1995, 3303 (3304)). Es gibt zwar eine „Grenze des Zumutbaren“, auch wenn „Übertreibungen ‚strukturtypisch‘ sind und Personen, die [...] im öffentlichen Leben stehen, in verstärktem Maße Zielscheibe öffentlicher, auch satirischer Kritik sind“ (*BVerfG*, NJW 1987, 2661 (2662)). Da zur Meinungsbildung beitragende öffentliche Äußerungen

Aufmerksamkeit erregen sollen, sind jedoch „angesichts der heutigen Reizüberflutung aller Art einprägsame, auch starke Formulierungen hinzunehmen“ (*BVerfG*, NJW 1969, 227 (228); *BGH*, NJW 2007, 686 (688)), so dass den Betroffenen in seiner Ehre herabsetzende Äußerungen „jedenfalls dann noch rechtmäßig“ sind, „wenn sie gemessen an den von der Gegenseite erhobenen Ansprüchen oder aufgestellten Behauptungen nicht unverhältnismäßig erscheinen“ (*BVerfG*, NJW 1969, 227 (228)).

Die dargestellte Rechtsprechung dokumentiert die Komplexität einer erforderlichen Abwägung, bei der es letztlich stets auf die Umstände des Einzelfalles ankommt. So hat das *BVerfG* selbst im Zusammenhang mit der Abwägung zwischen persönlicher Ehre und Meinungsäußerungsfreiheit Folgendes erklärt: „Das Ergebnis dieser Abwägung ist verfassungsrechtlich nicht vorgegeben, sondern hängt wesentlich von den Umständen des Einzelfalles ab. Doch ist in der Rechtsprechung eine Reihe von Gesichtspunkten entwickelt worden, die Kriterien für die konkrete Abwägung vorgeben. Hierzu gehört insbesondere die Erwägung, dass bei herabsetzenden Äußerungen, die sich als Formalbeleidigung oder Schmähung darstellen, die Meinungsfreiheit regelmäßig hinter den Ehrenschatz zurückzutreten hat [...]“.

Dem Ehrenschatz kann daher verfassungsrechtlich unbedenklich der Vorzug eingeräumt werden, wenn es sich um sog. Schmähkritik oder Formalbeleidigungen handelt. Im Fall von Schmähkritik ist eine eingehende Abwägung in der Regel entbehrlich (vgl. *BVerfG*, NJW 2009, 749 (750); NJW 2014, 3357 (3358)). Die Rechtsprechung hat den Begriff der Schmähkritik jedoch „eng definiert“ (*BVerfG*, NJW 2009, 749; NJW 2009, 3016 (3017); NJW 2014, 3357 (3358); Beschl. v. 24.7.2013 – 1 BvR 444/13, 1 BvR 527/13 –, Rn. 21, zit. nach juris, m.w.N.). Hiernach genügt eine überzogene oder gar ausfällige Kritik nicht zur Charakterisierung als Schmähung, sondern es muss hinzutreten, dass bei der Äußerung nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern die Diffamierung der Person im Vordergrund steht (*BVerfG*, NJW 2009, 749 (750) m.w.N.; NJW 2009, 3016 (3017); NJW 2014, 3357 (3358); Beschl. v. 24.7.2013 – 1 BvR 444/13, 1 BvR 527/13 –, Rn. 21, zit. nach juris). Zusammengefasst ist „wesentliches Merkmal der Schmähung [...] eine das sachliche Anliegen völlig in den Hintergrund drängende persönliche Kränkung“ (*BVerfG*, Beschl. v. 24.7.2013 – 1 BvR 444/13, 1 BvR 527/13 –, Rn. 21). Dies wird jedoch „bei Äußerungen in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage [...] nur selten vorliegen und eher auf die sogenannte Privatfehde beschränkt bleiben“ (*BVerfG*, a.a.O.; *BVerfG*, NJW 2013, 3021; NJW 2014, 3357 (3358); Beschl. v. 28.9.2015 – 1 BvR 3217/14 –, BeckRS 2016, 41100, Rn. 14). Bei der Beurteilung, ob die persönliche Kränkung das sachliche Anliegen völlig in den Hintergrund drängt, so dass von einer Schmähkritik auszugehen ist, sind regelmäßig Anlass und Kontext der Äußerung zu beachten (*BVerfG*, NJW 2009, 749 (750); NJW 2009, 3016 (3018)).

Von der Berücksichtigung von Anlass und Kontext kann abgesehen werden, „wenn es sich um eine Äußerung handelt, deren diffamierender Gehalt so erheblich ist, dass sie in jedem denkbaren Sachzusammenhang als bloße Herabsetzung des Betroffenen erscheint und daher unabhängig von ihrem konkreten Kontext stets als persönlich diffamierende Schmähung aufgefasst werden muss, wie dies möglicherweise bei der Verwendung besonders schwerwiegender Schimpfwörter – etwa aus der Fäkalsprache – der Fall sein kann“ (*BVerfG*, NJW 2009, 749 (750)). Nur unter diesen Voraussetzungen kann auch eine isolierte Betrachtung eines einzelnen Begriffs ausnahmsweise die Annahme einer der Abwägung entzogenen Schmähung tragen (*BVerfG*, NJW 2009, 3016 (3018)). Bei der Beurteilung der Darbietung des Beschuldigten ist aber – wie mehrfach ausgeführt – nicht allein auf den Inhalt der Verse des Gedichts oder gar nur einzelne Begriffe abzustellen, vielmehr ist auch die die Öffentlichkeit wesentlich berührende Frage des Umgangs mit der Meinungs- und Kunstfreiheit in den Blick zu nehmen. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass ausweislich der Anmoderation bzw. der zwischenzeitlichen Kommentierung des Gedichts sowohl auf den Hintergrund bzw. die Vorgeschichte der Darbietung als auch darauf hingewiesen wurde, dass der Vortrag des Gedichts (isoliert betrachtet) unzulässig wäre. Damit war – jedenfalls nicht widerlegbar – gerade nicht die Behauptung verbunden, der türkische Staatspräsident übe tatsächlich die beschriebenen sexuellen Praktiken aus oder der Beschuldigte schreibe dem Beschwerdeführer die „angedichteten“ Attribute tatsächlich zu. Vielmehr wurde die Krassheit der Formulierungen als Beispiel eines „Gegenpols“ zu dem im Vergleich hierzu noch relativ „harmlosen“ und vom deutschen Rechtsverständnis als zulässig gedeckten, aber von dem türkischen Staatspräsidenten kritisierten „extra 3“-Beitrag dargestellt.

Dies gilt gleichermaßen für die Passagen in derber Sprache und mit drastischem Sexualbezug. Sie unterliegen auch einer von der Entscheidung des *BVerfG* zu den so gen. „Strauß-Karikaturen“ (*BVerfG*, NJW 1987, 2661) abweichenden Bewertung: Der Darstellung des damaligen bayerischen Ministerpräsidenten als ein Schwein, welches u.a. mit einem anderen Schwein in richterlicher Amtstracht kopuliert, war die Aussage zu entnehmen, der Ministerpräsident „mache sich die Justiz in anstößiger Weise seinen Zwecken zunutze“ und er „empfinde an einer ihm willfährigen Justiz ein tierisches Vergnügen“ (*BVerfG*, NJW 1987, 2661 (2662)). Bei den so gen. „Strauß-Karikaturen“ ging es darum, aufzuzeigen, dass der Betroffene „ausgesprochen ‚tierische‘ Wesenszüge habe und sich entsprechend benehme“. Darin sah das *BVerfG* „offenkundig ein(en) Angriff auf die personale Würde des Karikierten“ (*BVerfG*, a.a.O., 2662). Demgegenüber ist der Darbietung des Beschuldigten bei verständiger Würdigung des Gesamtkontextes nicht zu entnehmen, er unterstelle dem türkischen Ministerpräsidenten ein unanständiges Verhältnis zu den als vermeintliche Sexualpartner Dargestellten oder ein „tierisches Wesen“. Vielmehr ging es dem Beschuldigten nach seiner unwiderlegten Einlassung darum, zu zeigen, dass der

türkische Staatspräsident mit dessen Versuch der politischen Einflussnahme auf zulässige satirische Meinungskundgaben in Deutschland eine Grenze überschritten habe. Es ist daher jedenfalls nicht auszuschließen, dass der Darbietung der Gedanke zugrunde lag, einem Tabubruch müsse mit Tabubruch begegnet werden, um ersteren als solchen herauszustellen und ihm so entgegenzutreten.

4. Die Abwägung erfordert eine umfassende Würdigung der Gesamtumstände.

In die Entscheidung sind namentlich folgende Gesichtspunkte einzubeziehen, die mitunter auch bei der Beurteilung der Sachaussage relevant sind und die teilweise Schnittmengen bilden oder in einander übergehen können:

Grad der Ehrverletzung nebst Folgen:

- Stellung des Betroffenen im politischen Leben (vgl. *KG*, NStZ 1992, 385 (386))
- Sexualbezug (vgl. *KG*, NStZ 1992, 385 (386))
- Umfang der Auswirkungen bzw. Folgewirkungen (vgl. *BayObLG*, NVwZ-RR 1994, 65 (68); *KG*, NStZ 1992, 385 (387))

Grad des „Kunstbezugs“ (vgl. *BayObLG*, NVwZ-RR 1994, 65 (66 ff.))

Grad der Verfremdung (vgl. *BVerfG*, NJW 1971, 1645 (1647); *BayObLG*, NVwZ-RR 1994, 65 (68)):

- Art der Verfremdung (vgl. *BayObLG*, NVwZ-RR 1994, 65 (68))
- Offenkundigkeit der Darstellung als satirisch (vgl. *BVerfG*, NJW 2005, 3271 (3273); *VGH München*, NJW 2011, 793 (794 f.))
- Grad des Wirklichkeitsbezuges (vgl. *OLG München*, Beschl. v. 6.2.2013 – 18 W 206/13 –, BeckRs 2013, 07462)

Ausmaß des Unwahrheitsgehalts (vgl. *BVerfG*, NJW 1971, 1645 (1648))

Kritik an der Ausübung staatlicher Macht sowie öffentlichem Wirken und dessen Folgen (vgl. *BVerfG*, NJW 2009, 3016 (3019))

Grad des Sachbezugs (vgl. *OLG München*, NJW 2016, 2759 (2760)),

Sachzusammenhang (vgl. *BVerfG*, NJW 2009, 3016 (3019)),

Anlässe (vgl. *BayObLG*, NStZ 2005, 215 (216)) und Begleitumstände

Wegen der in diesem Zusammenhang besondere Bedeutung erlangenden Aspekte einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage und des sog. „Rechts zum Gegenschlag“ darf ich auf meine obigen Ausführungen Bezug nehmen.

5. Die Feststellung einer konfliktauslösenden Ehrkränkung setzt die werkgerechte Ermittlung des objektiven Erklärungsgehalts voraus.

Die Prüfung einer Beschränkung der Kunstfreiheit durch das Persönlichkeitsrecht verlangt die Ermittlung des objektiven Sinnes der in Rede stehenden Äußerung oder Darbietung. Insofern bedarf es stets einer Gesamtbetrachtung (*BVerfG*, NStZ 1985, 211 (213)). Hierbei darf Meinungsäußerungen „kein Inhalt untergeschoben werden, den ihnen ihr Urheber erkennbar nicht beilegen wollte; das gilt besonders bei satirischer oder glossierender Meinungsäußerung“ (*BVerfG*, NJW 1992, 2073; NJW 1998, 1386 (1387)); vgl. *BVerfG*, NJW 1990, 1980 (1981) und entsprechend für der Kunstfreiheit gem. Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG unterfallende Werke.

Bei satirisch übersteigerten Äußerungen sind hierauf bezogene „werkgerechte Maßstäbe“ anzulegen (*BVerfG*, NJW 2002, 3767). Dem Wesen der Satire ist immanent mit Übertreibungen, Verzerrungen und Verfremdungen zu arbeiten (*BVerfG*, NJW 1987, 2661; NJW 1992, 2073; NJW 1998, 1386 (1387)). Die Satire oder eine ähnliche Übersteigerung darf als Stilmittel nicht schon selbst als Kundgabe der Missachtung gewürdigt werden (*BVerfG*, NJW 2002, 3767), zumal Übertreibung „naturgemäß immer unwahr“ ist (*KG*, NStZ 1992, 385 (386)). Vielmehr erfordert die rechtliche Beurteilung die Entkleidung des in „Wort und Bild gewählten satirischen Gewandes“ (*BVerfG*, NJW 1987, 2661, und *VGH München*, NJW 2011, 793 (794) zitieren RGSt 62, 183) zur Ermittlung ihres eigentlichen Inhalts (*BVerfG*, a.a.O.; NJW 1992, 2073 (2074); NJW 1998, 1386 (1387) und NJW 2002, 3767, beide ebenfalls unter Hinweis auf RGSt 62, 183). Es müssen der Aussagekern und seine Einkleidung gesondert auf das Vorhandensein einer Kundgabe der Missachtung geprüft werden (*BVerfG*, NJW 1987, 2661; NJW 1992, 2073 (2074); NJW 1998, 1386 (1387); NJW 2002, 3767; *VGH München*, a.a.O.). Mit Blick auf das Wesensmerkmal der Verfremdung sind für die Beurteilung der Einkleidung regelmäßig weniger strenge Maßstäbe als für die Bewertung des Aussagekerns anzulegen (*BVerfG*, NJW 1987, 2661; NJW 1998, 1386 (1387); *VGH München*, a.a.O.; *OLG München*, Beschl. v. 6.2.2013 – 18 W 206/1 –, BeckRs 2013, 07462). Je geringer die Verfremdung ausfällt, desto eher bedarf die Darstellung einer Überprüfung auf Ihre Übereinstimmung mit der Realität (*KG*, NStZ 1992, 385 (386)). Umgekehrt können „die Wortwahl und die extreme Häufung von Anspielungen eine Verfremdung derart offenkundig“ erscheinen lassen, „dass eine eng an die Realität angelehnte Überprüfung von Tatsachenbehauptungen [...] ausscheidet“ (*KG*, a.a.O.).

Für die Ermittlung des objektiven Sinnes einer Äußerung ist weder die subjektive Absicht des Äußernden noch das subjektive Verständnis des hiervon Betroffenen maßgeblich (*BVerfG*, NJW 1995, 3303 (3305)), sondern die Sicht eines „unvoreingenommenen und verständigen Publikums“ (*BVerfG*, a.a.O.; NJW 2009, 3016 (3018)); *VGH*

München, NJW 2011, 793 (794)). Dies bedarf wegen der Besonderheiten künstlerischer Darbietungen einer Präzisierung. Es darf weder auf einen „in künstlerischen Erscheinungsformen völlig Unbewanderten“ noch auf den „umfassend künstlerisch Gebildeten“, abgestellt werden (*BVerfG*, NStZ 1985, 211 (213)). Maßgeblich ist die Sicht eines zur Gesamtbetrachtung unter Berücksichtigung des künstlerischen Gesamtkonzeptes bereiten Beobachters (*BayObLG*, NVwZ-RR 1994, 65 (66)); vgl. *BVerfG*, NStZ 1985, 211 (213). Insbesondere ist nicht die Sicht eines „flüchtigen, naiven Beobachter(s)“, der bei der Gesamtbetrachtung zu berücksichtigende Umstände verkennt, maßgeblich (*BVerfG*, NStZ 1985, 211 (213)). Von besonderer Bedeutung ist, ob sich bei der gebotenen Gesamtbetrachtung mehrere Interpretationsmöglichkeiten ergeben (vgl. *BVerfG*, NStZ 1985, 211 (213)).

Im Falle einer mehrdeutigen Äußerung kommt eine Verurteilung nur dann in Betracht, wenn das Gericht andere mögliche bzw. alternative, nicht zur Verurteilung führende Deutungen in nachvollziehbarer Weise ausgeschlossen hat (*BVerfG*, NJW, 1995, 3303 (3305); NJW 2002, 3767; NJW 2009, 3016 (3018); NJW 2014, 3357 (3358)). Es muss für die zur Bestrafung führende Deutung besondere Gründe angeben, die nicht allein dem Wortlaut entnommen werden dürfen, sondern sich auch aus den Umständen ergeben können (*BVerfG*, NJW 1990, 1980 (1981)). Diese müssen zudem dem Äußernden zurechenbar sein bzw. erkennbar zum Inhalt seiner Äußerung werden (*BVerfG*, NJW 1990, 1980 (1981)). Eine Beleidigung kommt schließlich in Betracht, wenn die Äußerung dahin auszulegen ist, dass sie erkennbar unter dem Deckmantel der Kunstform eine eigene Missachtung des Betroffenen ausdrücken sollte (*OLG Köln*, NJW 1993, 1486 (1487)).

Eine weitere Differenzierung ist erforderlich, sofern sich der Äußernde der Mehrdeutigkeit seiner Äußerung bewusst ist: Hat eine „Kundgebung objektiv keinen herabsetzenden Charakter, ist es unerheblich, wenn sie von einem Teil der Personen, die von ihr Kenntnis genommen haben, als beleidigend verstanden worden ist“, und zwar auch dann nicht, „wenn der Äußernde mit der Möglichkeit einer Missdeutung gerechnet und sie billigend in Kauf genommen hat“ (*BayObLG*, NJW 1957, 1607 (1609)). Ist eine Äußerung schon objektiv mehrdeutig, so dass weder der eine noch der andere, sprich auch nicht der eine Herabsetzung bedeutende Sinn, auszuschließen ist, ist zu prüfen, ob die eine Herabsetzung ergebende Auslegung durch die angesprochenen Personen oder einen Teil von ihnen wenigstens als möglich bedacht und der Äußernde sie für diesen Fall gebilligt hat (*BayObLG*, a.a.O., unter Bezugnahme auf RGSt 65, 21 und RGSt 63, 112). Schon das *RG* hatte in Bezug auf einen Aufsatz in der Tagespresse dargelegt, dass „Kundgebungen der Tagespresse von dem größten Teil der Leser nur flüchtig gelesen werden“, womit der Verfasser zu rechnen habe, und dass „in der Presse des politischen [...] Kampfes eine allgemeine Neigung zur Schärfe besteht, so dass tadelnde Kundgebungen von den einseitig eingestellten Lesern der Schrift leicht schärfer und einseitiger aufgefasst werden, als sie gemeint sein mögen, und als sich ihr

Inhalt und Sinn dem ruhig und sorgsam die Kundgebung in ihrer Gesamtheit würdigenden unbeteiligten Beurteilten darstellt“ (RGSt 63, 112 (115)). Derjenige aber, der „solchen Äußerungen eine Form gibt, die eine mehrfache Deutung zulässt, und sich dabei bewusst ist, dass seine Leser die Ausführungen in einem strafrechtlich zu wertenden Sinne verstehen würden, der überschreitet damit die Grenze der zulässigen Äußerung und wird in der Regel das sagen wollen, wovon er weiß, dass der Leser es aus der Kundgebung entnehmen werde“ (RGSt 63, 112 (115)). Gebraucht jemand eine Äußerung „zwar in einem eigenartigen, von der allgemeinen Auffassung abweichenden, nicht geringschätzenden Sinne“, „ist der Vorwurf vorsätzlicher Ehrverletzung“ begründet, wenn er sich „dessen, dass die Äußerung von den Empfängern in ihrer regelmäßigen ehrenrührenden Bedeutung verstanden werde, bewusst ist und diesen Erfolg innerlich gutheißt“ (RGSt 65, 21 (22)). Es „kann demjenigen, der öffentlich Texte vortragen will, die schwerwiegende negative Aussagen über dritte Personen enthalten, zugemutet werden, ein Mindestmaß an Sorgfalt bei der Formulierung anzuwenden, wenn er diese Personen tatsächlich nicht verunglimpfen will, sondern andere Ziele im Auge hat“ (*BayObLG*, NVwZ-RR 1994, 65 (68)).

5. Schlussfolgerungen für den vorliegenden Fall

Aus der maßgeblichen Sicht eines verständigen und zur Gesamtbetrachtung unter Berücksichtigung des künstlerischen Gesamtkonzeptes bereiten Beobachters liegt der Aussagekern der Darbietung des Beschuldigten in der Kritik an dem Umgang des türkischen Staatspräsidenten mit den Grundfreiheiten aus Art. 5 GG. Es ist nicht zu widerlegen, dass die Darbietung aufzeigen sollte, wie weit aus Sicht des Beschuldigten die Vorstellungen des türkischen Staatspräsidenten von den Grenzen der Kunst- und Meinungsfreiheit von denen des deutschen Rechtsverständnisses entfernt sind und dass er seinerseits in Bezug auf den „extra 3“-Beitrag „mit Kanonen auf Spatzen“ geschossen habe. Aus den einleitenden Bemerkungen folgt zwar, dass auch eine strafrechtlich relevante Interpretation der Darbietung möglich ist. Um eine Verurteilung des Beschuldigten herbeizuführen, müsste die anderweitige Deutung aber ausgeschlossen werden können: Eine Ehrverletzung in diesem Sinne könnte in Betracht kommen, wenn der türkische Staatspräsident durch die Gesamtheit der Darstellung (oberlehrerhafte und nur vermeintliche Aufklärung anhand einer Vielzahl drastischer Beispiele für offenkundig verbotene Verunglimpfungen unter Verwendung präsidialer bzw. staatlicher Attribute) in seinem Streben nach Ehrenschatz ins Lächerliche gezogen werden sollte (Letzteres war Aussagegehalt der wiederholten Darstellung des ehemaligen bayerischen Ministerpräsidenten als kopulierendes Schwein, vgl. *BVerfG*, NJW 1987, 2661 (2662)). Es erscheint auch keineswegs ausgeschlossen, dass der Beschuldigte – ggf. unterstützt durch Mimik oder Gestik – den Eindruck vermittelte und auch vermitteln wollte, er werde nun eben dasjenige tun, vor dem er vermeintlich warne, um hierdurch Gelächter hervorzurufen, aber auch zu provozieren. Hierbei handelte es sich aber um eine für Satire gerade typische Effekthascherei, aus der nicht

zwingend darauf zu schließen ist, dass der Beschuldigte die Gesamtinszenierung allein zum Schein aufgebaut hatte und den türkischen Staatspräsidenten in seinem personalen Wert verunglimpfen wollte. Letztlich ist die diese Deutung bestreitende Einlassung des Beschuldigten zu seiner Motivation in Bezug auf die Darstellung nicht zu widerlegen.

Abweichendes folgt auch nicht aus dem von der Beschwerde aufgegriffenen Umstand, dass nicht die gesamte Darbietung, sondern lediglich das „Gedicht“ mit Untertiteln in türkischer Sprache versehen war. Es ist nicht erweislich, dass der Beschuldigte hierdurch bezweckte oder billigend in Kauf nahm, dass Zuschauer, die nur der türkischen Sprache mächtig sind, den angegebenen Gesamtkontext nicht würdigen erfassen können. Denn es ist fernliegend, dass eine Sendung des in Rede stehenden Formats von Personen (zumal u.U. sogar bis zu dem Beitrag) verfolgt wird, die der deutschen Sprache nicht oder nicht wenigstens insoweit mächtig sind, dass sie deren satirischen Charakter und die Einbettung in eine Inszenierung nicht hinreichend erfassen können. Soweit in Betracht kommt, dass der Beitrag etwa im Zuge eines „Zappens“ durch verschiedene Programme gesehen worden sein könnte, ist zu berücksichtigen, dass es – wie oben dargelegt – nicht auf die Sicht eines „flüchtigen“, sondern eines zur Gesamtbetrachtung unter Berücksichtigung des künstlerischen Gesamtkonzeptes bereiten Beobachters ankommt. Umgekehrt ist jedenfalls nicht mit der erforderlichen Sicherheit auszuschließen, dass der Beschuldigte die Untertitelung als Teil der Gesamtleistung betrachtete, die – in Einklang mit seiner Einlassung – der weiteren Unterstreichung des Charakters einer vermeintlich besonders bedeutsamen Verlautbarung diene. Selbst wenn man von einer objektiven Mehrdeutigkeit ausginge, dürfte dem Beschuldigten angesichts seiner Einlassung nicht mit der erforderlichen Gewissheit abzusprechen sein, ein Mindestmaß an Sorgfalt in dem dargelegten Sinne an den Tag gelegt zu haben. Insofern ist zu bedenken, dass der Beschuldigte wiederholt auf das Verbot entsprechender Äußerungen hingewiesen hat. Zu berücksichtigen ist weiter, dass der Beitrag in einer als Satire-Format bekannten Sendung ausgestrahlt wurde, die von dem Beschuldigten vor dem Beitrag als „Satire- und Quatsch-Sendung“ angekündigt wurde. Er durfte zudem davon ausgehen, dass die Zuschauer dieses Formats auf satiretypische Verzerrungen geradezu warten und diese auch erkennen. Insbesondere hat der Beschuldigte geltend gemacht, besonderen Wert darauf gelegt zu haben, die Absurdität der dem türkischen Staatspräsidenten zugeschriebenen Verhaltensweisen derart offensichtlich werden zu lassen, dass sie schlechterdings nicht ernst genommen werden könnten. Tatsächlich ist der Text des „Gedichts“ von einer Reihe offensichtlicher Unsinnigkeiten und völlig übersteigter Absurditäten gekennzeichnet.

Ein außerordentlicher Grad an Verzerrung kann aber gerade gegen eine Beleidigung bzw. eine Beleidigungsabsicht sprechen. So hat der *VGH München* (NJW 2011, 793) eine Beleidigung des Papstes in einem Fall verneint, in welchem bei einem Aufzug am „Christopher

Street Day“ Plakate mit Abbildungen des Papstes *Benedikt XVI.* angebracht waren, auf denen er eine „Aids-Schleife“ an der Soutane, Kondome an einem Finger trug bzw. an Mund und Augen geschminkt sowie mit teilweise gefärbten Haaren abgebildet war. Entsprechendes hat das Gericht in Bezug auf eine Puppe befunden, die den Papst darstellen sollte und u.a. „das doppelte Zeichen für ‚männlich‘“ trug. Die Darstellung des Papstes mit homosexuellen Attributen taste – so das Gericht weiter – weder seine Menschenwürde an, weil sie über sexuelle Praktiken der Person keine Aussage treffe, noch enthalte die Darstellung eine Formalbeleidigung oder Schmähung des Papstes (*VGH München*, a.a.O., 794). Der in der Kritik an der Haltung der katholischen Kirche zur Homosexualität gesehene Aussagekern sei von einem unbefangenen Beobachter zu ermitteln gewesen; niemand komme auf die Idee, der Papst trete mit gefärbten Haaren, einer Aids-Schleife oder Kondomen in der Hand für eine homosexuelle Lebensweise ein (*VGH München*, a.a.O., 794, 795).

Vor diesem Hintergrund ist die Einlassung des Beschuldigten, er habe durch die Hervorhebung der Absurdität der in dem Gedicht enthaltenen Äußerungen eine Abstraktion von der real existierenden Person des türkischen Staatspräsidenten erreichen und eben nicht dessen persönliche Verunglimpfung bezwecken wollen, nicht zu widerlegen. Etwas anderes folgt auch nicht aus dem von der Beschwerde in Bezug genommenen Interview des Beschuldigten gegenüber „Zeit online“, in dem er von seiner Einlassung abweichende Angaben hinsichtlich der Erstellung bzw. Urheberschaft des „Gedichtes“ gemacht habe. Tatsächlich hat der Beschuldigte in dem Interview zwar an einer Stelle erklärt, das „Gedicht“ stamme aus dem Internet. Allerdings ist ungeachtet des Umstandes, dass auch in dem Interview nicht wenige Aussagen des Beschuldigten ersichtlich nicht ernst gemeint oder ernst zu nehmen waren, darauf zu verweisen, dass er sich in demselben Interview als den „Lizenzgeber“ bezeichnete, ohne dessen „vorherige schriftliche Genehmigung“ eine (auch auszugsweise) Veröffentlichung des Gedichts nicht erfolgen dürfe. Außerdem antwortete er auf die Frage, ob „Sie Ihr Gedicht extra so stereotyp und, ja, fast ein wenig schlampig gehalten“ haben, „um klarzumachen, dass es Ihnen nicht um die Beleidigung Erdogans, sondern um eine juristische Grenzauslotung ging“ ohne jegliche Einschränkung mit „Vollkommen korrekt“. Auch auf die folgende mit „Ihr Gedicht“ eingeleitete Frage negierte er seine Verantwortlichkeit für das „Gedicht“ nicht. Ferner erklärte er in dem Interview, „Ich habe einen rumpeligen, aber komplexen Witz gemacht“ und hat von „mein kleiner Pupswitz“ gesprochen. Schließlich verwies er in dem Interview darauf, dass das Gedicht „nur ein Teil der Nummer“ sei und nicht außerhalb des Kontextes betrachtet werden dürfe.

6. Es besteht auch kein hinreichender Tatverdacht wegen des Vorwurfs der Volksverhetzung gem. § 130 StGB.

Zunächst beanspruchen die oben dargelegten verfassungsrechtlichen Vorgaben zur Ermittlung des Inhalts einer Äußerung, zur Beurteilung mehrdeutiger Äußerungen und zur Frage der Abwägung der betroffenen Belange grundsätzlich auch im Spannungsfeld zwischen dieser Strafnorm und der Meinungsfreiheit Geltung (vgl. näher *Schäfer*, in: *MüKo-StG*, 2. Aufl. (2012), Rn. 110 f. zu § 130).

Im Übrigen richtete sich die Darbietung des Beschuldigten weder gegen das türkische Volk, die Türken in Deutschland oder Muslime, noch gegen den Antragsteller wegen seiner Zugehörigkeit zu einer der in § 130 StGB genannten Gruppen. Das Gegenteil ist jedenfalls nicht erweislich. Denn während der Darbietung wandte der Beschuldigte sich mehrfach ausdrücklich an den Antragsteller, und zwar in Bezug auf seine Reaktion auf den „extra 3“-Beitrag und die Grenzziehung zur „Schmähkritik“. Hieraus folgt, dass er den türkischen Staatspräsidenten nicht wegen seiner Zugehörigkeit zu einer Nation oder religiösen Gruppe, sondern allein wegen seiner Haltung zu den Grundfreiheiten aus Art. 5 GG bzw. seinem Vorgehen nach dem „extra 3“-Beitrag kritisierte. Das ergibt sich nicht nur aus dem ausdrücklich an die Reaktion auf den „extra 3“-Beitrag anknüpfenden Gesamtkontext, sondern auch aus ausdrücklichen Erklärungen:

... „Was die Kollegen [...] da gemacht haben, also inhaltlich humorvoll mit dem umgegangen sind, was Sie da quasi politisch unten tun, Herr Erdogan, das ist in Deutschland, in Europa gedeckt von der Kunstfreiheit, von der Pressefreiheit, von der Meinungsfreiheit [...]

Artikel 5 unseres Grundgesetzes, unserer tollen Verfassung. Das darf man hier. Da [...] können Sie nicht einfach sagen, die Bundesregierung soll die Satire zurückziehen [...]“.

Zudem ist nicht ersichtlich, dass der Beschuldigte den Vorsatz hatte, im Sinne des § 130 StGB gegen eine dort bezeichnete Person oder Personenmehrheit zum Hass aufzustacheln, zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen aufzufordern oder die Menschenwürde anderer durch Beschimpfen, böswilliges Verächtlichmachen oder Verleumdung einer der in § 130 StGB genannten Personen oder Personenmehrheiten anzugreifen.

BUCHBESPRECHUNGEN

Schnitzer: Der Entwurf eines Verbandsstrafgesetzbuches: Rechtspolitische Illusion oder zukünftige Rechtswirklichkeit?

*von Dr. Sibylle von Coelln**

2016, Peter Lang Verlag, Frankfurt a.M. u.a., ISBN 9783653953534, S. 313, 57,90 Euro

I. Einleitung

Die hier näher untersuchte Monographie wurde im Jahr 2015 von der Universität Passau als Dissertation angenommen. Sie befasst sich mit der Idee der Einführung eines genuinen Unternehmensstrafrechts in Deutschland. Dabei stellt die Verfasserin der Schrift zunächst die historische Entwicklung der Verbandsstrafe – insbesondere in Deutschland und dessen EU-Nachbarländern – voran, setzt sich im Anschluss mit den wesentlichen Argumenten gegen ein Unternehmensstrafrecht auseinander und analysiert schließlich im Hauptteil ihrer Arbeit die materiellrechtlichen Vorschriften des nordrhein-westfälischen Entwurfs eines Verbandsstrafgesetzbuches (im Folgenden: VerbStrG-E). Die Arbeit schließt mit einem ausgewogenen Fazit.

Das Thema der Arbeit ist hochaktuell, der konkrete Gesetzesentwurf bietet – wie der mit dem Thema vertraute Leser weiß – reichlich Diskussionsstoff. Der mit dem Thema weniger vertraute Leser ahnt es bei einem Blick in das umfangreiche Literaturverzeichnis des Buches.

II. Der rechtsgeschichtliche Teil des Werkes

Der rechtsgeschichtliche Einleitungsteil gibt in aller Kürze und zur Vorbereitung des grundlegenden Verständnisses der mit einem Verbandsstrafgesetzbuch verbundenen Fragen einen guten Überblick darüber, wie in Europa die seit dem Mittelalter in allen historischen Phasen immer wieder neu gestellte Frage nach der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Verbänden beantwortet wurde. Entscheidend für die jeweilige Handhabung sei die gesamtgesellschaftliche und allgemeine juristische Entwicklung gewesen: So sei man in Zeiten, in denen die Durchsetzung der Reichsgewalt gegenüber untergeordneten Körperschaften ein wesentliches Ziel der Rechtsordnung darstellte, naturgemäß zu anderen Ergebnissen gekommen als im Zeitalter der Aufklärung, in der das Individuum im Vordergrund stand.

Mit Blick auf den Schwerpunkt der weiteren Arbeit setzt sich die Verfasserin mit zwei Entscheidungen deutscher Gerichte – einmal des Bundesverfassungsgerichts sowie

einmal des Bundesverwaltungsgerichts – auseinander, die beide belegten, dass eine Strafbarkeit juristischer Personen auch in Deutschland nicht a priori ausgeschlossen sei. Der Verfasserin gelingt es mit dieser Einleitung, auch den Leser abzuholen, der sich mit dem Thema rechtsgeschichtlich noch gar nicht befasst hat.

III. Die Auseinandersetzung mit den Argumenten der Gegner eines Unternehmensstrafrechts

Im zweiten Kapitel befasst sich die Autorin mit den gegen ein genuines Unternehmensstrafrecht als solchem vorgebrachten Argumenten – losgelöst von den im folgenden Kapitel zu behandelnden konkreten Vorschlägen zu dessen Einführung. Die hier von ihr zitierten Wissenschaftler sehen bereits das Ob eines Unternehmensstrafrechts grundsätzlich kritisch, befassen sich folglich also weniger bis gar nicht mit der Frage, wie ein solches gestaltet werden könnte oder müsste, um rechtlich zulässig zu sein.

Die Argumente, die die Verfasserin an dieser Stelle referiert, wurden und werden in der Diskussion um ein Unternehmensstrafrecht immer wieder vorgetragen. Durch die Zusammenfassung erhält der Leser einen guten Eindruck von den gegen ein „echtes“ Unternehmensstrafrecht ins Feld geführten Aspekten. Genannt seien hier insbesondere die „fehlende Straffähigkeit“ von Unternehmen, die „Gefahr eines Verstoßes gegen das Doppelbestrafungsverbot“ sowie das Risiko der „Bestrafung Unschuldiger“. Zudem befasst sich die Autorin mit der rechtspolitisch geprägten Einschätzung, das bestehende Ordnungswidrigkeitenrecht reiche zur Verfolgung von Wirtschaftskriminalität aus bzw. für ein Unternehmensstrafrecht bestehe wegen der rückläufigen Wirtschaftskriminalität gar kein rechtliches Bedürfnis.

Das Fazit der Verfasser lautet an dieser Stelle: Die Einführung einer Verbandsstrafe könne zwar „nicht bedenkenlos“ erfolgen, allerdings sei es „im Hinblick auf die Häufigkeit von strafrechtlichen Modellen angemessen“, sich einem entsprechenden Modell auch in Deutschland „nicht völlig zu verschließen“. Die Autorin gibt sich hier – insbesondere hinsichtlich der Frage der Ausgestaltung – noch bewusst offen und behält sich weitere Stellungnahmen für den Hauptteil ihrer Arbeit vor.

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

IV. Die Analyse des NRW-Entwurfes

Der Hauptteil ist dem Aufbau des NRW-Entwurfes zu einem Verbandsstrafgesetzbuch nachgebildet: Die Verfasserin untersucht zunächst § 1 VerbStrGE, befasst sich anschließend unter einem jeweils eigenen Gliederungspunkt mit den Folgeparagraphen des Entwurfes und schließt konsequent mit der Analyse von § 5 VerbStrGE.

In den einzelnen Abschnitten zitiert die Verfasserin – erwartungsgemäß – viele Literaturstimmen, die sich zum Zeitpunkt der Abfassung der hier näher beleuchteten Dissertation dem Thema „Verbandsstrafgesetzbuch“ gewidmet haben. Auf diese Weise erhält der Leser auch hier einen sehr guten Überblick über den zum Zeitpunkt der Bearbeitung aktuellen Stand der Diskussion. Die echte inhaltliche Analyse der Vorschriften, die eventuell durch eigene Ideen geprägt ist, gerät an einigen Stellen recht kurz. Die Rezeption der Stofffülle wird dem Leser leider zudem dadurch erschwert, dass den vielen Stellungnahmen keine eigenen Absätze oder gar eigene Gliederungspunkte gewidmet sind und dass sich viele inhaltliche, für das Verständnis bedeutsame Verweise auf hintere Teile der Arbeit finden.

Im Folgenden kann aufgrund des vorgegebenen Rahmens dieser Rezension nur auf einzelne inhaltliche Aspekte der Arbeit eingegangen werden:

1. Die Ausführungen zum Anwendungsbereich des VerbstrG-E

a) Der persönliche Anwendungsbereich

Im Zusammenhang mit § 1 VerbStrG-E diskutiert die Verfasserin, ob der Gesetzesentwurf ausweislich seines legal definierten persönlichen Anwendungsbereiches überhaupt dem Anspruch genügen könne, ein „Unternehmensstrafrecht“ einzuführen, da die Vorschrift den Unternehmensträger in den Mittelpunkt der strafrechtlichen Verantwortlichkeit stelle. Nach einem Vorschlag, wie der Begriff des „Unternehmens“ in § 1 Abs. 1 VerbStrG-E zu definieren wäre, lehnt sie eine solche Änderung des aktuellen Gesetzesentwurfes jedoch unter Hinweis auf die zu erwartende größere Rechtsunsicherheit ab, die aus diesem Begriff resultieren könnte.

Im weiteren Verlauf des Kapitels untersucht die Verfasserin die Anwendbarkeit des Gesetzesentwurfes auf Vorgesellschaften, fehlerhafte Gesellschaften und Gesellschaften in Liquidation, auf juristische Personen des öffentlichen Rechts sowie auf nicht rechtsfähige Vereine. Letztere sollten nach Auffassung der Autorin nicht in den Anwendungsbereich eines Verbandsstrafgesetzbuches fallen, da insbesondere „ehrenamtlich organisierte Vereine“ aufgrund „anderer Struktur nicht den gleichen Nährboden für eine kriminelle Verbandsattitüde“ böten wie große Wirtschaftsunternehmen. An dieser Stelle hätte es dem Leser geholfen zu erfahren, was genau die Verfasserin unter einer „kriminellen Verbandsattitüde“ versteht und was der „Nährboden“ einer solchen ist. Nur bei einem Verständnis dieser beiden Begriffe kann man sich inhaltlich

mit der zuvor zitierten These der Verfasserin auseinandersetzen.

Zudem spricht nach Auffassung der Autorin gegen eine Einbeziehung nicht rechtsfähiger Vereine in den Anwendungsbereich eines Verbandsstrafgesetzbuches, dass ehrenamtlich organisierten Vereinen (auch angemessene?) Compliance-Maßnahmen nicht zugemutet werden könnten und dass die angedachten Strafen und Maßregeln ihnen gegenüber (offenbar unabhängig von Strafzumessungserwägungen im Einzelfall, also per se) unverhältnismäßig wären. Eine Einschränkung des Anwendungsbereiches für kleine und mittlere Unternehmen hingegen lehnt sie ab.

b) Der sachliche Anwendungsbereich

Die Untersuchung des sachlichen Anwendungsbereiches leitet die Verfasserin mit einer Analyse des Begriffs der „verbandsbezogenen Zuwiderhandlung“ ein und fragt berechtigterweise nach dessen Voraussetzungen. Zudem kritisiert sie den Generalverweis auf die Vorschriften des StGB und präferiert stattdessen aus nachvollziehbaren Gründen die Aufnahme eines Deliktskatalogs in das Verbandsstrafgesetzbuch. Die Diskussion um den Inhalt eines Deliktskatalogs wirft zwar teilweise Fragen auf (Stellt eine Religionsgemeinschaft wirklich eine „untypische Organisation“ dar? „Befasst“ sich eine solche „systematisch mit dem sexuellen Missbrauch von Kindern“?). Dass ein solcher Katalog das Risiko von Regelungslücken birgt, konstatiert die Verfasserin aber zu Recht.

2. Die Untersuchung des § 2 VerbStrG-E („Verbandsstraftaten“)

a) Zur Begründung der Handlungsfähigkeit von Verbänden

Im Abschnitt B ihres Hauptkapitels befasst sich die Arbeit mit der für die strafrechtliche Zurechnung grundlegenden Frage nach der strafrechtlichen Handlungsfähigkeit von Verbänden. Die Verfasserin kritisiert eingangs, dass die Entwurfsbegründung zum VerbStrG-E sowohl mit einer vom Individuum abgeleiteten als auch mit einer eigenständigen strafrechtlichen Handlungsfähigkeit argumentiere, im Entwurf jedoch nicht eindeutig erkennbar sei, von welcher Konstruktion der vorgeschlagene Gesetzestext tatsächlich ausgehe. Diese Frage bleibt leider bis zuletzt offen.

b) Die Frage der Schuldfähigkeit von Verbänden

Die weiteren für das Verbandsstrafrecht wesentlichen Grundlagen betreffen die Schuldfähigkeit von Verbänden. Die Modelle reichen vom Schuldgrundsatz bei natürlichen Personen, über die Verbandsschuld kraft Zurechnung bis hin zur originären Verbandsschuld sowie zu den Lösungsmodellen, die „auf das Erfordernis der Schuld verzichten“. Im Entwurf werde ausweislich der Begründung von einer „originären Verbandsschuld“ ausgegangen, wobei es sich nach Auffassung der Autorin eher um eine verdeckte Zurechnung der Schuld der hinter dem Verband

stehenden natürlichen Personen handelt (zugleich konstatiert sie allerdings auf S. 137 bei ihren Überlegungen zu § 2 Abs. 4 VerbStrG-E, dass aus ihrer Sicht in § 2 Abs. 1 und 2 VerbStrG-E auf das Erfordernis der Schuld zur Bestrafung gänzlich verzichtet worden sei). Die Verfasserin kommt zu dem Ergebnis, dass „eine Zurechnung des strafbaren Verhaltens in gewisser Weise durch den Gedanken der Identifikation möglich ist“, ohne dies freilich näher zu erläutern. Die Verbandsschuld könne – auch dies lässt Fragen offen – nur „unter Zuhilfenahme einer Fehlentwicklung in der Organisation konstruiert werden“.

c) Weitere Überlegungen zum Regelungsinhalt des § 2 VerbStrG

Im weiteren Verlauf der Arbeit befasst sich die Autorin mit den übrigen Themen, die der vorgeschlagene Paragraph bietet, wie etwa mit der „Zu widerhandlung als objektive Bedingung der Strafbarkeit“ und der „verbandsbezogenen“ Zu widerhandlung sowie mit dem Merkmal „in Wahrnehmung der Angelegenheiten“ des Verbandes, mit dem „Aufsichts- und Überwachungsverschulden“ und schließlich mit der in § 2 Abs. 4 VerbStrG-E geregelten Verhängung einer Verbandssanktion gegen den Rechtsnachfolger. Diese zuletzt genannte Regelung erachtet die Verfasserin als „aufgrund der im Strafrecht geltenden Grundsätze nicht gerechtfertigt“. Sie könne nur eingeführt werden, wenn auf das Erfordernis der Schuld zur Bestrafung verzichtet werde. Der Frage, ob bspw. § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO und die Haftung des steuerlichen Nachfolgers für die Diskussion fruchtbar gemacht werden könnten, geht sie nicht nach. Der wohl einzige Unterschied zum vorgeschlagenen Modell dürfte indes darin bestehen, dass sich der Rechtsnachfolger im Steuerstrafrecht über § 153 AO von den strafrechtlichen Folgen durch die Abgabe einer steuerlichen Berichtigungserklärung befreien kann. Es hätte also – insoweit ist der Verfasserin wieder zuzustimmen – näher gelegen, z.B. eine entsprechende Befreiungsmöglichkeit auch für ein potentiell Verbandsstrafgesetzbuch zu fordern.

Die von der Verfasserin vorgeschlagene Formulierung für § 2 Abs. 4 VerbStrG-E stellt freilich dennoch einen Gewinn dar: Sie präzisiert, auf wessen Kenntnis es bei der Frage der strafrechtlichen Haftung des Rechtsnachfolgers ankommen soll. Entsprechendes gilt für ihre Überlegungen zu den Auslandstaten und das damit verbundene Risiko von Doppelbestrafungen.

3. Der Generalverweis des § 3 VerbStrG-E auf den Allgemeinen Teil des StGB

Kritisch sieht die Verfasserin den pauschalen Verweis des § 3 VerbStrG-E auf den Allgemeinen Teil des StGB. Insbesondere werde nicht deutlich, was eine „sinngemäße“ Anwendung sei. Auch hält sie die Vorschrift wegen der Formulierung „soweit sie nicht ausschließlich auf natürliche Personen anwendbar sind“ für zumindest missglückt: Bislang unterfielen dem StGB „aufgrund des geltenden Individualstrafrechts“ ohnehin „ausschließlich natürliche Personen“.

Anschließend überprüft sie ausgewählte Vorschriften des Allgemeinen Teils auf ihre Anwendbarkeit auf Verbände. Hierbei geht sie besonders intensiv auf die Regelungen zu Täterschaft und Teilnahme (§ 25 StGB), zu den Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen (§§ 32 ff. StGB) und zu den Irrtümern (§§ 16, 17 StGB), auf die Regelung des § 14 StGB sowie auf die Verjährungsvorschriften ein. In ihrer Stellungnahme schlägt die Verfasserin die ergänzende Formulierung vor, dass eine „strafrechtliche Verantwortlichkeit des Verbandes [...] die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Entscheidungsträgers [...]“ ausschließt. Wenngleich die Zurechnung der Schuld des Individualtäters auf den Verband den nachvollziehbaren Hintergrund für diese Überlegung bietet, erscheint sie doch unter verschiedenen, vor allem unter Präventionsgesichtspunkten sehr gewagt: Denn so kann sich die eigentlich handelnde und verantwortliche Person von ihrer strafrechtlichen Haftung befreien und die Verantwortung auf den Verband (und damit auch dessen Mitglieder und Arbeitnehmer) abwälzen. Ob dies die Bereitschaft des Verantwortlichen zur Begehung von Straftaten einschränkt, darf doch bezweifelt werden.

4. Die Verbandssanktionen

Ausgehend von dem in Deutschland derzeit geltenden Sanktionssystem analysiert die Verfasserin im Anschluss die vorgeschlagenen Sanktionen, die gegen einen Verband verhängt werden können. Dabei schlägt sie konkrete Strafzumessungsregeln vor, die dem System des § 46 StGB entlehnt sind und dem Grunde nach zu begrüßen wären. Hierbei wären weitergehende Erläuterungen bzw. Definitionen wünschenswert gewesen. Bei den einzelnen Sanktionen hält die Autorin ebenfalls Nachbesserungen für erforderlich, wie etwa die Einführung eines Mindest- und eines Höchstmaßes für die Höhe eines Tagessatzes bei der Geldstrafe.

Zu Recht kritisiert sie, dass im bisherigen Gesetzesentwurf eine Definition der Begriffe „Ertragslage“ und „Gesamtumsatz“ fehlt sowie dass die in § 6 Abs. 5 VerbStrG-E vorgesehene Möglichkeit der „Schätzung der Ertragslage“ wenig praktikabel sein dürfte.

Des Weiteren untersucht sie die Auswirkungen des neben der Verbandsgeldstrafe möglicherweise angeordneten Verfalls auf einen Verband und moniert, dass sich im Entwurf keine Regelung findet, wie sich eine Sanktion nach dem VerbStrG-E zu einer Geldbuße nach §§ 30, 130 OWiG verhält. Ihrem ergänzenden Formulierungsvorschlag, dass bei der Verhängung einer Verbandsgeldstrafe die Verhängung einer Geldbuße nach § 30 OWiG ausgeschlossen ist, ist mit Nachdruck zuzustimmen.

Kritisch zu betrachten ist hingegen die erneute, noch weitergehende von der Autorin befürwortete Freizeichnung des Individualtäters: Sie schlägt die Ergänzung des bisherigen § 6 VerbStrG-E um einen Abs. 8 vor, demzufolge bei der Verhängung einer Geldstrafe ein Regress auf den Entscheidungsträger und tauglichen Täter einer verbandsbezogenen Zu widerhandlung ausgeschlossen sein soll. Damit geht nach ihrem Konzept der „eigentliche“ Täter

nicht nur straffrei aus, sondern muss auch keinen finanziellen Rückgriff des Verbandes befürchten. Die natürliche Person solchermaßen zu entlasten, kann – unabhängig davon, wie man zu der Frage des Regresses steht – nicht Sinn und Zweck der Einführung eines Unternehmensstrafrechts sein.

Im Anschluss analysiert die Verfasserin die übrigen potentiellen Rechtsfolgen für den Verband, die der Entwurf bislang vorsieht. Der mögliche Ausschluss von Subventionen und die Verbandsauflösung dürften nach ihrer Auffassung nur als Strafen normiert werden, nicht hingegen als Maßregeln. Zudem müssten für den Ausschluss von Subventionen die „Strukturen und Gewohnheiten“ im Verband „die Begehung weiterer Straftaten vermuten lassen“. Die Autorin zieht zudem aus nachvollziehbaren Erwägungen in Zweifel, dass den Strafgerichten ohne weiteres die Kompetenz für die Anordnung des Ausschlusses von Subventionen übertragen werden könne. Vielmehr müsse diese Kompetenzänderung gesetzlich geregelt werden. Für die Auflösung des Verbandes ist es nach ihrer Überzeugung schließlich erforderlich, dass „Zweck und Tätigkeit“ des Verbandes „darauf gerichtet“ sind, Straftaten zu begehen. An dieser Stelle wäre ein Beispiel für einen derart organisierten Verband sicherlich hilfreich gewesen.

Schließlich sollte, wie die Verfasserin überzeugend anmerkt, eine weitere Strafe neben der Verbandsauflösung gegen den Verband nicht verhängt werden können.

5. Zu der vorgesehenen Möglichkeit, von einer Bestrafung des Verbandes abzusehen

Die von § 5 VerbStrG-E vorgesehenen Konstellationen, in denen ein Gericht von der Verhängung einer Verbandsanktion absehen kann, befürwortet die Verfasserin dem Grunde nach. Sie konstatiert freilich zu Recht, dass es – wie bislang vom Wortlaut des Entwurfes vorgesehen – nicht sachgerecht wäre, Verbände, bei denen bereits ein Compliance-Management-System besteht, im Hinblick auf § 5 VerbStrG-E schlechter zu stellen als Verbände, die erst nach der Verbandsstraftat ein solches installieren. Auch die Erstgenannten sollten in den Genuss der Rechtsfolgen des § 5 VerbStrG-E kommen. Dies solle jedenfalls dann gelten, wenn die Aufklärung der Tat ergebe, dass es sich bei dieser nur um einen (letztlich durch kein Regelsystem zu verhindernden) Ausreißer handle, der Verband im Übrigen aber regelgerecht organisiert sei. Für den „bedeutenden Schaden“ i.S.d. § 5 Abs. 1 VerbStrG-E schlägt

die Autorin eine Definition vor, um diesen unbestimmten Begriff zu konkretisieren.

Mit Blick auf § 5 Abs. 2 VerbStrG-E hebt die Verfasserin berechtigterweise hervor, dass interne Ermittlungen per se Schwierigkeiten bergen, da sie insbesondere den Mitarbeiter, der im Rahmen solcher Ermittlungen befragt wird, vor innere Konflikte stellen: Sagt er aus, belastet er sich möglicherweise selbst, wobei diese Selbstbelastung im Strafverfahren gegen ihn verwendet werden kann. Sagt er nicht (oder falsch) aus, verstößt er womöglich gegen arbeitsrechtliche (interne) Vorschriften. Der Formulierungsvorschlag der Verfasserin, mit dem sie diesem Problem abzuhelpen versucht, zielt in die richtige Richtung. Es hätte sich jedoch angeboten, auf die Voraussetzungen für eine mögliche Verweisung auf die §§ 136, 136 a (sowie § 163a Abs. 3!) StPO sowie die dort normierten Vorgaben näher einzugehen. Auf diese Vorschriften kann schließlich wegen der dort vorausgesetzten „Vernehmung“ durch einen Richter oder Staatsanwalt (bzw. Ermittlungsbeamten) ggf. nur sinngemäß Bezug genommen werden.

V. Ergebnis der Verfasserin

In Kapitel 4 schließlich präsentiert die Verfasserin unter Zusammenfassung ihrer wesentlichen Thesen das Ergebnis ihrer Arbeit: Die Einführung eines Verbandsstrafgesetzbuches sei rechtlich möglich und de facto allein in das rechtspolitische Ermessen des Gesetzgebers gestellt. Der vorgelegte Entwurf müsse freilich nachgebessert werden. Damit beantwortet sie die mit dem Titel ihrer Arbeit aufgeworfene Frage dahin, dass es sich nicht um pure Illusion handelt, sondern um einen Entwurf, der rechtlich durchaus umzusetzen wäre.

VI. Fazit

In dem Buch werden, wie es der Titel verspricht, die materiell-rechtlichen Vorschriften des VerbStrG-E untersucht, bewertet und um zum größten Teil eigene Formulierungsvorschläge ergänzt. Damit werden vielfältige Anstöße für weitere Diskussionen geliefert. Die zum Thema vorhandene – jedenfalls aktuellere – Literatur hat die Verfasserin, soweit ersichtlich, vollständig erfasst und gründlich ausgewertet. Dies hat sich in vielen Fußnoten (1305) niedergeschlagen. Der Mehrwert für den Leser besteht daher auch darin, einen umfassenden Überblick über die zum jeweiligen Themenbereich vorhandene Literatur zu erhalten.

Maren Beck: Die DNA-Analyse im Strafverfahren. De lege lata et de lege ferenda

*von Prof. Dr. Michael Jasch**

Nomos-Verlag, Baden-Baden 2015, ISBN: 978-3848727063, S. 375, Euro 98.-.

Seit nunmehr 20 Jahren ist die Analyse und Verwertung menschlicher DNA-Spuren im deutschen Strafprozessrecht schon geregelt. Doch die Kontroversen um die rechtliche Ausgestaltung dieser strafprozessualen Maßnahme reißen nicht ab. Das ist verständlich und hat seine Gründe. Denn einerseits wird der Auswertung von DNA ein extrem hoher kriminalistischer Beweiswert zugesprochen, andererseits besteht gerade deshalb die Gefahr der Fehlinterpretation aufgefundener Spuren. Zudem zählen die Informationen im Trägermaterial des individuellen Erbgutes zu den persönlichsten und sensibelsten Daten, über die eine Person verfügt. Nicht nur bei staatlichen Strafverfolgern, sondern auch bei Versicherungen und Unternehmen der Privatwirtschaft stoßen diese Daten auf ein großes Interesse. In diesem Spannungsfeld zwischen dem staatlichen Strafverfolgungsinteresse, den elementaren Grundrechten der Betroffenen und den Missbrauchsgefahren wird das Auffinden der verfassungsrechtlich optimalen Regelung durch kriminalpolitische Begehrlichkeiten nicht gerade vereinfacht: Von der Idee einer Totalerfassung eines Teiles der Bevölkerung bis zu der Mahnung zu einem möglichst restriktiven Umgang mit der DNA reicht hier das Spektrum der teilweise populistischen Forderungen.

Zu einer Versachlichung dieser Debatte beizutragen gehört zu den zentralen Zielen der Münsteraner Dissertation von Maren Beck. Dem sehr generell und sachlich formulierten Titel „Die DNA-Analyse im Strafverfahren. De lege lata et de lege ferenda“ wird die Arbeit vollkommen gerecht: Die Verfasserin unterzieht sämtliche Regelungen sowohl der DNA-Analyse in gegenwärtigen als auch für künftige Strafverfahren, der Speicherung dieser Daten sowie des genetischen Massentests einer eingehenden dogmatischen Analyse. Sich auf die verfahrensrechtliche Perspektive zu beschränken reicht ihr aus gutem Grund jedoch nicht aus. Gerade die Unkenntnis über die Möglichkeiten und Techniken der Molekulargenetik führe heute zu unklaren oder fehlerhaften Positionen hinsichtlich der rechtlichen Ausgestaltung dieser Ermittlungsmethode im Strafverfahren, meint die Autorin. Nur eine interdisziplinäre Perspektive könne daher zu einer sachlich fundierten Auseinandersetzung mit den relevanten Normen der StPO beitragen. Daher bedient sie sich einiger Arbeiten auf dem Gebiet der Molekulargenetik und zusätzlicher Informationen, die sie in einem Expertengespräch mit einer forensischen Naturwissenschaftlerin erhalten konnte, um diese

für eine Kritik der geltenden Rechtslage fruchtbar zu machen.

Gerade diese Auseinandersetzung mit dem aktuellen Stand der molekulargenetischen Forschung führt die Verfasserin dazu, der Rechtsprechung und überwiegenden Rechtslehre in einem zentralen Punkt zu widersprechen: Die tradierte Unterscheidung zwischen codierenden und nicht-codierenden DNA-Abschnitten als entscheidende Grenze für die strafprozessuale Verwertbarkeit einer Beweiserhebung könne künftig nicht mehr aufrechterhalten werden, meint Maren Beck. Gestützt auf aktuelle Forschungsergebnisse im Bereich der Molekulargenetik legt die Verfasserin dar, dass heute auch bestimmte nicht-codierende Bereiche der DNA keinesfalls bloße „Junk-DNA“ darstellen. Vielmehr würden bei Betrachtung des TH01-Markers etwa deutliche Zusammenhänge zwischen diesen DNA-Bereichen und dem Risiko eines Menschen für neuropsychiatrische Erkrankungen und einem sehr frühen Herztod in der Fachwelt diskutiert. Auch eine Veranlagung zum plötzlichen Kindstod sei bereits seit 2008 anhand dieses Markers festzustellen, wobei die Verfasserin einräumt, dass dieses Krankheitsbild wohl kaum bei Tatverdächtigen in Ermittlungsverfahren anzutreffen sei. Während also nicht codierenden Bereichen durchaus Informationen entnommen werden könnten, die dem Persönlichkeitskern zuzuordnen sind, seien umgekehrt anhand des codierenden DNA-Bereich auch Merkmale zu erkennen, die die Intimsphäre eines Menschen überhaupt nicht betreffen. So verhalte es sich mit den äußeren Merkmalen einer Person wie der Augen- oder Haarfarbe, die nicht geheim gehalten werden könnten und daher der unantastbaren Intimsphäre nicht zuzuordnen seien.

Die Unterscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 103, 21), das allein die Analyse der codierenden DNA als dem Kernbereich der Person und damit als absolut unzulässigen Eingriff in die grundgesetzlich garantierte Menschenwürde einstuft, sei damit hinfällig. Angesichts der heutigen naturwissenschaftlichen Möglichkeiten wäre es angemessener, diese Unterscheidung aufzugeben und im Hinblick auf den Schutz der betroffenen Personen allein anhand der Sensibilität der jeweils gewonnenen Informationen zu differenzieren. Eine derartige Einzelfallbetrachtung würde die forensische Arbeit künftig jedoch nicht unbedingt einfacher machen.

Hinsichtlich der Untersuchung von aufgefundenem Spurenmaterial spricht sich Beck folglich dafür aus, künftig

* Der Verfasser ist Lehrender an der Polizeiakademie Niedersachsen.

auch äußere Merkmale des Spurenverursachers wie dessen Haar- und Augenfarbe sowie seine ethnische Zugehörigkeit anhand des DNA-Materials bestimmen zu dürfen (S. 340), wie es in den Niederlanden und den USA bereits möglich ist. Konsequenterweise werden auch die potentiell positiven Auswirkungen einer solchen Möglichkeit auf die heikle Problematik der DNA-Reihenuntersuchungen gemäß § 81 h StPO gesehen: Sind erst einmal phänomenologische Merkmale einer gesuchten Person bekannt, so könnte auch der Adressatenkreis und damit die Streubreite einer Reihenuntersuchung von Anfang an deutlich eingegrenzt werden. Eine dadurch verbesserte Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes wäre insbesondere dann wichtig, wenn sich der Gesetzgeber de lege ferenda für eine Abschaffung der Freiwilligkeit einer Teilnahme an derartigen Massenuntersuchungen entscheiden sollte – wofür sich die Verfasserin ausspricht.

Nicht überzeugend ist allerdings die Forderung der Verfasserin nach einer Streichung des Richtervorbehalts (§ 81 f StPO) für molekulargenetische Untersuchungen in laufenden Ermittlungen gemäß § 81 e StPO. Der Gesetzgeber sollte, so meint sie, „de lege ferenda von Schutzvorschriften absehen, die das Verfahren unnötig verlängern und verkomplizieren, aber keinen rechtsstaatlichen Gewinn veranlassen“ (S. 341). Weder die historische Auslegung des Gesetzes noch die Betrachtung der Eingriffintensität oder des Prüfungsumfanges würden die Beteiligung des Richters in diesem Fall erforderlich machen. Den Sorgen in der Bevölkerung über einen potentiellen Eingriff in die Kernbereichsinformationen der Person könne eher mit einer besseren Aufklärung über den Ablauf des Verfahrens und der Untersuchung, insbesondere die Zweckbindungsklausel, begegnet werden. Mit anderen unter dem Richtervorbehalt stehenden Maßnahmen der Strafprozessordnung sei die DNA-Analyse nicht vergleichbar. So würde diese in wesentlich geringerem Maße in die Privatsphäre des Betroffenen eingreifen als etwa die akustische Wohnraumüberwachung. Gleichzeitig will Beck die besondere Eilkompetenz von Staatsanwaltschaft und Polizei mit dem plausiblen Argument streichen, zu einer realen Eilbedürftigkeit der DNA-Analyse könne es praktisch nie kommen, nachdem es bereits zuvor zu einer Entnahme von Körperzellen unter Beachtung der Voraussetzungen des § 81 a StPO gekommen ist. Insgesamt läuft diese Position darauf hinaus, die DNA-Analyse in laufenden Strafverfahren allein einer exekutiven Anordnungs-kompetenz zu unterstellen und damit die in den vergangenen Jahren ohnehin schon deutlich ausgeweitete Verpolizeichung des Ermittlungsverfahrens weiter voran zu treiben. Wenig berücksichtigt wird hier leider die grundsätzliche Bedeutung einer Überwachung des Ermittlungsverfahrens durch einen unabhängigen, nicht von eigenen Ermittlungsinteressen geleiteten Richter, die durchaus einem „rechtsstaatlichen Gewinn“ gleichkommt. Diskutiert werden hätte hier auch, ob der Wegfall des Richtervorbehalts wegen der damit einhergehenden Verfahrenserleichterung nicht zu einer erheblichen Zunahme von Grundrechtseingriffen dieser Art durch Polizei und Staatsanwaltschaft führen würde – und ob dies wünschenswert sein kann.

Anders beurteilt die Verfasserin den Richtervorbehalt bei DNA-Erhebungen für die Zwecke künftiger Strafverfahren gemäß § 81 g StPO. Aufgrund der Speicherung dieses Musters in der Datenbank des Bundeskriminalamtes sei diese Maßnahme als deutlich eingriffsintensiver einzuschätzen und daher am Richtervorbehalt festzuhalten. Reformbedürftig erscheinen der Autorin jedoch unter anderem die sehr weiten Anordnungsvoraussetzungen der Analyse. Insbesondere die Möglichkeit, eine DNA-Speicherung auch bei wiederholt begangenen, aber nur geringfügigen Anlasstaten, die „im Unrechtsgehalt einer Straftat von erheblicher Bedeutung gleichstehen“ (§ 81 Abs. 1 Satz 2 StPO), sollte aus dem Gesetz gestrichen werden da einerseits ein Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz vorliege, andererseits die Gleichstellung von qualitativem Unrecht und quantitativer Deliktsbegehung mit dem System des Straf- und Strafverfahrensrecht nicht vereinbar sei (S. 342). Zudem sei diese umfangreiche Speichermöglichkeit der DNA-Profile von Wiederholungstätern im Bereich der geringfügigen und mittelschweren Kriminalität auch kriminologisch nicht begründbar, stellt Beck zu Recht fest.

Sehr ermittlungsfreundlich positioniert sich Maren Beck in Bezug auf den so genannten DNA-Massentest. Die Reihenuntersuchung gem. § 81 h StPO möchte sie de lege ferenda als Zwangsmaßnahme ausgestalten, da sich nach ihrer Einschätzung die Effektivität dieser Ermittlungsmaßnahme und die Freiwilligkeit einer Teilnahme an ihr gegenseitig ausschließen würden (S. 295). Diese Position ist insofern überraschend, als der Kreis der Tatverdächtigen auch bei freiwilligen Massentests durch diese Maßnahme immerhin erheblich eingeschränkt werden kann und sich in der Ermittlungspraxis bislang stets eine extrem hohe Teilnahmebereitschaft in der Bevölkerung gezeigt hat, sobald die Strafverfolgungsbehörden einen Massentest angekündigt haben. Doch die Verfasserin versucht nachzuweisen, dass eine gesetzliche Verpflichtung zur Teilnahme weder gegen die Unschuldsvermutung noch gegen die Menschenwürde verstößt und überdies mit der Systematik der StPO kompatibel ist. Da die Ermittlungsmaßnahme nach geltendem Recht ohnehin nur bei besonders schweren Verbrechen zulässig ist, sei sie auch als Zwangsmaßnahme mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vereinbar.

Bei der gesetzlichen Regelung von „Beinahetreffern“, bei denen ein DNA-Test auf die Spur eines leiblichen Verwandten des Teilnehmers an einer Reihenuntersuchung führt (dazu: *BGH NSTZ* 2013, 242; *BVerfG* 2 BvR 616/13), spricht sich Beck allerdings klar gegen eine Verwertung dieser Analyseergebnisse aus (S. 343). Darin läge eine bedenkliche Umgehung des Zeugnisverweigerungsrechts von Angehörigen. Zudem sei die Verwertung von lediglich ähnlichen DNA-Profilen auch aus naturwissenschaftlicher Sicht abzulehnen, da hier mit mehr Ungenauigkeiten gearbeitet werden würde. Die Bundesregierung geht mittlerweile in beiden Fragen einen anderen Weg als Beck ihn vorschlägt: Zumindest der im Juni 2016 vorgestellte Referentenentwurf des Justizministeriums für ein Gesetz zur effektiveren Ausgestaltung des Strafverfahrens sieht weiterhin eine Freiwilligkeit des Tests vor, erstreckt

diesen jedoch auf Verwandte gerader Linie sowie in der Seitenlinie bis zum dritten Grad.

Maren Beck hat mit ihrer Studie eine ausgesprochen detailreiche und argumentativ vielschichtige Arbeit über das gesamte Regelungssystem der DNA-Untersuchung vorgelegt. Der von ihr erarbeitete Gesetzesvorschlag skizziert ein gut durchdachtes, wenn auch im Hinblick auf die Ausweitung exekutiver Befugnisse zu weitgehendes System der DNA-Analyse. Die Arbeit ist jedem zu empfehlen, der sich rechtswissenschaftlich mit dieser umstrittenen Ermittlungsmethode auseinandersetzt. Darüber hinaus bietet

insbesondere der naturwissenschaftliche Teil auch allen Praktikern im Bereich der Justiz und der Ermittlungsbehörden einen wertvollen Überblick über die Technik und die aktuellen Möglichkeiten der forensischen DNA-Analyse. Mag man auch mit einigen Positionen, die eine Präferenz für das Strafverfolgungsinteresse gegenüber den Bürgerrechten erkennen lassen, nicht übereinstimmen, so bietet dieses Werk doch einen ausgesprochen wertvollen Fundus an Argumenten und Informationen über den Streitstand und die Problematik der DNA-Analyse für die Zwecke der Strafverfolgung.