2. Jahrgang | 2. Ausgabe | ISSN 2509-6826

2 | 2017

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. Dongyiel Syn PhD
Prof. Dr. Davi Tangerino
Prof. Dr. Sheng-Wei Tsai
Prof. Dr. Merab Turava
Prof. Dr. Dr. h.c. Yener Ünver

ALLGEMEINE BEITRÄGE | 79 – 94

79 | **Überlegungen zu dem Gesetz zur Änderung des IRG vom 5.1.2017**
von Rechtsanwalt und Privatdozent Dr. Peter Rackow

88 | **Die zukünftige Strafbarkeit des Sportwettbetrugs**
von Wiss. Mit. Dr. André Bohn

STELLUNGNAHMEN ZU GESETZENTWÜRFEN | 95 – 123

95 | **Reformvorhaben StPO**
von Rechtsanwalt Dr. Eren Basar

104 | **Stellungnahme zur geplanten Änderung des Schöffenrechts**
von Wiss. Mit. Dr. Oliver Harry Gerson

113 | **Effektive Bekämpfung von Gaffern**
von Prof. Dr. Martin Heger und Wiss. Mit. Michael Jahn, LL.M. (UMN)

119 | **Ausweitung der elektronischen Aufenthaltsüberwachung**
von Dr. Alexander Baur, M.A/B.Sc.

BUCHBESPRECHUNGEN | 124 – 136

124 | ***Oliver Harry Gerson:* Das Recht auf Beschuldigung**
von Prof. Dr. Anja Schiemann

129 | ***Rebekka Popadiuk:* Abrechnungsbetrug im GoÄ-Liquidationsbereich**
von Rechtsanwältin Dr. Kerstin Stirner

132 | ***Nico Herold: Whistleblower***
von Rechtsanwalt Christian Heuking

135 | ***Yvonne Conzelmann:* Notwendigkeit einer Reform des § 238 StGB**
von Prof. Dr. Anja Schiemann

TAGUNGSBERICHT | 137 – 140

137 | **„Hass trifft Helfer“ – Kriminologisches Forum in Mainz**
von Tamara Großmann (M.A.), Prof. Dr. Dr. Hauke Brettel und Dr. phil Matthias Rau

EDITORIAL

Unser zweites Heft in diesem Jahr beginnt mit Überlegungen zu dem Gesetz zur Änderung des IRG vom 5.1.2017. *Rackow* stellt einen neuen Abschnitt im IRG vor (§§ 91a bis 98e IRG), in dem mit Wirkung zum 22.5.2017 die Europäische Ermittlungsanordnung geregelt ist. Im Anschluss beschäftigt sich der Beitrag von *Bohn* mit den Vorschriften zum Sportwettbetrug und zur Manipulation berufssportlicher Wettbewerbe, die zukünftig eine Strafbarkeit begründen werden. Der Bundestag hatte am 9.3.2017 diese Ergänzungen im materiellen Strafrecht beschlossen. *Basar* setzt sich in seinem Aufsatz kritisch mit dem Regierungsentwurf des Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens auseinander. Der Regierungsentwurf bleibt noch einmal deutlich hinter der Ausgestaltung des Referentenentwurfes (Besprechung von *Basar/Schiemann*, KriPoZ 2016, 177) zurück. Der nächste Beitrag von *Gerson* behandelt den Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Strafverfahren und zur Änderung des Schöffenrechts, wobei er sich auf die Änderungen des Schöffenrechts beschränkt. *Gerson* sieht diese Änderungen sehr kritisch. Beispielsweise laufe die Modifikation des Entwurfes der Bundesregierung auf ein „ununterbrochenes" Schöffenamt sowie eine strukturelle Reduktion der Auswahllisten für potentielle Kandidaten hinaus, was insgesamt als wenig nachvollziehbar und kontra-produktiv zu bewerten sei. *Heger/Jahn* stellen in ihrem Aufsatz den Bundesratsentwurf zur effektiven Bekämpfung von sogenannten Gaffern sowie Verbesserung des Persönlichkeitsrechts vor. Während sie die Erweiterung des Anwendungsbereichs des § 201a StGB auf verstorbene Personen begrüßen, kritisieren sie zum Teil § 115 StGB-E. Dieser Paragraf soll die Behinderung von Hilfeleistungen von Feuerwehr, Katastrophenschutz und Rettungsdienst unter Strafe stellen. Abschließend befasst sich *Baur* in seinem Beitrag mit dem Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Ausweitung der elektronischen Aufenthaltsüberwachung auf extremistische Straftäter. Hiernach soll aber nicht nur der Katalog auf staatschützende und terrorismusbekämpfende Vergehen ergänzt, sondern noch andere Ausweitungen vorgenommen werden. Der Autor sieht diesen Entwurf, insbesondere die großzügige Verwendung der mithilfe der EAÜ erhobenen Daten zur Gefahrenabwehr, als kritisch an. Abgerundet wird Heft 2 durch vier Buchbesprechungen und einen Tagungsbericht zur Thematik „Hass trifft Helfer" des Kriminologischen Forums in Mainz.

Im Februar und März (Stand: 24.3.) hat sich kriminalpolitisch wieder eine Menge bewegt. Am 10.2.2017 hat der Bundesrat keine grundlegenden Bedenken am *Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, des Jugendgerichtsgesetzes, der Strafprozessordnung und weiterer Gesetze* (BT-Drs. 18/11272) geäußert. Er regte aber an, eine Klarstellung zum geplanten Wegfall des Richtervorbehalts zur Blutprobenentnahme vorzunehmen. Die Bundesregierung hat ihren Gesetzentwurf am 2.3.2017 in den Bundestag eingebracht, die vorgeschlagenen Änderungen des Bundesrates jedoch überwiegend abgelehnt. Bei der öffentlichen Anhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucher am 22.3. wurde die geplante Regelung zum Fahrverbot als Nebenstrafe überwiegend positiv bewertet. Kontrovers diskutiert wurde allerdings von den Sachverständigen die schon vom Bundesrat kritisierte Regelung zur Blutprobenentnahme.

Über das neustrukturierte *BKA-Gesetz* hat am 17.2.2017 der Bundesrat erstmalig beraten. Innen- und Rechtsausschuss haben datenschutzrechtliche Bedenken angemeldet. Daneben äußerte der Bundesrat am 10.3. finanzielle Bedenken. Der Gesetzentwurf ist vor allem deswegen in den Fokus der Öffentlichkeit gerückt, weil er erstmals auch eine EAÜ für Gefährder vorsieht.

Am 9.3.2017 wurde der Regierungsentwurf *des Gesetzes zum Einsatz sogenannter bodycams* – mobiler, am Körper getragener Videotechnik – durch die Bundespolizei im Bundestagsplenum mit den Stimmen von CDU/CSU und SPD gegen die Stimmen der Linken und Bündnis 90/Die Grünen angenommen. In gleichem Stimmenverhältnis wurde auch der Gesetzentwurf zum *Videoüberwachungsverbesserungsgesetz* angenommen, der ein Erweiterung des Videokameraeinsatzes an öffentlichen Plätzen im Bundesdatenschutzgesetz vorsieht.

Am 10.3.2017 in Kraft getreten ist das Gesetz, das die *Cannabis-Therapie für Schwerkranke* ermöglicht. Schwerkranke Patienten können zukünftig getrocknete Cannabisblüten und Cannabisextrakte in kontrollierter Qualität auf ärztliche Verschreibung hin in Apotheken erhalten. Eingerichtet werden soll eine staatliche Cannabisagentur, die den Anbau und Vertrieb koordiniert und kontrolliert.

Am 23.3.2017 wurde der Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des *Europol-Gesetzes* in erster Lesung im Bundestag beraten und danach zur federführenden Beratung an den Innenausschuss überwiesen. Durch den Gesetzentwurf soll der Zugang zu Daten, die bei Europol zum Zweck der operativen Analyse verarbeitet werden, nach dem „Treffer/Kein Treffer-Verfahren" erweitert werden. Bislang erfolgen derartige Abfragen nur durch das deutsche Verbindungsbüro bei Europol. Mit dem Gesetzentwurf soll es der Bundespolizei, dem Zollfahndungsdienst und den Polizeien der Länder ermöglicht werden, selber solche Abfragen vorzunehmen. Der Zugang zu den Daten soll auch auf Daten ausgedehnt werden, „die bei Europol zum Zweck der strategischen und thematischen Analyse" verarbeitet werden. Dazu gehören z.B. Daten zu neuen Vorgehensweisen beim Kreditkartenbetrug oder Daten zu Routen beim Drogenschmuggel.

Am 16.3.2017 hat die Bundesregierung den Gesetzentwurf zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/681 beschlossen, das sog. *Fluggastdatengesetz* (FlugDaG). Der

Entwurf sieht die die Verwendung von Fluggastdatensätzen (Passenger Name Record-Daten) zur Verhütung, Aufdeckung, Ermittlung und Verfolgung von terroristischen Straftaten und schwerer Kriminalität vor. In Zukunft können Fluggastdaten von den zuständigen Behörden in den Mitgliedsstaaten überprüft und unter bestimmten Voraussetzungen auch ausgetauscht werden. Am 23.3.2017 fand die erste Lesung statt. Im Anschluss wurde der Entwurf zur Beratung in die Ausschüsse überwiesen. Die Federführung hat der Innenausschuss übernommen.

Bereits am 22.2.2017 hat die Bundesregierung das Gesetz zur Umsetzung der *Vierten EU-Geldwäscherichtlinie*, zur Ausführung der EU-Geldtransferverordnung und zur Neuorganisation der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen beschlossen. Die Vierte Geldwäscherichtlinie ist von den Mitgliedsstaaten bis zum 26.6.2017 in nationales Recht umzusetzen. Durch das Gesetz sollen künftig die geldwäscherechtlich Verpflichteten über ein angemessenes Risikomanagement verfügen und dadurch ihr jeweiliges Risiko der Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung unter Berücksichtigung ihrer Kundenstruktur und Dienstleistungen selbst prüfen und ggf. Maßnahmen zur Minderung des Risikos treffen. Zudem soll ein elektronisches Transparenzregister eingeführt und Bußgelder für schwerwiegende, wiederholte und systematische Verstöße angehoben werden.

Um die Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken zu verbessern, hat das BMJV im März 2017 einen Referentenentwurf (*Netzwerkdurchsetzungsgesetz* – NetzDG) vorgestellt. Der Entwurf zielt darauf ab, die Hasskriminalität und strafbare Falschnachrichten, sog. Fake News, auf den Plattformen sozialer Netzwerke zu bekämpfen. Sie sollen zu einer umfassenden und zügigen Bearbeitung von Beschwerden gezwungen werden. Dazu setzt der Entwurf auf gesetzliche Compliance-Regeln. Die Betreiber sozialer Netzwerke sind danach verpflichtet, offensichtlich strafbare Inhalte innerhalb von 24 Stunden nach Eingang der Beschwerde zu löschen oder zu sperren, jeden strafbaren Inhalt innerhalb von 7 Tagen nach Eingang der Beschwerde zu löschen oder zu sperren und den Nutzer über jede Entscheidung bezüglich seiner Beschwerde zu informieren. Des Weiteren trifft sie eine gesetzliche Berichtspflicht über den Umgang mit Hasskriminalität, die Pflicht zur Benennung eines inländischen Zustellungsbevollmächtigten und die Entwicklung und Bereitstellung eines wirksamen Beschwerdemanagements, um die zügige Bearbeitung der Beschwerde auch gewährleisten zu können. Verstöße können mit Bußgeldern von bis zu fünf Millionen Euro gegen eine für das Beschwerdeverfahren verantwortliche Person und bis zu 50 Millionen Euro gegen das Unternehmen selber geahndet werden.

Am 9.3.2017 wurde erstmals im Bundestag über den Gesetzentwurf zur Änderung des Strafgesetzbuches debattiert, durch den der Rahmenbeschluss 2008/841/JI zur Bekämpfung der *organisierten Kriminalität* umgesetzt wird. Das Gesetz enthält eine Legaldefinition in § 129 StGB-E zum Begriff der Vereinigung (eine Besprechung findet sich bei *Zöller*, KriPoZ 2017, 26). Der Entwurf wurde zur federführenden Beratung an den Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz überwiesen.

Zum Gesetz zur Stärkung des *Schutzes von Vollstreckungsbeamten und Rettungskräften* fand am 22.3.2017 eine öffentliche Anhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz statt. Der Entwurf sieht vor, die Begehungsform des tätlichen Angriffs auf Vollstreckungsbeamte aus § 113 StGB herauszulösen und in § 114 StGB-E als selbstständigen Straftatbestand zu regeln. Der Strafrahmen soll dabei verschärft werden. In der Anhörung gingen die Meinungen der Sachverständigen darüber auseinander, ob der Gesetzentwurf das adäquate Mittel sei, Einsatzkräfte vor Übergriffen zu schützen.

Das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit ist zum 10.3.2017 in Kraft getreten. Es sieht neue Kompetenzen für die Schwarzarbeitsbekämpfungsbehörden der Länder vor. Ausweispapiere müssen in Zukunft nicht nur der Zollverwaltung, sondern auch den Bediensteten der zuständigen Landesbehörden vorgelegt werden. Die Landesbehörden erhalten außerdem weitere Prüfungsbefugnisse.

Das Gesetz zum sog. *Stalking* ist am 10.3.2017 ebenfalls in Kraft getreten. Der ursprünglich als Erfolgsdelikt ausgestaltete Straftatbestand der Nachstellung wurde in ein potentielles Gefährdungsdelikt umgewandelt. Danach ist für die Tatbestandsverwirklichung ausreichend, dass die Handlung des Täters objektiv geeignet ist, beim Betroffenen eine gravierende eigenständige Beeinträchtigung der Lebensgestaltung herbeizuführen.

Am 16.2.2017 hat der Bundestag erstmals über den Gesetzentwurf zum *Steuerumgehungsbekämpfungsgesetz* beraten. Mit dem Gesetzentwurf will die Bundesregierung Konsequenzen aus den sog. „Panama Papers“ ziehen und gezielt gegen Steuerbetrug über Briefkastenfirmen vorgehen. Der Gesetzentwurf ist zur weiteren Beratung an den federführenden Finanzausschuss weitergeleitet wurden.

Nachdem der Bundesrat bereits einen Gesetzentwurf zur *Streichung des § 103 StGB* – der sog. „Majestätsbeleidigung“ – vorgelegt hatte, hat die Bundesregierung im Februar einen eigenen Entwurf mit dem kurzen Wortlaut „§ 103 StGB wird aufgehoben“ in den Bundestag eingebracht. Nach dem Willen der Bundesregierung soll das Gesetz im Januar 2018 in Kraft treten. *Mitsch* hatte bereits in Heft 2/2016 der KriPoZ zur geplanten Streichung unter dem Titel „§ 103 StGB – Ist das noch Recht oder kann das weg?“ Stellung bezogen.

Die umfassende Reform zur *Vermögensabschöpfung* steht kurz vor ihrem Abschluss. Am 23. März 2017 hat der Bundestag die geänderte Fassung des Gesetzentwurfs mit den Stimmen der Fraktionen CDU/CSU und SPD beschlossen. Nachdem Bundesrat und Rechtsausschuss noch Verbesserungsbedarf gesehen haben, wurden weitere Änderungen am Regierungsentwurf vorgenommen (*Bittmann* hat den Regierungsentwurf in der alten Fassung bereits in KriPoZ 2016, 120 besprochen).

Prof. Dr. Anja Schiemann

ALLGEMEINE BEITRÄGE

Überlegungen zu dem Gesetz zur Änderung des IRG vom 5.1.2017

von Rechtsanwalt und Privatdozent
Dr. Peter Rackow[*]

Abstract
Die Richtlinie 2014/41/EU über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3.4.2014 (im Folgenden RL EEA)[1] *ist durch die Mitgliedsstaaten bis zum 22.5.2017 in nationales Recht umzusetzen. Dieser Verpflichtung ist Deutschland vorfristig bereits in der ersten Woche des Jahres 2017 durch ein „Viertes Gesetz zur Änderung des Gesetzes über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen" vom 5.1.2017*[2] *nachgekommen, welches mit Wirkung zum 22.5.2017 neue Vorschriften der §§ 91a bis 98e in das IRG einfügt. Diese Regelungen bilden einen eigenen Abschnitt über die „Europäische Ermittlungsanordnung". Ein weiteres auf dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung basierendes EU-Rechtsinstrument wird also durch Ergänzung beziehungsweise Erweiterung des IRG umgesetzt.*[3] *Der neue Abschnitt fügt sich dabei auch begrifflich in das Herkömmliche ein: Nicht etwa wird die Terminologie der RL EEA übernommen,*[4] *sondern es wird an dem Begriff des Ersuchens festgehalten, das der ersuchende Staat (in Gestalt einer EEA) an den ersuchten Staat richtet; des Weiteren differenziert das Umsetzungsgesetz in hergebrachter Weise zwischen Zulässigkeitsvoraussetzungen und Bewilligungshindernissen.*[5] *Wesentlich bei alldem ist, dass die Neuerungen nicht etwa nur formal und terminologisch an ein traditionelles Rechtshilfeverständnis anknüpfen, sondern dass, wie zu zeigen sein wird, auch in der Sache die Vorgaben der Richtlinie eher in die gewachsenen Strukturen der kleinen Rechtshilfe einpasst werden, als dass umgekehrt das deutsche Recht der sonstigen Rechtshilfe im Sinne eines Paradigmenwechsels auf ein konsequent praktiziertes Anerkennungsprinzip umgestellt würde.*[6]

I. Die Richtlinie über die Europäische Ermittlungsanordnung

Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung strebt bekanntlich die Überwindung traditioneller Rechtshilfehindernisse zu dem Zweck der Beschleunigung der ihrem Ruf nach „langwierige[n] und ineffizient[en]"[7] Rechtshilfe im herkömmlichen Sinne an. Indes birgt gerade der heterogene Bereich der sonstigen Rechtshilfe besondere Herausforderungen für das Anerkennungsprinzip: Während etwa ein (Europäischer) Haftbefehl als ein in sich vergleichsweise abgeschlossenes (und damit quasi auskoppelbar-exportfähiges) „Produkt" eines nationalen Strafverfahrens verstanden werden kann,[8] stellen sich Ermittlungs- und Beweisgewinnungsmaßnahmen weniger als „Produkte" des Strafprozesses dar, sondern eher als dessen Elemente.[9] Angesichts dessen ist es keine Überraschung, dass im Laufe des Richtliniengebungsverfahrens, welches dann schlussendlich zur RL EEA in ihrer im April 2014 angenommenen Form geführt hat, immer weitere beziehungsweise immer weitergreifende traditionelle Rechtshilfehindernisse in der Gestalt von „Versagungsgründen" Eingang in die Richtlinie gefunden haben:[10] Während der Richtlinienvorschlag in seiner ursprünglichen Form der sogenannten belgischen Initiative[11] – durchaus im Sinne eines konsequent verstandenen Anerkennungsprinzips – nur in sehr geringem Ausmaß Ablehnungsmöglichkeiten vorsah, gelang es (in den Worten der Begründung des IRG-Änderungsgesetzes) im weiteren Verfahrensgang „maßgebliche Verbesserungen am Text der Richtlinie durchzusetzen"[12]. Schlussendlich führe „die tatsächliche Ausgestaltung der RL EEA daher dazu,[13] dass die grenzüberschreitende Beweiserhebung zwischen den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union auch künftig in weiten Teilen den

---

* *Privatdozent Dr. Peter Rackow* ist als Rechtsanwalt in Hannover tätig.

1 ABl. L 130 v. 1.5.2014, S. 1; L 143 v. 9.6.2015, S. 16. Im Folgenden RL EEA.

2 BGBl. I 2017, S. 31 ff.; vgl. dazu den Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 26.9.2016, BT-Drs. 18/9757, sowie den Referentenentwurf BR-Drs. 421/16 vom 12.8.2016.

3 Der Deutsche Richterbund hatte in seiner Stellungnahme aus dem April 2016, Nr. 07/2016 kritisiert, dass mit dem Referentenentwurf eine Chance vergeben werde, nunmehr ein besonderes, in sich geschlossenes Regelwerk der inzwischen diversen in deutsches Recht umgesetzten auf dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung basierenden Rechtsinstrumente zu schaffen.

4 Dort ist, natürlich ganz im Duktus des Anerkennungsprinzips, die Rede vom Anordnungs- und Vollstreckungsstaat beziehungsweise von der Anordnungs- und der Vollstreckungsbehörde.

5 BT-Drs. 18/9757, S. 54 f.; BR-Drs. 421/16, S. 58.

6 Vgl. insow. *Schuster*, StV 2015, 393 (396).

7 KOM(2009) 624 endg., S. 4.

8 Die Haft sichert lediglich das Verfahren, für seinen Ausgang - Verurteilung oder Freispruch - ist sie prinzipiell nicht entscheidend.

9 Vgl. *Roger*, GA 2010, 27 (31); *Ambos*, ZIS 2010, 557, (559); auch *Rackow*, in: Ambos (Hrsg.), Europäisches Strafrecht post-Lissabon, 2011, S. 117 (120).

10 Vgl. insb. *Ambos*, ZIS 2010, 557 (560) dazu, dass durch die Umstellung auf das Anerkennungsprinzip die traditionellen Rechtshilfehindernisse nicht etwa „automatisch" hinfällig werden.

11 ABl. C 165 v. 24.6.2010, S. 22.

12 BT-Drs. 18/9757, S. 19; eingehend zum Richtliniengebungsverfahren *Leonhardt*, Die Europäische Ermittlungsanordnung, 2016, S. 205 ff.

13 Ausführlich zur RL EEA in ihrer endgültigen Fassung *Böse*, ZIS 2014, 152; *Schuster*, StV 2015, 393; *Zimmermann*, ZStW 127 (2015), 143.

bisherigen Regeln der klassischen Rechtshilfe folgt".[14]

II. Der neue IRG-Abschnitt zur EEA

1. Anwendungsbereich - § 91a IRG

§ 91a Abs. 1 IRG stellt klar, dass die Regeln des neuen Abschnitts über die EEA anzuwenden sind, wenn im Bereich der sonstigen Rechtshilfe ein EU-Mitgliedsstaat ein Ersuchen auf die RL EEA stützt.[15] Für diese Fälle lösen die neugeschaffenen Normen also insbesondere das EU-Rh-Übk. ab, wobei man insoweit indes die Ausnahmefälle nach Abs. 2 mit in den Blick nehmen muss:[16] Aus dem Anwendungsbereich der Regelungen des Abschnitts über die EEA ausgenommen sind danach die Gemeinsamen Ermittlungsgruppen, für die weiterhin auf § 93 IRG beziehungsweise auf Art. 13 EU-RhÜbk. zurückgegriffen werden muss, des Weiteren die Fälle grenzüberschreitender Observationen, für die auch in Zukunft Art. 40 SDÜ gilt und schließlich Beschuldigtenvernehmungen per Telefonkonferenz, die weiterhin nur fallweise im Einverständnis mit dem Betroffenen nach den allgemeinen Regeln in Betracht kommen (Nr. 77 RiVASt).[17] § 91a Abs. 3 IRG weist lediglich Beweiszwecken dienende Sicherstellungsmaßnahmen dem Anwendungsbereich der RL EEA beziehungsweise damit den §§ 91a ff. IRG zu. Klargestellt ist damit, dass die Sicherstellung von Vermögensgegenständen zu dem Zweck der Vermögensabschöpfung weiterhin nach den §§ 94 ff. IRG erfolgt.

§ 91a Abs. 4 Nr. 1 IRG vollzieht regelungstechnisch die Integration des neuen Abschnitts in das IRG in der Weise, dass insbesondere die zentralen Vorschriften des fünften Teils über die „Sonstige Rechtshilfe" (§§ 59 - 67a IRG), sowie diejenigen des ersten, sechsten und siebten Teils für weiterhin anwendbar erklärt werden, soweit der Abschnitt über die EEA „keine besonderen Regelungen enthält". Schließlich gelten gem. § 91a Abs. 4 Nr. 2 IRG die hergebrachten Regeln über die sonstige Rechtshilfe, in den Fällen, in denen aus EU-Mitgliedsstaaten stammende Ersuchen *nicht* in Form einer EEA übermittelt werden.[18]

2. Eingehende Ersuchen

§ 91b IRG über die allgemeinen Voraussetzungen der Zulässigkeit und § 91c IRG zu ergänzenden Zulässigkeitsvoraussetzungen für besondere Formen der Rechtshilfe regeln für den Anwendungsbereich der EEA die für eingehende Ersuchen zu beachtenden *Zulässigkeitshindernisse* nicht abschließend. Stattdessen werden sie ergänzt durch ein weiteres *De-facto-Zulässigkeitshindernis* in § 91f IRG, welches Fällen Rechnung tragen soll, in denen die ersuchte Maßnahme nach deutschem Recht nicht vorgesehen ist oder „in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall nicht zur Verfügung stünde".[19] Neben die erwähnten Zulässigkeitshindernisse werden durch § 91e IRG dann auch noch Bewilligungshindernisse gestellt. Dieses Festhalten am Hergebrachten hat nach der Gesetzesbegründung den Hintergrund, dass „§ 59 Abs. 1 IRG den zuständigen Behörden bei der sonstigen Rechtshilfe bisher ein weites Ermessen zugesteht".[20] Die Zurückweisungsgründe der RL EEA sollen also anscheinend deshalb nicht sämtlich in der Form von bindenden Zulässigkeitshindernissen umgesetzt werden, damit man nicht *hinter* den Zustand der von der Kommission im Jahre 2009 in ihrem Grünbuch[21] als „langwierig" und „ineffizient" geschmähten traditionellen Rechtshilfe zurückfällt. Viel trockener als in der zitierten Passage lässt sich das Per-saldo-Scheitern des Anerkennungsprinzips am Prüfstein der Komplexitäten der Beweisrechtshilfe[22] kaum resümieren.

Wie dem auch sei, finden sich nunmehr im Abschnitt über die Europäische Ermittlungsanordnung neben den bindenden Zulässigkeitshindernissen nach §§ 91b und c IRG in § 91e IRG also auch eine Reihe von *Bewilligungshindernissen* und schlussendlich ist auch noch auf die Vorschrift über die *Erledigung des Ersuchens* (§ 91h IRG) aufmerksam zu machen, welche durch ihren ersten Absatz in einer lediglich der Form nach ein wenig unscheinbaren Weise gewährleistet, dass durch eingehende Ersuchen die Richtervorbehalte des deutschen Strafprozessrechts nicht ausgehebelt werden (vgl. II. 2. c).

Im Einzelnen:

a) Zulässigkeitsebene - § 91b und c IRG

aa) Straftaten von erheblicher Bedeutung/Katalogtaten (§ 91b Abs. 1 Nr. 1 IRG)

§ 91b Abs. 1 Nr. 1 IRG macht im Anwendungsbereich der EEA die Vollstreckung eingehender Ersuchen bindend abhängig davon, dass dort, wo die ersuchte Maßnahme nach hiesigem Recht nur für „besonders bezeichnete Straftaten oder Straftaten von einer bestimmten Erheblichkeit" in Betracht kommt, „die dem Ersuchen zugrunde liegende Tat diese Voraussetzung … bei gegebenenfalls sinngemäßer Umstellung des Sachverhalts … erfüllt". Wo dem nicht der Fall ist, wird es also bereits an der Zulässigkeit der ersuchten Rechtshilfe fehlen. § 91b Abs. 1 Nr. 1 IRG nutzt insoweit die den Mitgliedsstaaten nach Art. 11 Abs. 1 lit. h RL EEA gegebene Möglichkeit, eine EEA nicht anzuerkennen beziehungsweise nicht zu vollstrecken, „wenn die Anwendung der in der EEA angegebenen

[14] BT-Drs. 18/9757, S. 19.
[15] A.a.O., S. 55.
[16] BT-Drs. 18/9757, S. 55 f.
[17] Vgl. BT-Drs. 18/9757, S. 56, 62.
[18] Relevant für Ersuchen aus EU-Mitgliedsstaaten, die sich an der EEA nicht beteiligen (Irland und Dänemark, vgl. Erwägungsgründe 44 und 45 der Rl EEA, ABl. L 130 v. 1.5.2014, S. 1, 6), weiterhin für Ersuchen aus denjenigen Staaten, die die Richtlinie (noch) nicht umgesetzt haben und schließlich für solche Ersuchen, die sich auf Maßnahmen beziehen, um die nicht im Wege der EEA ersucht werden kann (vgl. BT-Drs. 18/9757, S. 57).
[19] Vgl. BT-Drs. 18/9757, S. 72 („letztlich ein Versagungsgrund"); in diesem Sinne bereits *Rackow*, in: Kugelmann/Rackow (Hrsg.), Prävention und Repression im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, 2014, S. 117 (128).
[20] BT-Drs. 18/9757, S. 57.
[21] KOM(2009) 624 endg., S. 4.
[22] *Rackow*, in: Ambos (Hrsg.), Europäisches Strafrecht post-Lissabon, 2011, S. 117 (136).

Ermittlungsmaßnahme nach dem Recht des Vollstreckungsstaats auf eine Liste oder Kategorie von Straftaten oder auf Straftaten, die mit einem bestimmten Mindeststrafmaß bedroht sind, beschränkt ist, und die Straftat, die der EEA zugrunde liegt, keine dieser Straftaten ist".

Anwendungsfälle ergeben sich ersichtlich dort, wo das deutsche Recht mit Straftatenkatalogen arbeitet (etwa § 100a Abs. 2 StPO) und weiterhin, wo bestimmte Maßnahmen auf Straftaten von erheblicher Bedeutung beschränkt sind. Nach der Gesetzesbegründung liegen schließlich auch dort Konstellationen eines Erfordernisses von „Straftaten von einer bestimmten Erheblichkeit" i.S. von § 91b Abs. 1 Nr. 1 IRG (Art. 11 Abs. 1 lit. h RL EEA) vor, wo bestimmte Maßnahmen auf Verbrechen beschränkt sind (etwa die DNA-Reihenuntersuchung, § 81h Abs. 1 StPO).[23] Die Gegenausnahme des Art. 11 Abs. 2 RL EEA wirkt sich nicht aus.[24]

Zweifellos ist es nun *in der Sache* begrüßenswert, dass auch in Zukunft im Rahmen des EU-Rechtshilfeverkehrs die Entscheidung des deutschen Gesetzgebers für bestimmte Eingriffsmaßnahmen besonders hohe Hürden vorzusehen, die sich gegebenenfalls im Recht von anderen Staaten nicht wiederfinden, nicht durch eingehende EEA unterlaufen werden kann. Gleichzeitig zeigen sich an § 91b Abs. 1 Nr. 1 IRG, Art. 11 Abs. 1 lit. h RL EEA besonders deutlich, dass dort, wo es an einem hinreichenden Maß an Übereinstimmung zwischen dem Recht des ersuchenden und demjenigen des ersuchten Staates fehlt, eine Formal-Umstellung auf das Anerkennungsprinzip am Status-quo-ante wenig zu ändern vermag.

bb) § 91b Abs. 1 Nr. 2 IRG

§ 91b Abs. 1 Nr. 2 IRG setzt die durch Art. 11 Abs. 1 lit. a RL EEA eröffnete Möglichkeit um, eine eingehende EEA nicht anzuerkennen beziehungsweise zu vollstrecken, wenn „Immunitäten und Vorrechte" entgegenstehen. Die diesbezüglichen Umsetzungsspielräume sind durchaus erheblich: Erwägungsgrund Nr. 20 der RL EEA erklärt explizit, dass die Mitgliedsstaaten die Begriffe Immunitäten und Vorrechte nach ihrem nationalen Recht mit Inhalt füllen müssen, da ein gemeinsames unionsrechtliches Begriffsverständnis fehlt. In der Sache geht es also darum, den rechtskulturell/-soziologisch begründeten Unterschieden der Rechtsordnungen der EU-Mitgliedsstaaten etwa im Bereich der Privilegierung zeugnisverweigerungsberechtigter Berufsgruppen Rechnung zu tragen[25] und das Vertrauen der betreffenden Personen in die Geltung der einschlägigen Regelungen ihres Heimatlandes zu schützen.[26] Nach § 91b Abs. 1 Nr. 2 lit. a IRG greift demnach ein bindendes Zulässigkeitshindernis ein, wenn Zeugnis- beziehungsweise Auskunftsverweigerungsrechte entgegenstehen oder auf diese „Bezug nehmende Vorschriften". Gedacht ist insoweit insbesondere an die §§ 97, 100c Abs. 6 und § 160a StPO, sodass der Schutz von Berufsgeheimnisträgern nicht in den Fällen ausgehebelt wird, in denen im ersuchenden Staat diesbezüglich geringere Anforderungen gelten.

§ 91b Abs. 1 Nr. 2 lit. b IRG gewährleistet im Wege des Verweises auf § 77 Abs. 2 IRG die Geltung der einschlägigen Vorschriften über Immunität, Indemnität und Genehmigungsvorbehalte hinsichtlich Durchsuchungen/Beschlagnahmen in Parlamentsräumen sowie durch ausdrückliche Nennung die diplomatische beziehungsweise konsularische Immunität (§§ 18 - 20 GVG).

cc) § 91b Abs. 2 IRG

Im Unterschied zu § 91b Abs. 1 IRG enthält der zweite Absatz kein Zulässigkeitshindernis, sondern bestimmt stattdessen, dass es der Zulässigkeit eines Ersuchens nicht etwa entgegensteht, wenn im Fall eines eingehenden Ersuchens in einer Steuer-, Abgaben, Zoll- oder Währungssache das deutsche Recht keine dem Recht des ersuchenden Staates gleichartigen Steuer-, etc.-Bestimmungen kennt. Die Regelung bringt nichts Neues. Eine entsprechende Vorschrift findet sich bereits seit Ende der 1970er Jahre in Art. 2 Nr. 2 ZP-EuRhÜbk.

dd) § 91b Abs. 3 IRG

§ 91b Abs. 3 IRG setzt die „Grundrechteklausel" des Art. 11 Abs. 1 lit. f RL EEA um. Dass bei der Erledigung eines Ersuchens der ersuchte Staat die Vorgaben des Art. 6 EUV einzuhalten hat, erscheint an sich als eine Selbstverständlichkeit. Indes ist es angesichts der Unsicherheiten hinsichtlich der Frage, inwieweit der Vollstreckungsstaat über die in einem sekundärrechtlichen Instrument enthaltenen Ablehnungsgründe hinausgehend auf Art. 6 EUV zurückgreifen darf,[27] zu begrüßen, dass „nach zähen Verhandlungen"[28] Art. 11 Abs. 1 lit. f RL EEA in die endgültige Richtlinienfassung eingefügt wurde und eindeutig klarstellt, dass der Vollstreckungsstaat an die europäischen Grundrechte gebunden ist und nicht etwa lediglich im Rahmen der ausdrücklich genannten Ablehnungsgründe die fragliche Maßnahme verweigern darf.

Die Entscheidung, Art. 11 Abs. 1 lit. f RL EEA im Abschnitt über die EEA durch § 91b Abs. 3 IRG umzusetzen und es nicht bei der ansonsten über § 91a Abs. 4 Nr. 1 IRG eingreifenden allgemeinen Vorschrift des § 73 S. 2 IRG

---

23 BT-Drs. 18/9757, S. 58.

24 Art. 11 Abs. 2 RL EEA suspendiert den Versagungsgrund nach Art. 11 Abs. 1 lit. h RL EEA, soweit sich das Ersuchen auf eine der in Art. 10 Abs. 2 RL EEA positiv gelisteten niedrigschwelligen Ermittlungsmaßnahmen bezieht (vgl. u. Fn. 46). Die auf der Positivliste geführten Maßnahmen sind nach deutschen Recht aber nicht „auf eine Liste oder Kategorie von Straftaten oder auf Straftaten, die mit einem bestimmten Mindeststrafmaß bedroht sind, beschränkt". Art. 11 Abs. 2 RL EEA läuft infolgedessen leer.

25 Vgl. bereits *Ambos*, ZIS 2010, 557 (563). Die Unterschiede können erheblich sein. So billigt § 157 östStPO praktischen Ärzten im Unterschied zu § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO kein Aussageverweigerungsrecht zu; dieses und weitere Beispiele bei *Schuster*, StV 2015, 393 (397).

26 *Schuster*, StV 2015, 393 (397).

27 Vgl. insoweit die ausführliche Kritik an den *EuGH*-Entscheidungen Radu (*EuGH*, v. 29.1.2013, Rs. C-396/11, NJW 2013, 1145) und Melloni (*EuGH*, v. 26.2.2013, Rs. C-399/11, NJW 2013, 1215) bei *Ambos/Poschadel*, in: Ambos/König/Rackow, Rechtshilferecht in Strafsachen, 2015, Hauptteil 1 Rn. 70 ff.

28 *Zimmermann*, ZStW 127 (2015), 143 (157).

bewenden zu lassen, soll insoweit eine Verbesserung des Grundrechtsschutzes bringen als bereits „berechtigte Gründe“ die Unzulässigkeit auslösen. Berechtigte Gründe in diesem Sinne, die dem Ersuchen die Zulässigkeit nehmen, sollen bereits dann gegeben sein, wenn die zuständige deutsche Stelle anhand der vorliegenden Informationen nicht auszuräumende plausible Zweifel an der Grundrechtskonformität hegt.[29] Soweit nun bei alldem Art. 11 Abs. 1 lit. f RL EEA wie auch § 91b Abs. 3 IRG den Akzent auf die Vollstreckung beziehungsweise Erledigung zu setzen scheinen,[30] wird man erstens berücksichtigen müssen, dass eine trennscharfe Unterscheidung zwischen der Frage der Grundrechtswidrigkeit der Vollstreckung/Erledigung und derjenigen nach der Grundrechtswidrigkeit der Anordnung/des Ersuchens wohl gar nicht durchhaltbar ist.[31] Denn die Grundrechtswidrigkeit der Vollstreckung/Erledigung einer bestimmten Maßnahme kann sich aus den Umständen der Vollstreckung/Erledigung ergeben, aber eben fallweise auch daraus, dass die Vollstreckung/Erledigung aufgrund Grundrechtswidrigkeit der Anordnung/des Ersuchens von vornherein ungeeignet oder unangemessen ist. Zweitens kommt in den Fällen, in denen die Sachfehlerhaftigkeit der Anordnung/des Ersuchens auf die Vollstreckung/Erledigung „durchschlägt“[32], ein Vorgehen nach § 91f Abs. 2 Nr. 2 i.V. mit Abs. 5 IRG in Betracht (vgl. unten II. 2. a ff).[33]

ee) Verzicht auf die Prüfung der beiderseitige Strafbarkeit (§ 91b Abs. 4 IRG)

§ 91b Abs. 4 IRG modifiziert die praktisch sehr bedeutsamen Vorschriften der §§ 66 Abs. 2 Nr. 1 und 67 Abs. 1 und 2 IRG über die Herausgabe von (Beweis-)Gegenständen beziehungsweise deren Erlangung durch Durchsuchung und Beschlagnahme dahingehend, dass auf die Prüfung der beiderseitigen Strafbarkeit zu verzichten ist, soweit sich ein eingehendes Ersuchen auf eine Tat aus einer der in Anhang D zu Art. 11 der RL EEA aufgeführten Deliktskategorie bezieht und im Höchstmaß mit mindestens drei Jahren Freiheitsstrafe bedroht ist. Hier findet sich eine Regelung des neuen Abschnitts über die Europäische Ermittlungsanordnung, die tatsächlich strukturell dem Anerkennungsprinzip entspricht. Und demgemäß ergibt sich bei § 91b Abs. 4 IRG – wie schon bei anderen mit derartigen Listen operierenden Instrumenten auf Basis des Anerkennungsprinzips – die Situation, dass die Liste notwendigerweise eine Art Ausdruck eines kleinsten gemeinsamen Nenners darstellt. Insoweit mag es zwar durchaus sein, dass sich keine praktischen Probleme bei der Anwendung der Regelung ergeben werden, weil die Zugehörigkeit der Tat zu einer Listenkategorie, auf die sich ein Ersuchen bezieht, von der Definition durch den ersuchenden Staat abhängt und in Zweifelsfällen Rücksprache mit dem ersuchenden Staat genommen werden kann.[34] Nichtsdestotrotz mutet es ein wenig beliebig an, dass (im Unterschied zu der Regelung des Art. 2 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl) im Anwendungsbereich der EEA die Prüfung der beiderseitigen Strafbarkeit beim „Diebstahl in organisierter Form oder mit Waffen“ deshalb weiterhin vorgesehen ist und (erst) beim „Raub in organisierter Form oder mit Waffen“ entfällt, weil dies dem englischen Sprachgebrauch („robbery“) besser entsprechen soll.[35] Wie dem auch sei, wird der in § 91b Abs. 3 IRG angelegte Verzicht auf die Prüfung der beiderseitigen Strafbarkeit durch § 91e Abs. 1 Nr. 3 IRG (auf Bewilligungsebene) für Inlandstaten wieder zurückgenommen. § 91e Abs. 1 Nr. 3 IRG, der das Erfordernis beiderseitiger Strafbarkeit mit dem Territorialitätsprinzip kombiniert, ermöglicht nämlich die Verweigerung der Bewilligung bei Fehlen der beiderseitigen Strafbarkeit auch in den Fällen, in denen § 91b Abs. 3 IRG an sich einen Verzicht auf die Prüfung der beiderseitigen Strafbarkeit vorsieht (näher u. II. 2. b cc).[36]

ff) Fehlen der ersuchten Maßnahme (§ 91f IRG)

Ein etwas versteckt außerhalb der §§ 91b und c IRG geregeltes, wenn man so will: verkapptes Zulässigkeitshindernis findet sich – wie bereits angedeutet – in § 91f IRG[37]. Diese Regelung nutzt den faktischen Versagungsgrund des Art. 10 Abs. 1 i.V. mit Abs. 5 RL EEA und trägt denkbaren Fällen Rechnung, in denen die ersuchte Maßnahme dem deutschen Strafprozess gar nicht bekannt ist[38] oder „in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall nicht zur Verfügung stünde“ (Abs. 2 Nr. 2). Letzteres kann sich nun nach der Gesetzesbegründung etwa daraus ergeben, dass „die erbetene Ermittlungsmaßnahme nur bei Straftaten von gewisser Schwere, nur gegen Personen, gegen die bereits bestimmte Verdachtsmomente bestehen, oder nur mit Zustimmung der betreffenden Personen durchgeführt werden könnten“.[39] § 91f Abs. 2 Nr. 2 IRG muss man insoweit – wie bereits erwähnt – als eine Ergänzung des § 91b Abs. 1 Nr. 1a IRG sehen, die insbesondere Fälle im Auge hat, in denen sich die fragliche Maßnahme mit Blick auf das Gewicht des Vorwurfs beziehungsweise die Verdachtsmomente als unverhältnismäßig darstellt.[40]

Existiert nun in einem derartigen Fall auch „keine andere Ermittlungsmaßnahme, mit der das gleiche Ergebnis erzielt werden kann“, endet das Verfahren gem. § 91f Abs. 6 IRG sang- und klanglos mit der Mitteilung gegen-

29 BT-Drs. 18/9757, S. 60.

30 Art. 11 Abs. 1 lit. f RL EEA („berechtigte Gründe für die Annahme bestehen, dass *die Vollstreckung* einer in der EEA angegebenen Ermittlungsmaßnahme mit den Verpflichtungen des Vollstreckungsstaats nach Artikel 6 EUV und der Charta unvereinbar wäre“); § 91b Abs. 3 IRG („wenn berechtigte Gründe für die Annahme bestehen, dass *die Erledigung* des Ersuchens mit den Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland nach Artikel 6 des Vertrags über die über die Europäische Union und der Charta der Grundrechte der Europäischen Union unvereinbar wäre“), Hervorh. durch den Verf.

31 *Zimmermann*, ZStW 127 (2015), 143 (158) mit Beispielen.

32 *Zimmermann*, a.a.O.

33 BT-Drs. 18/9757, S. 59 u. 72: „Anders als nach dem allgemeinen Zurückweisungsgrund aus Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe f der RL EEA, der mit § 91b Absatz 3 IRG-E umgesetzt wird, lassen sich hier auch Verhältnismäßigkeitsprobleme mit Blick auf die Anordnung der Maßnahme durch den ersuchenden Mitgliedstaat auffangen“.

34 BT-Drs. 18/9757, S. 62.

35 *Zimmermann*, ZStW 127 (2015), 143 (160 f.).

36 BT-Drs. 18/9757, S. 68.

37 Vgl. Nachw. o. in Fn. 19.

38 Die Begründung des Referentenentwurfs nennt insoweit beispielhaft Ersuchen um Online-Durchsuchungen, BT-Drs. 18/9757, S. 72.

39 BT-Drs. 18/9757, S. 72.

40 A.a.O.

über der ersuchenden ausländischen Stelle, dass die erbetene Unterstützung unmöglich ist.[41] Entscheidend ist insoweit folglich, ob das „gleiche Ergebnis" auch anderweitig zu erreichen ist. Dies nun kann nach der Gesetzesfassung nicht bereits dann angenommen werden, wenn die Alternativmaßnahme, was vielfach der Fall sein wird, *irgendwelche* Resultate erwarten lässt;[42] die Gesetzesbegründung bleibt hinsichtlich dieses durchaus neuralgischen Punktes leider etwas vage:[43] „[E]ine Durchsuchung und Beschlagnahme [könne] in geeigneten Fällen durch ein Herausgabeverlangen ersetzt werden." Nun erscheint die Ersetzung einer Durchsuchung/Beschlagnahme durch ein Herausgabeverlangen dort als wenig erfolgsgeeignet, wo klar ist, dass einem Herausgabeverlangen für den Fall, dass der Betroffene diesem nicht nachkommt, keine Durchsuchung/Beschlagnahme nachfolgen wird, weil diese nach Lage der Dinge nicht zur Verfügung steht. Wie auch immer, dürfte es beinahe schon eine Art Understatement darstellen, wenn die Gesetzesbegründung mit Bezug auf § 91f Abs. 2, 6 IRG davon spricht, dass diesen Regelungen „zentrale Bedeutung für das Verfahren nach der RL EEA" zukommen wird.[44]

Im Unterschied zum Referentenentwurf, der einen dritten Absatz des § 91f IRG mit der Klarstellung „Absatz 2 findet keine Anwendung auf Ermittlungsmaßnahmen, die in Artikel 10 Absatz 2 der Richtlinie Europäische Ermittlungsanordnung aufgeführt sind"[45] vorsah, enthält § 91f IRG keinen Hinweis auf die „Positivliste" der RL EEA. Diese enthält eine Reihe von niedrigschwelligen Maßnahmen bezüglich derer der ersuchte Staat sich nicht darauf zurückziehen können soll, dass die ersuchte Maßnahme nach seinem Recht gar nicht vorgesehen ist oder in einem entsprechenden innerstaatlichen Fall nicht zur Verfügung stehen würde.[46] Die Gesetzesbegründung erklärt in diesem Zusammenhang, dass die Positivliste nicht im nationalen Recht umgesetzt werden musste, weil sie zum einen niedrigschwellige Maßnahmen enthält, welche bereits in der Vergangenheit nur in Ausnahmefällen abgelehnt wurden. Zum anderen – und wichtiger noch – konnte auf die Umsetzung verzichtet werden, weil die Positivliste aufgrund des ausschließlichen Bezugs des Art. 10 Abs. 2 RL EEA auf die Fälle des Rückriffs auf andere Ermittlungsmaßnahmen, einer Ablehnung eines Ersuchens nach § 91b Abs. 3 IRG nicht entgegensteht[47]. Exemplarisch: Ein sich im konkreten Fall als unverhältnismäßig darstellendes Ersuchen um Identifizierung des Inhabers eines Telefonanschlusses oder einer IP-Adresse kann zwar aufgrund der Positivlistung dieser Maßnahme nicht nach § 91f IRG abgehandelt werden. Durchaus möglich bleibt aber die Ablehnung nach § 91b Abs. 3 IRG, da § 91b IRG einen Versagungsgrund i.S. des Art. 11 RL EEA darstellt, welchen § 10 Abs. 2 Rl EEA unberührt lässt („Unbeschadet des Art. 11").

gg) Zulässigkeit besonderer Formen der Rechtshilfe (§ 91c IRG)

§ 91c IRG ergänzt die allgemeinen Zulässigkeitshindernisse des § 91b IRG um Zulässigkeitsvoraussetzungen für besondere Formen der Rechtshilfe. Die Vorschrift erfasst heterogene Konstellationen. So macht Abs. 1 die Zulässigkeit eines Ersuchens um audiovisuelle Vernehmung von der Zustimmung der Auskunftsperson abhängig.[48] Abs. 2 behandelt dann Fälle, in denen die Zulässigkeit eines eingehenden Ersuchens nicht nur an den allgemeinen Zulässigkeitshindernissen scheitern kann, sondern für die zudem positiv erforderlich ist, dass i.S. des § 59 Abs. 3 IRG „die Voraussetzungen vorliegen, unter denen deutsche Gerichte oder Behörden einander in entsprechenden Fällen Rechtshilfe leisten könnten". Die Vorschrift stellt für ihren Anwendungsbereich die einschränkungs- beziehungsweise modifikationslose Fortgeltung des § 59 Abs. 3 IRG klar.[49] Dies betrifft zunächst nach Nummer 1 eingehende Ersuchen, die sich auf Maßnahmen nach § 1 Abs. 2 IRG beziehen: Soweit sich ein Ersuchen also nach hiesigem Rechtsverständnis lediglich auf eine *Ordnungswidrigkeit* bezieht, verbleibt es bei dem jetzigen Rechtszustand. Nummer 2 lit. a und b tragen im Rahmen der Art. 26 Abs. 6, 27 Abs. 5 RL EEA dem Umstand Rechnung, dass Auskünfte hinsichtlich Konten beziehungsweise Kontenbewegungen bei „Finanzinstitut(en) außerhalb des Banksektors" gem. § 24c KWG nicht in dem Umfang vorgesehen sind wie bei Kreditinstituten.[50] Entsprechenden Ersuchen darf also nur unter den Voraussetzun-

41 A.a.O., S. 73.

42 Vgl. *Rackow*, in: Kugelmann/Rackow (Hrsg.), Prävention und Repression im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, 2014, S. 117 (129).

43 BT-Drs. 18/9757, S. 71.

44 BT-Drs. 18/9757, S. 72.

45 Referentenentwurf S. 8 u. 74, abrufbar unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_InternationaleRechtshilfeStrafsachen.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 7.3.2017).

46 „Unbeschadet des Art. 11 gilt Abs. 1 nicht für folgende Ermittlungsmaßnahmen, die nach dem Recht des Vollstreckungsstaats stets zur Verfügung stehen müssen:
a) die Erlangung von Informationen oder Beweismitteln, die sich bereits im Besitz der Vollstreckungsbehörde befinden, wenn die Informationen oder Beweismittel nach dem Recht des Vollstreckungsstaats im Rahmen eines Strafverfahrens oder für die Zwecke der EEA hätten erlangt werden können;
b) die Erlangung von Informationen, die in Datenbanken der Polizei oder der Justizbehörden enthalten sind und zu denen die Vollstreckungsbehörde im Rahmen eines Strafverfahrens unmittelbar Zugang hat;
c) die Vernehmung eines Zeugen, eines Sachverständigen, eines Opfers, einer verdächtigen oder beschuldigten Person oder einer dritten Partei im Hoheitsgebiet des Vollstreckungsstaats;
d) eine nicht invasive Ermittlungsmaßnahme nach Maßgabe des Rechts des Vollstreckungsstaats;
e) die Identifizierung von Inhabern eines bestimmten Telefonanschlusses oder einer bestimmten IP-Adresse."

47 BT-Drs. 18/9757, S. 26 f.

48 Näher a.a.O., S. 62.

49 A.a.O., S. 63.

50 A.a.O., S. 63.

gen des § 59 Abs. 3 IRG nachgekommen werden. Gleiches gilt nach lit. c für „Ermittlungsmaßnahmen, die auf eine gewisse Dauer angelegt sind". Lit. aa - dd bezeichnen insoweit drei Typen von Echtzeitmaßnahmen lediglich beispielhaft.[51] § 91c Abs. 3 IRG schließlich erweitert die Möglichkeiten, inländisch inhaftierte Personen für Zwecke eines ausländischen Verfahrens vorübergehend zu überstellen.

hh) Verwendung der nach der RL EEA vorgegebenen Formblätter/Unterlagen (§ 91d IRG)
§ 91d IRG nutzt die diesbezüglichen Umsetzungsspielräume zu einer Regelung, die die Verwendung des Richtlinienformblatts bindend macht. Abs. 3 sieht indes ein Rückspracheverfahren vor, wenn im Falle eines eingehenden Ersuchens das Formblatt „unvollständig oder offensichtlich unrichtig ausgefüllt" worden ist.[52]

b) Bewilligungsebene - § 91e IRG

§ 91e Abs. 1 IRG enthält diverse Bewilligungshindernisse. Zudem kann die Bewilligung nach Abs. 2 *aufgeschoben* werden, wenn die Beeinträchtigung laufender anderer Strafermittlungen droht oder die Beweismittel, auf die sich das Ersuchen bezieht, in anderweitigen Verfahren verwendet werden. Die zweitgenannte Alternative ist insoweit im Vergleich zu der verwandten Vorschrift des § 94 Abs. 3 Nr. 2 IRG weiter gefasst als die anderen Verfahren keine Strafverfahren sein müssen.[53]

Was den zentralen ersten Absatz des § 91e IRG anbelangt, ergibt sich das folgende Bild:

aa) § 91e Abs. 1 Nr. 1 IRG
Abs. 1 Nr. 1 erlaubt die Versagung der Bewilligung, wenn „wesentliche Sicherheitsinteressen des Bundes oder der Länder beeinträchtigt" oder Quellen gefährdet würden oder zur Erledigung des Ersuchens auf geheimdienstliche Verschlusssachen zugegriffen werden müsste. Die Ausgestaltung als Bewilligungs- und nicht als Zulässigkeitshindernis soll eine flexible Handhabung ermöglichen:[54] Beispielsweise könnte ein Ersuchen bewilligt werden, dessen Erledigung zwar einerseits Quellen gefährden würde, andererseits aber zum Schutz hochrangiger Rechtsgüter beitragen kann, etwa des Lebens von Geiseln.

bb) § 91e Abs. 1 Nr. 2 IRG
Abs. 1 Nr. 2 ermöglicht dann die Versagung der Bewilligung, soweit ein Verstoß gegen das Doppelbestrafungsverbot droht. Die Berücksichtigung des Ne-bis-in-idem-Grundsatzes erst auf der Ebene der Bewilligungsentscheidung leuchtet ein, da es in dem typischerweise frühen Verfahrensstadium der Beweisrechtshilfe vielfach noch nicht klar sein wird, ob sich Verfahren auf einen identischen Sachverhalt beziehen.[55]

cc) § 91e Abs. 1 Nr. 3 IRG
Ein in grenzüberschreitenden Sachverhalten potenziell durchaus wirkmächtiges Bewilligungshindernis findet sich dann in § 91e Abs. 1 Nr. 3 IRG. Diese Norm verbindet auf der Basis des Art. 11 Abs. 1 lit. e RL EEA das Territorialitätsprinzip mit dem Erfordernis beiderseitiger Strafbarkeit[56] in der Weise, dass ein Ersuchen abgelehnt werden kann, das sich auf eine Tat bezieht, die im Inland oder außerhalb des Territoriums des ersuchenden Staates an Bord eines deutschen Schiffes oder Flugzeugs (§ 4 StGB) begangen worden ist *und* nach deutschem Recht weder eine Straftat noch auch nur eine Ordnungswidrigkeit darstellt. Der Gesetzgeber will mit § 91e Abs. 1 Nr. 3 IRG dem Vertrauen in die eigene Rechtsordnung sowie dem Interesse an Nichtverfolgung im Ausland Rechnung tragen.[57]

Demgemäß ist es beispielsweise möglich einem auf Durchsuchung/Beschlagnahme wegen einer *Inlandstat* gerichteten Ersuchen, das nicht bereits nach § 91b Abs. 4 IRG abgelehnt werden kann (vgl. oben II. 2. a ee), da die Tat nach dem Verständnis des ersuchenden Staates der Straftatenkategorie „Betrug" nach Spiegelstrich 24 des Anhang D zu Art. 11 RL EEA zugehört, gem. § 91e Abs. 1 Nr. 3 IRG die Bewilligung zu versagen, wenn das dem Ersuchen zugrunde liegende Geschehen nicht einmal bei sinngemäßer Umstellung des Sachverhalts nach deutschem Recht nach § 263 StGB oder irgendeinem anderen Strafgesetz erfassbar ist.[58]

dd) § 91e Abs. 1 Nr. 4 IRG
§ 91a Abs. 1 Nr. 4 IRG betrifft den Fall, dass ein Ersuchen eines Mitgliedsstaates darauf gerichtet ist, einen dort Inhaftierten für Zwecke des in dem ersuchenden Staat geführten Verfahrens vorübergehend ins Inland zu überstellen. Soweit die betroffene Person dem nicht zustimmt, kann die Bewilligung des entsprechenden Ersuchens abgelehnt werden. Es leuchtet ein, für diese Konstellation eine flexible Regelung zu treffen, die eine Ablehnung ermöglicht, wenn der mit der zeitweisen Überstellung verbundene Aufwand und die Belastungen für den Betroffenen in keinem angemessenen Verhältnis zum Ermittlungsnutzen stehen, was etwa der Fall sein wird, wenn die im Inland durchzuführende Ermittlungsmaßnahme die Kooperationsbereitschaft des Betroffenen voraussetzt.[59]

ee) § 91e Abs. 1 Nr. 5 IRG
§ 91a Abs. 1 Nr. 4 IRG setzt die Vorgaben des Art. 29 RL EEA über die Unterstützung bei verdeckten personalen Ermittlungen um. Insoweit sieht Art. 29 Abs. 4

[51] Etwa solche nach den §§ 100c und 100f StPO, BT-Drs. 18/9757, S. 64.
[52] BT-Drs. 18/9757, S. 65 ff.
[53] Es sollen etwa auch Asylverfahren oder Verfahren vor parlamentarischen Untersuchungsausschüssen in Betracht kommen (BT-Drs. 18/9757, S. 70).
[54] BT-Drs. 18/9757, S. 67 f.
[55] A.a.O., S. 68.
[56] Vgl. *Böse*, ZIS 2014, 152 (154).
[57] BT-Drs. 18/9757, S. 68.
[58] Zum Erfordernis beiderseitiger Strafbarkeit vgl. allgemein etwa *Ambos/Poschadel*, in: Ambos/König/Rackow, Rechtshilferecht in Strafsachen, 2015, Hauptteil 1 Rn. 53 ff. sowie *Kubiciel*, in: Ambos/König/Rackow, Rechtshilferecht in Strafsachen, 2015, Hauptteil 2 Rn. 25 ff. zu Einzelheiten der Prüfung der gegenseitigen Strafbarkeit, jew. m.w.N.
[59] BT-Drs. 18/9757, S. 69.

RL EEA – der geübten Praxis gemäß[60] – vor, dass „die genauen Voraussetzungen und die Rechtsstellung der betreffenden Beamten" zwischen dem ersuchenden und dem ersuchten Staat verabredet werden. Art. 29 Abs. 3 lit. b RL EEA ermöglicht es den Mitgliedsstaaten, die Rechtshilfe zu versagen, wenn das Zustandekommen einer dementsprechenden Übereinkunft scheitert. Der Sensibilität und (auch rechtlichen) Komplexität grenzüberschreitender verdeckter personaler Ermittlungen entsprechend, stellt sich die Situation im Ergebnis damit so dar, dass es die zuständigen inländischen Behörden in der Hand haben, die Nichtbewilligung eines Ersuchens herbeizuführen. Wenn auch in den Fällen des § 91e Abs. 1 Nr. 5 IRG dem Gesetzeswortlaut nach die Bewilligung nicht abgelehnt werden muss, sondern nur abgelehnt werden kann, ist es schlicht nicht denkbar, dass ein Ersuchen um den Einsatz verdeckter Ermittler bewilligt wird, obwohl die zuständigen Behörden die Absprachen zu den Rahmenbedingungen des Einsatzes i.S. des Art. 29 Abs. 4 Rl EEA als gescheitert betrachten.[61]

c) Erledigung des Ersuchens; insbes. Richtervorbehalt – § 91h IRG

Die Zentralaussage des § 91h IRG findet sich in dessen erstem Absatz und stellt klar, dass eingehende Ersuchen (nach wie vor) „nach denselben Vorschriften auszuführen sind, die gelten würden, wenn das Ersuchen von einer deutschen Stelle gestellt worden wäre; dies gilt auch für Zwangsmaßnahmen, die bei der Erledigung des Ersuchens notwendig werden". Diese eng an Nr. 22 Abs. 1 RiVSt[62] angelehnte Vorschrift[63] ist vor dem Hintergrund der Besorgnis zu sehen, dass ein auf dem Anerkennungsprinzip basierendes Beweisrechtshilfeinstrument die innerstaatlich gegebenen Richtervorbehalte in den Fällen ins Leere laufen lassen könnte, in denen nach dem Recht des anderen Staates die ersuchte Maßnahme keiner richterlichen Anordnung bedarf.[64] Diese Bedenken, dies muss unterstrichen werden, waren durchaus berechtigt. Denn in der Tat sollten nach dem ursprünglichen Richtlinienvorschlag Richter, Staatsanwälte und des Weiteren „jede andere vom Anordnungsstaat bezeichnete Justizbehörde, die in einem Einzelfall in ihrer Eigenschaft als Ermittlungsbehörde in einem Strafverfahren nach nationalen Recht in dem betreffenden Fall für die Anordnung der Erhebung von Beweismitteln zuständig ist", mit – in der Logik gegenseitiger Anerkennung – für den Vollstreckungsstaat bindender Wirkung eine Europäische Ermittlungsanordnung ausstellen können.[65] Im Zuge der Beratungen des Vorschlags ist die Richtlinie insoweit jedoch in zweierlei Hinsicht modifiziert worden. Erstens erfordert Art. 1 Abs. 1 S. 1, 2 lit. c Ziff. I, ii RL EEA nunmehr die zumindest staatsanwaltschaftliche „Validierung" der Anordnungen. Zweitens – wichtiger noch – wird nach Art. 2 d RL EEA in aller Deutlichkeit Raum geschaffen für eine Umsetzung der Richtlinie, die die Umsetzung eines Ersuchens abhängig macht von einer richterlichen Anordnung im Vollstreckungsstaat.[66] Und ebendieser geschaffene Spielraum wird durch § 91h Abs. 1 IRG umgesetzt.[67]

Somit bleibt es für die Fälle, in denen Deutschland als Vollstreckungsstaat agiert, „bei den nationalen Richtervorbehalten, die in dem deutschen Verfahrensrecht für bestimmte Ermittlungsmaßnahmen vorgesehen sind".[68] Unsicherheiten stehen in diesem Zusammenhang indes im Raum hinsichtlich des richterlichen Prüfungsprogramms, das in den einschlägigen Konstellationen gilt. Der Gesetzgeber möchte die Klärung insoweit „der Rechtspraxis überlassen".[69] Hintergrund der offenen Fragen ist dabei auf der Ebene der RL EEA das Zusammenspiel von Art. 14 Abs. 2 Hs. 1 und 2 RL EEA. Halbsatz 1 sieht vor, dass „[d]ie sachlichen Gründe für den Erlass der EEA … nur durch eine Klage im Anordnungsstaat angefochten werden [können]". Soll damit die eventuelle gerichtliche Kontrolle im Vollstreckungsstaat die Sachgründe für den Erlass der EEA ausdrücklich gerade nicht umfassen, so könnte dies dafür sprechen, dass auch der richterlichen Anordnung, wo sie denn innerstaatlich vorgesehen ist, keine Tatverdachtsprüfung zugrunde zu legen ist.[70] Anders als etwa Art. 11 Abs. 2 RB Sicherstellung[71] enthält Art. 14 Abs. 2 RL EEA jedoch einen relativierenden zweiten Halbsatz, demzufolge „die Garantien der Grundrechte

60 Vgl. zu *verdeckten* personalen Ermittlungen im EU-Rahmen *Rackow*, Die Polizei 2013, 305.

61 BT-Drs. 18/9757, S. 69.

62 „Hält die Bewilligungsbehörde die Voraussetzungen für die Leistung der Rechtshilfe für gegeben, so ist das Ersuchen, soweit nicht gesetzlich oder vertraglich etwas anderes bestimmt ist, von der Vornahmebehörde nach denselben Vorschriften auszuführen, die gelten würden, wenn das Ersuchen von einer deutschen Behörde gestellt worden wäre; dies gilt auch für Zwangsmaßnahmen, die bei der Erledigung des Ersuchens notwendig werden (§ 59 Absatz 3, § 77 IRG). Besonderen Wünschen der ersuchenden Behörde ist zu entsprechen, soweit nicht zwingende Vorschriften entgegenstehen".

63 BT-Drs. 18/9757, S. 74.

64 Vgl. nur *Brand*, DRiZ 2010, 317; *Heydenreich*, StraFo 2012, 439 (443) sowie die DRB-Stellungnahme 29/10, abrufbar unter: http://www.drb.de/?id=658 (zuletzt abgerufen am 7.3.2017); schließlich *Schuster*, StV 2015, 393 (396): „Das wäre gegenseitige Anerkennung in Reinform, ein echter Paradigmenwechsel".

65 Art. 2 lit. a ii Richtlinienvorschlag über eine Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen, Ratsdok. 9145/10 v. 29.4.2010 u. 11735/11 v. 17.6.2011, überinstitut. Dossier 2010/0817[COD]. Dazu, dass auch Polizeibehörden als Justizbehörden i.w.S. des ursprünglichen Vorschlags in Betracht kamen *Rackow*, in: Ambos (Hrsg.), Europäisches Strafrecht post-Lissabon, 2011, S. 117 (126) m.w.N.

66 Art. 2 lit. d Rl EEA lautet wie folgt: „Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck: … Vollstreckungsbehörde" eine Behörde, die für die Anerkennung einer EEA und für die Sicherstellung ihrer Vollstreckung gemäß dieser Richtlinie und den in vergleichbaren innerstaatlichen Fällen anzuwendenden Verfahren zuständig ist. Gegebenenfalls erfordern derartige Verfahren eine richterliche Genehmigung im Vollstreckungsstaat, sofern das nationale Recht dieses Staates dies vorsieht".

67 „Liegen die Voraussetzungen für die Leistung der Rechtshilfe vor, ist das Ersuchen nach § 91d Absatz 1 nach denselben Vorschriften auszuführen, die gelten würden, wenn das Ersuchen von einer deutschen Stelle gestellt worden wäre; dies gilt auch für Zwangsmaßnahmen, die bei der Erledigung des Ersuchens notwendig werden".

68 Vgl. hierzu BT-Drs. 18/9757, S. 20.

69 A.a.O., S. 31.

70 Vgl. *Böse*, ZIS 2014, 152 (157).

71 Vgl. BT-Drs. 18/9757, S. 31.

im Vollstreckungsstaat unberührt“ bleiben.[72] Und es tritt noch hinzu, dass die RL EEA ersichtlich davon ausgeht, dass die Vollstreckungsbehörde jedenfalls die Verhältnismäßigkeit der ersuchten Maßnahme prüft.[73] Insoweit zeigt dann das Beispiel der Ungeeignetheit einer Wohnungsdurchsuchung bei einem „eindeutig Unschuldigen“,[74] dass die Sachfehlerhaftigkeit einer EEA auf die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme durchschlagen kann.[75] Vor diesem Hintergrund wird bei eingehenden Ersuchen anhand der Angaben in Abschnitt G Nummer 1 des Anhangs A[76] eine richterliche Prüfung vorzunehmen sein, die zumindest zu dem Zweck der Feststellung der Verhältnismäßigkeit der ersuchten Maßnahme deren Sachgründe einbezieht. Andernfalls würde der deutsche Richter in der Tat, wie von Heydenreich befürchtet, zum „Grüß-Gott-August“ verkommen.[77] Man mag insoweit angesichts des Umstands, dass über die Angaben nach Abschnitt G Nummer 1 des Anhangs A hinaus Beweise und Ermittlungsergebnisse, die einer EEA zugrunde liegen, nicht mitgeliefert werden müssen,[78] von einer *Plausibilitätsprüfung* sprechen.[79]

§ 91h Abs. 2 IRG über die Einhaltung der vom ersuchenden Staat angegebenen „Formvorschriften oder Verfahrensvorschriften“ folgt dem Grundsatz des *forum regit actum*[80] und entspricht insoweit Art. 1 Abs. 1 EU-RhÜbk. Auch im Anwendungsbereich der EEA muss entsprechenden Wünschen demgemäß also nur im Rahmen des § 73 S. 1 IRG nachgekommen werden.[81] Gleichwohl wäre eine eindeutige Klarstellung in § 91h IRG wünschenswert gewesen, ob ausschließlich solche „Formvorschriften oder Verfahrensvorschriften“ von dem ersuchenden Staat angegeben werden können, die der Sicherstellung der Verwertbarkeit der zu erhebenden Beweise dienen oder ob hierüberhinaus auch Vorgaben möglich sein sollen, welche lediglich die ermittlungstaktischen Erfolgschancen verbessern sollen.[82] In der Literatur ist darauf hingewiesen worden, dass hinsichtlich dieser Frage Klärungsbedarf besteht, zumal Art. 9 Abs. 1, 2 RL EEA sich durchaus so lesen lässt, dass nicht lediglich der Sicherung der Beweisverwertbarkeit dienende Vorgaben gemacht werden können.[83]

d) Fristen (§ 91g IRG)

§ 91g IRG setzt die Vorschriften nach Art. 12, 32 RL EEA über die Fristen für die Anerkennung und Vollstreckung in das deutsche Recht um. Die Fristen bei den Bearbeitung eingehender Ersuchen - Bewilligung spätestens binnen 30 Tagen beziehungsweise im Falle der Sicherstellung „soweit möglich innerhalb von 24 Stunden“[84], Erledigung spätestens binnen 90 Tagen (§ 91g Abs. 1, 2 IRG) – werden neben der Vorgabe der Verwendung standardisierter Formulare als die „wesentliche[] Neuerung[]“ der EEA gehandelt.[85]

3. Rechtsschutz (§ 91i IRG)

Das (Individual-)Rechtsschutzsystem im Bereich der sonstigen Rechtshilfe ist rudimentär, komplex und nicht in allen Punkten abschließend geklärt: Ein eigenes Antragsrecht, die Zulässigkeit einer ersuchten Maßnahme durch das *OLG* überprüfen zu lassen, steht dem Betroffenen gem. § 61 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 IRG allein in den Fällen der Herausgaberechtshilfe (§ 66 IRG) zu.[86] Im Übrigen kann der Betroffene die gerichtliche Überprüfung der Zulässigkeit der fraglichen Maßnahme im Sinne der „Integrationslösung“ lediglich dadurch erreichen, dass er den innerstaatlichen Umsetzungsakt, die „Vornahme“ mit dem jeweils einschlägigen Rechtsbehelf angreift (§ 98 Abs. 2 S. 2 StPO, ggf. auch analog, beziehungsweise § 304 StPO); das diesbezüglich zuständige Gericht ist zwar nicht „im eigentlichen Sinne von § 61 Abs. 1 S. 1 IRG für die Leistung der Rechtshilfe zuständig“, wird aber gleichwohl richtigerweise dem *OLG* vorlegen, wenn es beispielsweise im Zusammenhang mit einer im Beschwerde-

---

72 BT-Drs. 18/9757, S. 31 („Hierdurch erfährt der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung eine Einschränkung“).

73 Vgl. *Böse*, ZIS 2014, 152 (158): Nach Art. 6 Abs. 3 S. 1 RL EEA kann die Vollstreckungsbehörde die Anordnungsbehörde konsultieren, wenn sie Zweifel an der Verhältnismäßigkeit hat; nach Art. 10 Abs. 3 Rl EEA kann bei der Vollstreckung auf eine weniger eingriffsintensive Maßnahme zurückgegriffen werden, was die Prüfung der Erforderlichkeit impliziert; auch die Frage, ob eine Maßnahme „in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall nicht zur Verfügung stehen würde“ (Art. 10 Abs. 1 lit. b RL EEA) lässt sich offensichtlich nicht ohne Verhältnismäßigkeitsprüfung beantworten (vgl. auch o. II. 2. a ff).

74 Bei *Zimmermann*, ZStW 127 (2015), 143 (158).

75 BT-Drs. 18/9757, S. 31.

76 ABl L 130 v. 1.5.2014, S. 1, 26: „Legen Sie die Gründe dafür dar, weshalb die EEA erlassen wird, einschließlich einer Zusammenfassung des zugrunde liegenden Sachverhalts, einer Beschreibung der vorgeworfenen oder zu ermittelnden Straftaten, des aktuellen Stands der Ermittlungen, der Gründe für Risikofaktoren und aller anderen sachdienlichen Informationen: … “.

77 Pointiert *Heydenreich*, StraFo 2012, 439 (443).

78 *Böse*, ZIS 2014, 152 (157).

79 BT-Drs. 18/9757, S. 31.

80 Eingehend zu der Lex-loci-vs-lex-fori-Problematik *Gless*, ZStW 125 (2013), 573.

81 BT-Drs. 18/9757, S. 76; vgl. zur Grenze des § 73 S. 1 IRG im Bereich der sonstigen Rechtshilfe etwa *Ambos/Poschadel*, in: Ambos/König/Rackow, Rechtshilferecht in Strafsachen, 2015, Hauptteil 1 Rn. 98 f. m.w.N.; vgl. auch *Ambos*, Beweisverwertungsverbote, 2010, S. 84.

82 Vgl. insoweit das Fallbeispiel einer nach Art. 570 spanStPO, nicht aber nach § 104 Abs. 3 StPO zulässigen Nachtzeitdurchsuchung, die nicht zur Sicherung der Verwertbarkeit der zu erhebenden Beweismittel dient, sondern dem ermittlungstaktischen Zweck, Objekte in Deutschland und Spanien zeitgleich zu durchsuchen, bei *Dicker*, Kriminalistik 2012, 195 (195 f.).

83 Dies gilt umso mehr als, worauf *Zimmermann*, ZStW 127 (2015), 143 (150) aufmerksam macht, die Erwägungsgründe der RL EEA keinen näheren Aufschluss bieten, wohingegen Erwägungsgrund 14 des Rahmenbeschlusses über die Europäische Beweisanordnung (RB EBA) sehr deutlich macht, dass die Art. 9 Abs. 1, 2 RL EEA entsprechende Art. 12 RB EEA ausschließlich der Sicherstellung der Beweisverwertbarkeit zu dienen bestimmt ist: „bestimmte Formvorschriften und Verfahren …, die dazu beitragen können, dass das angeforderte Material … als Beweismittel zulässig ist“.

84 Die 24-Stundenfrist steht dabei unter dem Vorbehalt der Praktikabilität, BT-Drs. 18/9757, S. 73.

85 *Böse*, ZIS 2014, 152 (163).

86 Vgl. *Güntge*, in: Ambos/König/Rackow, Rechtshilferecht in Strafsachen, 2015, Hauptteil 4 Rn. 52 m.w.N. auch zu der streitigen Frage, ob Betroffener lediglich ein Dritter ist oder auch der Beschuldigte des ausländischen Strafverfahrens.

wege angefochtenen ersuchten Durch-suchung/Beschlagnahme die Rechtshilfe für unzulässig erachtet.[87]

Besondere im Prinzipiellen wurzelnde Fragen ergeben sich dann bekanntlich hinsichtlich des Rechtsschutzes gegenüber Bewilligungsentscheidungen. In dem Maße, in dem Bewilligungshindernisse mit individualschützenden Elementen angereichert werden, lässt sich die überkommene Position, dass gegen die Bewilligungsentscheidung kein Rechtsschutz erforderlich ist, weil diese eben nur zwischenstaatliche Aspekte betrifft, nicht mehr halten.[88] Diese Sichtweise liegt richtigerweise auch § 91i IRG zugrunde.[89]

4. Ausgehende Ersuchen (§ 91j IRG)

Das zu beachtende Verfahren bei ausgehenden Ersuchen ist in einer einzigen Vorschrift geregelt, derjenigen des § 91j IRG nämlich. Deren erster Absatz gibt insoweit vor, dass im Anwendungsbereich der EEA die Formblätter im Anhang der RL EEA verwendet werden müssen. Abs. 2 und 3 setzen dann die Vorgaben nach Art. 2 c ii RL EEA um. Demgemäß sind Ordnungswidrigkeiten betreffende Ersuchen deutscher Verwaltungsbehörden nunmehr durch die Staatsanwaltschaft zu validieren, was nach § 91j Abs. 3 IRG „insbesondere" die Prüfung der Verhältnismäßigkeit sowie des Umstands erfordert, dass „die in dem Ersuchen angegebene Ermittlungsmaßnahme in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall unter denselben Bedingungen angeordnet werden könnte". Hier dürften sich für die Staatsanwaltschaften Mehraufwände ergeben.[90] Abs. 4 will indes jedenfalls dort eine unnötige Befassung der Staatsanwaltschaft vermeiden, wo die ersuchte Maßnahme ohnehin richterlicher Anordnung bedarf; in diesen Fällen soll also der Richter anordnen und zugleich validieren.[91]

Was den Bereich ausgehender Ersuchen anbelangt, hat der deutsche Gesetzgeber davon abgesehen, Art. 1 Abs. 3 RL EEA umzusetzen, der vorsieht, dass „der Erlass einer EEA" vom Beschuldigten beziehungsweise von dessen Verteidigung „im Einklang mit dem nationalen Strafverfahrensrecht beantragt werden [kann]". Es bleibt also dabei, dass Beweiserhebungen im Ausland durch den Beschuldigten beziehungsweise durch die Verteidigung nach §§ 136 Abs. 1 S. 3, 166 beziehungsweise § 244 Abs. 3 ff. StPO beantragt werden müssen.[92] Diese Zurückhaltung ist (ohne die Umsetzung der RL EEA begleitende Anpassungen des Beweisrechts) zumindest plausibel, da eine Regelung, die dem Beschuldigten beziehungsweise der Verteidigung im Anwendungsbereich der EEA demgegenüber weitergehende Möglichkeiten an die Hand gegeben hätte,[93] dazu führen müsste, dass ein Beschuldigter beziehungsweise dessen Verteidigung in einem grenzüberschreitenden Sachverhalt besser gestellt wäre als im Rahmen eines rein-nationalen Verfahrens.[94]

5. Zuständigkeiten

Die Regelungen in Art. 2 lit. c und d RL EEA zu den Anordnungs- und Vollstreckungsbehörden machen keine durchgreifenden Veränderungen der Zuständigkeiten nach § 74 Absatz 2 IRG in Verbindung mit der Zuständigkeitsvereinbarung vom 28.4.2004[95] erforderlich.[96] Die Gesetzesbegründung kündigt demgemäß an, dass Deutschland gemäß der Vorgabe des Art. 33 Abs. 1 lit. a RL EEA bis zum 22.5.2017 voraussichtlich „die Gerichte, de[n] Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof (GBA), die Generalstaatsanwaltschaften und Staatsanwaltschaften und wohl auch Verwaltungsbehörden, die in Straf- und Bußgeldverfahren tätig werden" als zuständig benennen wird.[97] Neuerungen ergeben sich indes – wie bereits erwähnt – im Bereich der Rechtshilfe für Verfahren nach § 1 Abs. 2 IRG (o. II. 4.).

III. Bewertung

Die Umsetzung der RL EEA ist sicher kein revolutionärer, sondern eher ein evolutionärer Schritt. Freilich sollte bei aller Skepsis nicht übersehen werden, dass die neuen §§ 91a bis 98e IRG (nur) im Ergebnis wahrscheinlich durchaus einen Fortschritt darstellen werden, soweit die vorgegebenen Fristen und einheitlichen Formulare den Rechtshilfeverkehr innerhalb der Europäischen Union verbessern helfen.[98] Angesichts der langwierigen Entstehungsgeschichte der Richtlinie, der sich – setzt man gedanklich an einem konsequenten Anerkennungsprinzip an – lesen lässt als ein (unbedingt notwendiger!) Prozess der Verwässerung und des Abschleifens, muss aber die Frage erlaubt sein, ob sich die zentralen Verbesserungen nicht auch auf konventionellem Wege, etwa durch eine Reform des EU-RhÜbk. hätten erzielen lassen. Dass Normgebungsverfahren, zumal auf EU-Ebene, einen dialektischen Prozess darstellen, ist eine Selbstverständlichkeit. Ob es aber wirklich sinnvoll ist, in diesen Prozess anhand eines Prinzips einzusteigen, dass – wenn man es ernst nimmt – für die Rechtswirklichkeit letztlich untaugliche und zum Extremen tendierende Ergebnisse generiert, die – je nach Standpunkt – Befürchtungen/Erwartungen produzieren, welche (erwartbar) ausgeräumt beziehungsweise enttäuscht werden müssen, steht auf einem anderen Blatt.

---

87 Vgl. nur *OLG Frankfurt*, Urt. v. 29.5.2013 – 2 Ws 103/12; 2 Ws 104/12 m.w.N.

88 Vgl. etwa *Rackow*, in: Ambos/König/Rackow, Rechtshilferecht in Strafsachen, 2015, Hauptteil 1 Rn. 114 m.w.N.

89 BT-Drs. 18/9757, S. 30: „Anfechtbarkeit von … Bewilligungsentscheidungen dürfte grundsätzlich zu bejahen sein, weil die Entscheidungen subjektive Rechte berühren …".

90 Vgl. BT-Drs. 18/9757, S. 80 f.

91 A.a.O., S. 81 f.

92 A.a.O., S. 21.

93 Die BRAK hatte unter Verweis auf den Grundsatz der Waffengleichheit eine Ausgestaltung gefordert, die den Beschuldigten und seine Verteidigung in den Stand setzt, „in gleicher Weise wie die Verfolgungsbehörde den Erlass von Europäischen Beweisanordnungen beantragen [zu] können" (BRAK-Stellungnahme 10/2010, I.6.).

94 *Schuster*, StV 2015, 393 (394) auch zu dem Aspekt evtl. richtlinienkonformer verteidigungskonformer Auslegung des § 244 Abs. 5 S. 2 StPO.

95 BAnz. S. 11494.

96 BT-Drs. 18/9757, S. 20.

97 A.a.O., S. 22.

98 Vgl. hier *Böse*, ZIS 2014, 152 (163) m.w.N.

Die fortschreitende Ausweitung des materiellen Strafrechts am Beispiel der zukünftigen Strafbarkeit des Sportwettbetrugs und der Manipulation berufssportlicher Wettbewerbe

von Dr. André Bohn[*]

Abstract
Nachdem die Bundesregierung den Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Strafbarkeit von Sportwettbetrug und der Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben am 20.6.2016 in den Bundestag eingebracht hat,[1] *hat der Bundestag dieses Gesetz am 9.3.2017 beschlossen.*[2] *Die Debatte um die Einfügung eines Straftatbestands des Sportbetrugs ist indes schon älter.*[3]

Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens ist insbesondere von den Experten und Expertinnen Kritik an dem Entwurf geäußert worden.[4] *Verhindern konnte diese Kritik die Verabschiedung des Gesetzes nicht.*

Im Rahmen dieses Beitrags soll einleitend kurz allgemein die Gesetzgebung im Bereich des Strafrechts kritisch beleuchtet werden. Im Anschluss daran soll nach einer Vorstellung der Neuregelungen insbesondere untersucht werden, ob die generelle Kritik auch in Bezug auf die neuen Regelungen zu der Strafbarkeit des Sportwettbetrugs und der Manipulation berufssportlicher Wettbewerbe Geltung beansprucht. Endlich werden einige weitere Kritikpunkte hinsichtlich der neuen Straftatbestände thematisiert.

I. Die aktuelle Strafgesetzgebung im Allgemeinen

Insgesamt zeigt sich im Bereich der Strafgesetzgebung die Tendenz, dass der Ultima-ratio-Gedanke[5] und der notwendigerweise fragmentarische Charakter des Strafrechts nicht (mehr) ernst genommen werden.[6] Die Erforderlichkeit der Schaffung neuer Straftatbestände wird entweder überhaupt nicht oder nur rudimentär geprüft, und es drängt sich der Eindruck rein symbolischer Strafgesetzgebung auf.[7] Als Beispiele seien nur die Gesetzesinitiative zur Strafbarkeit der Teilnahme an einem illegalen Autorennen,[8] der Gesetzesentwurf zur effektiven Bekämpfung von sogenannten Gaffern sowie zur Verbesserung des Schutzes des Persönlichkeitsrechts von Verstorbenen[9] und der Gesetzesantrag zur Schaffung eines Tatbestands des sogenannten digitalen Hausfriedensbruches[10] genannt.

Neben der allgemeinen Tendenz der Schaffung immer weiterer Straftatbestände, deren Legitimität zumindest fragwürdig erscheint, stößt aber auch die konkrete Gesetzgebungspraxis auf Bedenken:

So werden Sachverständigenanhörungen und Hinweise von Sachverständigen auf etwaige auftretende Probleme

---

* Der Autor ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Internationales Strafrecht von Frau Prof. Dr. *Sabine Swoboda* an der Ruhr-Universität Bochum und Rechtsreferendar am *LG Bochum*.

1 BT-Drs. 18/8831.

2 S. dazu das entsprechende Plenarprotokoll 18/221, S. 22250 ff., abrufbar unter: http://dip21.bundestag.de/dip21/btp/18/18221.pdf (zuletzt aufgerufen am 13.3.2017).

3 S. *Fechner/Arnold/Brodführer*, Sportrecht, 2014, S. 93 Rn. 16.

4 S. insbesondere: Fragenkatalog zum Expertentreffen am 19.5.2014 im Bundesministerium des Innern, Bonn, Schriftliche Antworten der Expertinnen und Experten, S. 34 ff., abrufbar unter https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Kurzmeldungen/stellungnahmen-experten-spielmanipulation.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt aufgerufen am 13.3.2017).

5 Dazu auch *Satzger*, JA 2016, 1142 (1152); Stellungnahme DAV 12/2016, S. 5, abrufbar unter https://anwaltverein.de/de/newsroom/sn-12-16-sportwettbetrug-und-manipulation-berufssportlicher-wettbewerbe?file=files/anwaltverein.de/downloads/newsroom/stellungnahmen/2016/DAV-SN%2012%2016.pdf (zuletzt aufgerufen am 13.3.2017).

6 So auch *Meier*, Kriminologie, 5. Aufl. (2016), § 9 Rn. 94. Zu den typischen Abläufen und Verhaltensmustern bei der Ausweitung des materiellen Strafrechts siehe: *Krack*, ZIS 2016, 540 (544 f.); vgl. auch: *Fischer*, Die gerechte Strafe, abrufbar unter: http://www.zeit.de/gesellschaft/2016-09/strafe-i-strafrichter-schuld-unschuld-strafzumessungsgruende-fischer-im-recht/komplettansicht (zuletzt aufgerufen am 13.3.2017); zu der Tendenz der Schaffung immer weiterer Straftatbestände vgl. auch das Diagramm bei *Schlepper*, Strafgesetzgebung in der Spätmoderne. Eine empirische Analyse legislativer Punitivität, 2013, S. 80; s. weiterhin BVerfGE 133, 168 (172) m. w. N.; *Weigend*, StV 2016 (Heft 10), Editorial.

7 Siehe dazu bereits: *Hassemer*, NStZ 1989, 553 ff.; kritisch zu dem weitestgehend negativen Verständnis des Begriffs des symbolischen Strafrechts: *Barisch*, Die Bekämpfung des internationalen Terrorismus durch § 129a StGB, 2009, S. 79 ff.; zu symbolischem Strafrecht siehe auch: *Weigend*, StV 2016 (Heft 10), Editorial. Kritisch zu symbolischem Strafrecht *Pfister*, StraFo 2016, 441 (442).

8 BR-Drs. 362/16. S. dazu *Kubiciel*, jurisPR-StrafR 16/2016 Anm. 1; *Müller*, Die Teilnahme an illegalen Autorennen ist nicht strafbar!, abrufbar unter: http://blog.beck.de/2015/07/21/die-teilnahme-an-illegalen-autorennen-im-stra-enverkehr-ist-nicht-strafbar (zuletzt aufgerufen am 13.3.2017); *Zieschang*, JA 2016, 721 ff.

9 BT-Drs. 18/9327.

10 BR-Drs. 338/16. S. dazu *Buermeyer*, Entwurf zu neuem Straftatbestand im Bundesrat: „Digitaler Hausfriedensbruch“: IT-Strafrecht auf Abwegen, abrufbar unter: http://www.lto.de/persistent/a_id/20779/ (zuletzt aufgerufen am 13.3.2017); *Mavany*, KriPoZ 2016, 106 ff.

bei Änderungen der Gesetze nicht ernst genommen.[11]

Zudem drängt sich zum Teil der Eindruck auf, dass Strafgesetze und mit Strafgesetzen im Zusammenhang stehende Gesetze aufgrund von medienwirksamen Einzelfällen erlassen werden.[12] Beispiele bieten die Verschärfung des Sexualstrafrechts im Hinblick auf die Ereignisse in der Silvesternacht 2015 in Köln[13] und den Fall Gina-Lisa Lohfink[14] oder die Schaffung des Rechtfertigungsgrundes nach § 1631d BGB als Reaktion auf ein Urteil des *LG Köln*, in dem das Gericht davon ausging, dass die Beschneidung eines nicht einwilligungsfähigen männlichen Kleinkindes den Tatbestand der Körperverletzung erfülle.[15] Solche strafrechtlichen Kurzschlussreaktionen sind oftmals weder sinnvoll noch rational begründet und durchdacht.[16]
Zuletzt deutet vieles darauf hin, dass Lobbyismus im Bereich der Strafgesetzgebung eine große Rolle spielt.[17]

II. Das Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Strafbarkeit von Sportwettbetrug und der Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben

Lässt sich die soeben beschriebene generelle Kritik nun auf das Gesetzgebungsvorhaben bezüglich der Strafbarkeit des Sportwettbetrugs und der Manipulation berufssportlicher Wettbewerbe übertragen?

Um diese Frage beantworten zu können, sollen zunächst die einzelnen neuen Regelungen dargestellt werden. Im Anschluss daran folgt eine kritische Würdigung der Normen sowohl in Bezug auf die eingangs allgemein formulierte Kritik als auch in Bezug auf weitere Aspekte.

1. Regelungsgehalt des neuen Gesetzes[18]

a) § 265c StGB

§ 265c StGB orientiert sich an dem Straftatbestand des Kreditbetrugs nach § 265b StGB, der in diesem Bereich eine Strafbarkeit im Vorfeld der Betrugsstrafbarkeit nach § 263 StGB normiert.[19]

§ 265c Abs. 1 StGB sanktioniert Sportler und Trainer, die für sich oder einen Dritten einen Vorteil dafür fordern, sich versprechen lassen oder annehmen, dass sie den Verlauf oder das Ergebnis eines Wettbewerbs des organisierten Sports zugunsten des Wettbewerbsgegners beeinflussen und infolgedessen ein rechtswidriger Vermögensvorteil durch eine auf diesen Wettbewerb bezogene öffentliche Sportwette erlangt werde.

Eine Definition des Wettbewerbs des organisierten Sports findet sich in § 265c Abs. 5 StGB. Danach ist jede Sportveranstaltung im Inland oder im Ausland erfasst, die von einer nationalen oder internationalen Sportorganisation oder in deren Auftrag oder mit deren Anerkennung organisiert wird (§ 265c Abs. 5 Nr. 1 StGB) und bei der Regeln einzuhalten sind, die von einer nationalen oder internationalen Sportorganisation mit verpflichtender Wirkung für ihre Mitgliederorganisationen verabschiedet wurden (§ 265c Abs. 5 Nr. 2 StGB). Insbesondere sind also auch von einer internationalen Sportorganisation ausgerichtete Wettbewerbe erfasst. Dadurch wird klargestellt, dass die Tathandlungen sich auch auf Sportwettbewerbe beziehen können, die im Ausland stattfinden.[20] Unabhängig davon müssen aber auch die Voraussetzungen der Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts nach den §§ 3 ff. StGB vorliegen. Dies ergibt sich aber nicht aus dem ebenfalls neuen § 5 Nr. 10 lit. a StGB; denn § 5 Nr. 10 lit. a StGB normiert lediglich die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts im Falle des Sportwettbetrugs und der Manipulation berufssportlicher Wettbewerbe, unabhängig von dem Recht des Tatorts, wenn die Tat im Ausland begangen wurde, sie sich aber auf einen Wettbewerb bezieht, der im Inland stattfindet.[21] Es bleiben daher nur die allgemeinen Regeln des Strafanwendungsrechts nach den §§ 3 ff. StGB.

Nach den Gesetzesmaterialien erfasst der Begriff des Wettbewerbs des organisierten Sports auch den Amateurbereich, sofern die Voraussetzungen des § 265c Abs. 5 StGB vorliegen.[22]

Der Begriff des Trainers wird in § 265c Abs. 6 S. 1 StGB legal definiert. In § 265c Abs. 6 S. 2 StGB werden Personen, die aufgrund ihrer beruflichen oder wirtschaftlichen Stellung wesentlichen Einfluss auf den Einsatz oder die Anleitung von Sportlern nehmen können, Trainern gleichgestellt. Dies kann insbesondere bei Mäzenen und Inhabern von Unternehmen, die einen Hauptsponsor des Vereins darstellen, der Fall sein.[23] Im Ergebnis richtet

---

11 *Fischer*, Im Recht. Einlassungen von Deutschlands bekanntestem Strafrichter, 2016, S. 201 und 204.

12 S. zu entsprechenden Tendenzen im Bereich des Strafprozessrechts in Bezug auf die Ausweitung der Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Angeklagten: *Bohn*, Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Angeklagten vor dem Hintergrund neuer Beweise, 2016, S. 204 f.

13 *Berwanger*, ZRP 2016, 56 (57); *Frommel*, in: GS Weßlau, 2016, S. 496; *N. N.*, FD-StrafR 1/2016, Editorial 374965.

14 *N. N.*, FD-StrafR 12/2016, Editorial 378945; *Fischer*, Frauenfilme zu Frauenwahrheiten und Frauenfragen, abrufbar unter: http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2016-06/rechtspolitik-sexualstrafrecht-vergewaltigung-taeter-opfer-fischer-im-recht/komplettansicht (zuletzt aufgerufen am 13.3.2017).

15 *LG Köln,* NJW 2012, 2128 ff.; vgl. zu dem Zusammenhang zwischen dem Urteil und der Gesetzesänderung nur: *Götz*, in: Palandt, BGB, 76. Aufl. (2017), § 1631d Rn. 1. Zu dem Widerspruch zu der Regelung des § 226a StGB s. nur *Fischer*, StGB, 64. Aufl. (2017), § 226a Rn. 4 ff.

16 Deshalb kritisch *Bohn*, S. 204 f.; *Hörnle*, in: FS Beulke, 2015, S. 115 (126); *Kudlich*/*Oğlakcioğlu*, in: FS von Heintschel-Heinegg, 2015, S. 275 (288); *Satzger*, JA 2016, 1142 (1154).

17 Vgl. mit entsprechenden Beispielen für Lobbyismus: *Fischer*, Nieder mit der Ärzte-Korruption, abrufbar unter http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2015-08/aerzte-bestechung-korruption-pharmaindustrie/komplettansicht (zuletzt aufgerufen am 13.3.2017); *Paeffgen*, in: NK-StGB, Bd. 2, 4. Aufl. (2013), § 223 Rn. 5a; *Prittwitz*, StV 1993, 498 (499); *Weigend*, StV 2016 (Heft 10), Editorial.

18 Zu den einzelnen Regelungen s. BT-Drs. 18/8831, S. 7 ff. Zahlreiche kleinere Fallbeispiele zu den neuen Straftatbeständen finden sich bei *Satzger*, JA 2016, 1142 (1145 ff.).

19 BT-Drs. 18/8831, S. 15.

20 A.a.O., S. 19, hier auch zum Folgenden.

21 S. BT-Drs. 18/8831, S. 7.

22 A.a.O., S. 19.

23 BT-Drs. 18/8831, S. 20.

sich die Strafandrohung daher an Personen, die in der Lage sind, den Verlauf oder das Ergebnis eines sportlichen Wettbewerbs zu beeinflussen.[24] Ob diese Personen eine Trainerlizenz besitzen, ist irrelevant.[25]

Der Begriff des Sportlers ist hingegen nicht legaldefiniert. Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich aber die Definition des an einem sportlichen Wettbewerb teilnehmenden Athleten, wobei auch Amateursportler erfasst sein sollen.[26]

Bezüglich der Definition der Tathandlungen kann auf den Tatbestand der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr nach § 299 StGB zurückgegriffen werden, weil die Tatmodalitäten identisch sind.[27] Gleiches gilt für den Begriff des Vorteils. Weiterhin sollen die zu den Amtsträgerdelikten der §§ 331 ff. StGB entwickelten Grundsätze gelten.

§ 265c Abs. 2 StGB normiert unter denselben Voraussetzungen eine Strafbarkeit für Dritte, die Sportlern, Trainern oder Dritten einen Vorteil anbieten, versprechen oder gewähren.

§ 265c Abs. 3 StGB regelt in Anlehnung an die Vorschrift in § 265c Abs. 1 StGB die Strafbarkeit von Schieds-, Wertungs- und Kampfrichtern.[28] Bei mehreren Schiedsrichtern, Wertungs- oder Kampfrichtern ist nicht nur derjenige erfasst, der das Letztentscheidungsrecht innehat.[29] Einziger Unterschied zu § 265c Abs. 1 StGB ist, dass die Beeinflussung nicht zugunsten des Wettbewerbsgegners, sondern eine Beeinflussung in regelwidriger Weise intendiert sein muss. Angelehnt an § 265c Abs. 2 StGB wird in § 265c Abs. 4 StGB die Strafbarkeit Dritter normiert, die Schieds-, Wertungs-, Kampfrichtern oder Dritten einen Vorteil anbieten, versprechen oder gewähren.

Der intendierte rechtswidrige Vermögensvorteil muss aus einer öffentlichen Sportwette resultieren. Damit sind private Wetten, bei denen lediglich ein geschlossener Personenkreis wettet, von dem Tatbestand ausgenommen.[30] Ob die Sportwette hingegen genehmigt oder zumindest genehmigungsfähig ist, ist unerheblich.

In Anlehnung an die Korruptionsdelikte bildet die Unrechtsvereinbarung zwischen Vorteilsgeber und Vorteilsnehmer den Kern des Tatbestandes.[31] Eine solche Unrechtsvereinbarung liegt vor, wenn die Beteiligten sich darüber einig sind, dass zwischen dem versprochenen Vorteil und der Beeinflussung des sportlichen Wettbewerbs zugunsten des Wettbewerbsgegners eine inhaltliche Verknüpfung bestehen soll. Infolgedessen muss weiterhin intendiert sein, dass durch eine auf den Wettbewerb bezogene Sportwette ein rechtswidriger Vermögensvorteil erlangt werden soll. Es reicht diesbezüglich bedingter Vorsatz;[32] zu einer Wettplatzierung oder Auszahlung des Wettgewinns muss es nicht kommen. Der innere Vorbehalt, die Manipulationshandlung tatsächlich nicht zu erbringen, ist unerheblich. Aus dem Umstand, dass die intendierte Beeinflussung zugunsten des Wettbewerbsgegners erfolgen soll, ergibt sich, dass Vorteile, die lediglich dem eigenen Nutzen dienen sollen – wie zum Beispiel Siegprämien – nicht tatbestandsmäßig sind.[33]

Eine Geringwertigkeitsklausel findet sich in § 265c StGB – wie auch in § 299 StGB und in den §§ 331 ff. StGB – nicht; allerdings sollen sozialadäquate Zuwendungen, die objektiv nicht geeignet sind, das Verhalten der jeweiligen Akteure zu beeinflussen, nicht tatbestandsmäßig sein.[34] Hier stellt sich die Frage, wie diese Sozialadäquanz zu bestimmen ist. Zwar ist die Einschränkung § 299 StGB entnommen;[35] wenn aber die Beteiligten insbesondere im Profifußball teilweise mehr als 1. Mio. Euro *im Monat* verdienen, bekommt der Begriff der Sozialadäquanz, wenn dieser unter Berücksichtigung der jeweiligen Branche definiert wird, eine vollkommen neue Bedeutung. Auf die Bestimmung der Sozialadäquanz in § 299 StGB, der beispielsweise Werbegeschenke, Einladungen zu einem Geschäftsessen oder das Abholen mit einem Geschäftswagen unterfallen,[36] kann dann gerade nicht mehr zurückgegriffen werden.

b) § 265d StGB

In § 265d StGB wird die Manipulation berufssportlicher Wettbewerbe unter ähnlichen Voraussetzungen wie in § 265c StGB unter Strafe gestellt. Es bedarf hier allerdings keines Bezugs zu einer Sportwette, und es bedarf auch nicht der Absicht, durch die Manipulation einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu erzielen. Allerdings bedarf es im Gegensatz zu § 265c StGB einer intendierten Beeinflussung des Verlaufs oder des Ergebnisses eines berufssportlichen Wettbewerbs *in wettbewerbswidriger Weise zugunsten des Wettbewerbsgegners*. Damit sollen Handlungen, die zumindest mittelbar dem eigenen sportlichen Erfolg dienen, von dem Tatbestand ausgeschlossen werden.[37] Hintergrund ist, dass § 265d StGB – anders als § 265c StGB – gerade „kein außersportliches Motiv voraussetzt."[38] So soll beispielweise die Vereinbarung eines Unentschiedens nicht von § 265d StGB erfasst sein.
In § 265d Abs. 5 StGB wird der Begriff des berufssportlichen Wettbewerbs definiert. Danach ist jede Sportveranstaltung im Inland oder im Ausland erfasst, die von einem Sportbundesverband oder einer internationalen Sportorganisation veranstaltet oder in deren Auftrag oder mit deren Anerkennung organisiert wird (§ 265d Abs. 5 Nr. 1

[24] A.a.O., S. 15.
[25] A.a.O., S. 20.
[26] A.a.O., S. 15.
[27] A.a.O., S. 15, hier auch zum Folgenden.
[28] Zu den Definitionen s. BT-Drs. 18/8831, S. 18.
[29] A.a.O., S. 18.
[30] A.a.O., S. 17, hier auch zum Folgenden.
[31] BT-Drs. 18/8831, S. 16, hier auch zum Folgenden.
[32] BT-Drs. 18/8831, S. 17.
[33] S. dazu auch bereits *Bach*, JR 2008, 57 ff., der hinsichtlich der Prüfung einer Beihilfe zum Betrug nach den §§ 263 Abs. 1, 27 StGB zu dem gleichen Ergebnis kommt.
[34] BT-Drs. 18/8831, S. 15.
[35] Vgl.: BT-Drs. 18/8831, S. 15.
[36] *Krack*, in: MüKo-StGB, 2. Aufl. (2014), § 299 Rn. 29.
[37] BT-Drs. 18/8831, S. 21, hier auch zum Folgenden.
[38] BT-Drs. 18/8831, S. 21.

StGB), bei der Regeln einzuhalten sind, die von einer nationalen oder internationalen Sportorganisation mit verpflichtender Wirkung für ihre Mitgliedsorganisationen verabschiedet wurden (§ 265d Abs. 5 Nr. 2 StGB) und an der überwiegend Sportler teilnehmen, die durch sportliche Betätigung unmittelbar oder mittelbar Einnahmen von erheblichem Umfang erzielen (§ 265d Abs. 5 Nr. 3 StGB).

Im Verhältnis von § 265c StGB zu § 265d StGB soll Letzterer zurücktreten, da der Unrechtsgehalt des § 265c StGB den des § 265d StGB ebenfalls erfasse.[39]

c) Weitere Regelungen

Regelbeispiele für die §§ 265c und 265d StGB normiert § 265e StGB für den Fall, dass sich die Tat auf einen Vorteil großen Ausmaßes bezieht (§ 265e Nr. 1 StGB) oder der Täter gewerbsmäßig handelt oder als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat (§ 265e Nr. 2 StGB).
§ 265f StGB ordnet für letzteres Regelbeispiel den erweiterten Verfall nach § 73d StGB an.[40]

Bei Vorliegen der Regelbeispiele soll außerdem die Möglichkeit der Telekommunikationsüberwachung nach § 100a Abs. 2 Nr. 1 lit. p StPO geschaffen werden.[41]
Sofern die Tat im Ausland begangen wurde, sie sich aber auf einen inländischen Wettbewerb bezieht, soll deutsches Strafrecht nach Maßgabe des § 5 Nr. 10 lit. a StGB zur Anwendung kommen.[42]

d) Intention des Gesetzgebers

Hintergrund des Gesetzes ist unter anderem, dass der Gesetzgeber „Manipulationsabsprachen bei Sportwettbewerben"[43] einen höheren Unrechtsgehalt beimisst, als durch den Betrug nach § 263 StGB abgebildet werden könne.[44] Dies ergebe sich daraus, dass zusätzlich zu dem Vermögen auch die Integrität des Sports beeinträchtigt sei. Außerdem ergäben sich beim Sportwettbetrug Beweisschwierigkeiten hinsichtlich des Nachweises der Wette in Kenntnis einer Manipulation und der Bezifferung des Vermögensschadens.[45] Insgesamt bestünden strafwürdige Situationen, die durch das geltende (Straf-)Recht nicht hinreichend abgedeckt seien.[46] Diese (vermeintlichen) Lücken soll das Gesetz schließen.[47]

Als Rechtsgüter können nach dem Gesetz also das Vermögen und die Integrität des Sports ausgemacht werden.[48] In den Worten des Entwurfs machen „die herausragende gesellschaftliche Stellung des Sports, seine große wirtschaftliche Bedeutung sowie die mit ihm verbundenen Vermögensinteressen […] es erforderlich, den Gefahren, die von Sportwettbetrug und Manipulationen von berufssportlichen Wettbewerben für die Integrität des Sports und das Vermögen anderer ausgehen, auch mit den Mitteln des Strafrechts entgegenzutreten."[49]

Hinsichtlich § 265d StGB würden die erheblichen wirtschaftlichen Interessen im Bereich des Leistungssports einen Bezug zu der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr nach § 299 StGB aufweisen, sodass es sachgerecht erscheine, auch den Leistungssport strafrechtlich zu schützen.[50]

2. Kritische Würdigung

Angelehnt an die oben dargestellte allgemeine Kritik soll nunmehr untersucht werden, ob diese allgemeine Kritik auch für die neuen Regelungen zum Sportwettbetrug und zur Manipulation berufssportlicher Wettbewerbe Geltung beansprucht. Es soll also zunächst auf die Ausweitung des materiellen Strafrechts (a) und sodann auf die konkrete Gesetzgebungspraxis (b) in Bezug auf die Bedeutung der Sachverständigen (aa), die Einzelfallgesetzgebung (bb) und den Lobbyismus (cc) eingegangen werden. Der Abschnitt endet mit weiterer allgemeiner Kritik.

a) Die Ausweitung des materiellen Strafrechts

Die neuen Vorschriften stellen ein weiteres Beispiel für die zunehmende Ausweitung des materiellen Strafrechts dar.[51] Wie bei den oben beschriebenen aktuellen Gesetzesinitiativen ist auch bei diesem Gesetzesentwurf die Legitimation fraglich:[52] So stellt die Integrität des Sports kein taugliches Schutzgut dar, mit dessen Hilfe man die

39 BT-Drs. 18/8831, S. 20.
40 Zu aktuellen Reformbestrebungen hinsichtlich der Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung s. *Habetha*, Regierungsentwurf zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung: Verbrechen soll sich nicht mehr lohnen, abrufbar unter: http://www.lto.de/persistent/a_id/20687/ (zuletzt aufgerufen am 13.3.2017).
41 S. dazu auch *Mühlbauer*, in: Fragenkatalog zum Expertentreffen am 19.5.2014 im Bundesministerium des Innern, Bonn, Schriftliche Antworten der Expertinnen und Experten, S. 72.
42 S. dazu bereits oben.
43 BT-Drs. 18/8831, S. 11.
44 A.a.O., S. 11, hier auch zum Folgenden.
45 BT-Drs- 18/8831, S. 1; siehe zu den Schwierigkeiten bei der Bezifferung des Schadens anstatt aller nur: *Bachmann*, in: Fragenkatalog zum Expertentreffen am 19.5.2014 im Bundesministerium des Innern, Bonn, Schriftliche Antworten der Expertinnen und Experten, S. 7; *Kubiciel*, jurisPR-StrafR 3/2016, Anm. 1; *Satzger*, JA 2016, 1142 (1143 f.); *Swoboda*, in: Fragenkatalog zum Expertentreffen am 19.5.2014 im Bundesministerium des Innern, Bonn, Schriftliche Antworten der Expertinnen und Experten, S. 8 ff.
46 S. dazu auch *Satzger*, JA 2016, 1142 (1144); vgl. weiterhin *Swoboda*/*Bohn*, JuS 2016, 686 (687).
47 BT-Drs. 18/8831, S. 1. S. zu den Schwierigkeiten der Aburteilung entsprechenden Verhaltens im Rahmen des Betrugs nach § 263 StGB auch *Heilemann*, Bestechlichkeit und Bestechung im sportlichen Wettbewerb als eigenständiges Strafdelikt – de lege lata, de lege ferenda, 2014, S. 129 ff., insb. S. 153 und 177.
48 Vgl.: BT-Drs. 18/8831, S. 10 und 12. *DFB*/*DOSB*, in: Fragenkatalog zum Expertentreffen am 19.5.2014 im Bundesministerium des Innern, Bonn, Schriftliche Antworten der Expertinnen und Experten, S. 18 f., sehen in der Integrität des Sports sogar den eigentlichen Strafgrund für die Manipulation.
49 BT-Drs. 18/8831, S. 1.
50 A.a.O., S. 20, mit Hinweis auf *Rössner*, in: FS Mehle, 2009, S. 567 (577).
51 *Swoboda*/*Bohn*, JuS 2016, 686 (688).
52 Für entsprechende Regelungen aber bereits im Jahr 2009 *Rössner*, in: FS Mehle, 2009, S. 567 (576 ff.).

neuen Straftatbestände legitimieren könnte.[53] Der Gesetzgeber kann nicht einfach neue Rechtsgüter „erfinden".[54] Bei der Frage des strafrechtlichen Rechtsgüterschutzes ist der Gesetzgeber vielmehr gehalten, sich an der Verfassung und der sozialen Wirklichkeit zu orientieren.[55] Die Integrität des Sports findet sich aber nicht in der Verfassung wieder,[56] und dass die Gesellschaft der neuen Straftatbestände bedarf, lässt sich auch nur schwer begründen. Zudem hätten Alternativen zum strafrechtlichen Rechtsgüterschutz ernsthaft diskutiert werden müssen, weil eine Strafbarkeit nur dann legitimierbar ist, wenn der Schutz nicht anderweitig erreicht werden kann.[57] Im Gesetzgebungsverfahren wurde nur kurz dargestellt, dass verbandsinterne Sanktionen nicht gleich wirksam seien.[58] Es erscheint so, als würden die Verbände damit von jeder Verantwortung freigestellt. Dabei sollten zunächst einmal die hinter dem Sport stehenden Organisationen – als Beispiel sei hier nur die FIFA genannt – die Initiative ergreifen, um Absprachen und ähnliche in der Öffentlichkeit nicht als fair angesehene Verhaltensweisen der beteiligten Akteure zu unterbinden.[59] Sollten diese trotz ernsthafter Bemühungen der Lage nicht Herr werden, könnte man immer noch über strafrechtliche Sanktionsmöglichkeiten nachdenken, wobei zuvor weitere Alternativen wie zum Beispiel das Ordnungswidrigkeitenrecht[60] geprüft werden müssten.[61]

Weiterhin bleibt unklar, was mit dem Begriff der Integrität des Sports gemeint ist.[62] Diese Unklarheit öffnet nicht nur Missbrauch Tür und Tor, weil es nicht schwerfallen dürfte, dasjenige in den Begriff hineinzuinterpretieren, was man in jedem Fall strafrechtlich unterbinden will;[63] die Unklarheit führt zudem dazu, dass die Auslegung des Tatbestands – die aufgrund der nebeneinander stehenden Schutzgüter (des Vermögensschutzes von Verbänden und Berufssportlern, aber auch von Wettanbietern und redlichen Wettteilnehmern[64] und der Integrität des Sports) ohnehin schwierig ist –[65] weiter erschwert wird.[66]

Selbst wenn man die Integrität des Sports als Schutzgut anerkennt, ist es nicht folgerichtig, die Manipulationsabsprache – ohne die Möglichkeit der tätigen Reue –[67] für die Strafbarkeit als ausreichend zu erachten; denn die Integrität des Sports ist durch diese Absprache (noch) gar nicht beeinträchtigt.[68] Zudem müsste man vor dem Hintergrund des Schutzes der Integrität des Sportes zwangsläufig weitere Bereiche wie zum Beispiel Spielertransfers oder „Steuertricks" im Hinblick auf strafrechtlichen Handlungsbedarf untersuchen.[69]

Anderseits reicht auch der mit den Tatbeständen ebenfalls verfolgte Vermögensschutz – insbesondere aufgrund der weiten Vorverlagerung –[70] nicht aus, um die Strafbarkeit zu legitimieren.[71] Es ist zwar richtig, dass die Kommerzialisierung des Sports Anreize geschaffen hat, auf fragwürdige Weise an dem dadurch erwirtschafteten Vermögen zu partizipieren;[72] trotzdem kann der strafrechtliche Schutz dieses Vermögens aber nicht überzeugen. Dies gilt nicht nur, weil es nicht einleuchtet, dass nur aus dem Sport resultierende Vermögensinteressen besonders schützenswert sind;[73] denn im Rahmen des einfachen Betrugs nach § 263 StGB wird mit Ausnahme von rechtswidrig erlangtem Vermögen nicht zwischen einzelnen Interessen differenziert.

Der spezielle Vermögensschutz der neuen Tatbestände überzeugt aber auch nicht vor dem Hintergrund der Strafandrohung: Als Höchststrafe kommen bei den §§ 265c Abs. 1 und 265d Abs. 1 StGB drei Jahre Freiheitsstrafe in Betracht; der einfache Betrug nach § 263 Abs. 1 StGB hat eine Höchststrafe von fünf Jahren Freiheitsstrafe. Wegen der erheblichen Vorverlagerung der Strafbarkeit müsste die Strafandrohung bei den neuen Straftatbeständen

---

53 So auch *Beukelmann*, NJW-Spezial 2010, 56 (57), zu einem damaligen ähnlichen Entwurf; *Krack*, ZIS 2016, 540 (544 f.); *Satzger*, JA 2016, 1142 (1152 f.); Stellungnahme DRB, 1 (2), abrufbar unter http://www.drb.de/fileadmin/docs/Stellungnahmen/2016/DRB_160111_Stn_Nr_02_Sportwettbetrug.pdf, (zuletzt aufgerufen am 13.3.2017); *Zuck*, NJW 2014, 276 (280 f.); ebenfalls kritisch: *Löffelmann*, recht+politik 02/2016, 1, (3), abrufbar unter: http://www.recht-politik.de/wp-content/uploads/2016/02/Ausgabe-vom-22.-Februar-2016-Strafbarkeit-des-Sportwettbetrugs-PDF-Download.pdf, (zuletzt aufgerufen am 13.3.2017); *Swoboda*/*Bohn*, JuS 2016, 686 (689); a. A. wohl *Hutz*/*Kaiser*, NZWiSt 2013, 379 (383 f.). Dazu, dass das Anti-Doping-Gesetz ebenfalls mit der Integrität des Sports begründet wurde, siehe nur: *Pfister*, StraFo 2016, 441.

54 *Hassemer*/*Neumann*, in: NK-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. (2013), Vor § 1 Rn. 66.

55 *Hassemer*/*Neumann*, in: NK-StGB, Vor § 1 Rn. 68.

56 Zu der Diskussion darüber, den Sport als Staatszielbestimmung in das Grundgesetz aufzunehmen, s. nur *Jahn*, SpuRt 2015, 149 m.w.N.

57 *Hassemer*/*Neumann*, in: NK-StGB, Vor § 1 Rn. 72; *Michalke*, in: Fragenkatalog zum Expertentreffen am 19.5.2014 im Bundesministerium des Innern, Bonn, Schriftliche Antworten der Expertinnen und Experten, S. 32; kritisch zu der fehlenden Verhältnismäßigkeitsprüfung des Gesetzgebers hinsichtlich der Neuregelungen *Pfister*, StraFo 2016, 441 (442).

58 BT-Drs. 18/8831, S. 12.

59 Vgl. auch *Fiedler*, DRiZ 2016, 17; *Kubiciel*, jurisPR-StrafR 3/2016; *Künast*, in: Plenarprotokoll 18/221, S. 22254; *Satzger*, JA 2016, 1142 (1153); *Swoboda*/*Bohn*, JuS 2016, 686 (689); a. A. *Wellenreuther*, in: Plenarprotokoll 18/221, S. 22255.

60 S. zu Alternativen auch *Heilemann*, Bestechlichkeit und Bestechung im sportlichen Wettbewerb als eigenständiges Strafdelikt – de lege lata, de lege ferenda, 2014, S. 197 ff., allerdings auch S. 221 ff.; *Landau*, NStZ 2015, 665 (668); *Schattmann*, Betrug des Leistungssportlers im Wettkampf, 2008, S. 174 ff.

61 Vgl. auch *Zuck*, NJW 2014, 276 (281).

62 *Swoboda*/*Bohn*, JuS 2016, 686 (689).

63 Vgl. *Satzger*, JA 2016, 1142 (1152).

64 S. dazu *Krack*, ZIS 2016, 540 (544).

65 *Fiedler*, DRiZ 2016, 17; vgl. dazu am Beispiel des Antidopinggesetzes auch *Jahn*, SpuRt 2015, 149 (151).

66 *Swoboda*/*Bohn*, JuS 2016, 686 (689); vgl. auch *Kargl*, NStZ 2007, 489 (495).

67 Ausführlicher dazu sogleich.

68 Stellungnahme DAV, S. 8.

69 Vgl. *Schenk*, in: Fragenkatalog zum Expertentreffen am 19.5.2014 im Bundesministerium des Innern, Bonn, Schriftliche Antworten der Expertinnen und Experten, S. 1.

70 Ebenfalls kritisch dazu: Stellungnahme DAV, S. 3 und 7 ff. Aufgrund der Vorverlagerung fordert *Löffelmann*, recht+politik 02/2016, 1, (4), folgerichtig, dies in der amtlichen Überschrift durch die Formulierung „Vorbereitung eines Sportwettbetrugs" klarzustellen. Dies wäre dann zwar ehrlicher, würde aber nichts an der generellen Kritik bezüglich dieser Vorverlagerung ändern.

71 *Krack*, ZIS 2016, 540 (544), hier auch zu den folgenden Erwägungen.

72 Vgl. *Hutz*/*Kaiser*, NZWiSt 2013, 379 (382).

73 *Pfister*, StraFo 2016, 441 (442); vgl. auch *Saliger*, in: Fragenkatalog zum Expertentreffen am 19.5.2014 im Bundesministerium des Innern, Bonn, Schriftliche Antworten der Expertinnen und Experten, S. 36.

(noch) geringer ausfallen, sofern man nur noch den Vermögensschutz als Rechtsgut anerkennt.[74]

Außerdem setzt § 265c StGB noch nicht einmal einen Vermögensschaden oder eine Vermögensgefährdung voraus; die Erlangung eines rechtswidrigen Vermögensvorteils durch eine Sportwette muss lediglich intendiert sein. § 265d StGB verzichtet komplett auf den Vermögensbezug. Wenn aber nur Teilbereiche der neuen Straftatbestände das Vermögen schützen, fehlt es bezüglich der anderen Bereiche an einer tauglichen Legitimation.[75] Mit dem klassischen Vermögensschutz des § 263 StGB haben die neuen Tatbestände damit nichts zu tun.[76] Sie schützen das Vermögen der am Sport partizipierenden Akteure vielmehr noch weitreichender.

Beweisschwierigkeiten, die im Rahmen der Ahndung entsprechender Verhaltensweisen im Rahmen des Betrugs nach § 263 StGB gegebenenfalls auftreten, können die neuen Straftatbestände ebenfalls nicht legitimieren.[77] Würde der Gesetzgeber auf jegliche Beweisschwierigkeiten mit der Vorverlagerung der Strafbarkeit reagieren, würde dies im Ergebnis zu einer Sanktionierung vollkommen neutraler – und damit nicht strafwürdiger – Verhaltensweisen führen.[78] Im Übrigen wird durch die Vorverlagerung die Grenze zwischen dem versuchten Betrug und den neuen Straftatbeständen verwischt.[79] Die Strafbarkeit des Versuchs soll gerade den Bereich abdecken, der im Vorfeld der Rechtsgutsverletzung liegt, aber trotzdem nach allgemeiner Meinung bereits strafrechtliches Unrecht darstellt.[80] Es besteht daher überhaupt kein Bedürfnis, in diesem Bereich neue Straftatbestände zur Vermeidung vermeintlicher Strafbarkeitslücken zu schaffen.
Der Entwurf fügt sich daher nahtlos in die oben dargestellten ausufernden – und meist äußerst fragwürdigen – Gesetzesverschärfungen im Bereich des Strafrechts ein[81] und ist bereits mangels Legitimation abzulehnen.

b) Konkrete Gesetzgebungspraxis

Im Rahmen der konkreten Gesetzgebungspraxis wurden oben die Bedeutung der Sachverständigen, die Einzelfallgesetzgebung und der Lobbyismus thematisiert. Diese Oberpunkte sollen nunmehr wieder herangezogen werden.

aa) Bedeutung der Sachverständigen
Vor dem Hintergrund, dass die Sachverständigen in den Anhörungen zu Gesetzesinitiativen allenfalls eine geringe Rolle spielen, verwundert es nicht, dass die Kritik der Experten hinsichtlich des Entwurfs eines … Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Strafbarkeit von Sportwettbetrug und der Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben unberücksichtigt blieb.[82] Die allgemein formulierte Kritik trifft damit auch auf die hier in Rede stehende Gesetzesinitiative zu.

bb) Einzelfallgesetzgebung
Krack kritisiert unter anderem, dass sich der Entwurf zu sehr auf den Fußballsport und den Hoyzer-Wettskandal[83] beziehe.[84] Dies macht er an der gesondert normierten Strafbarkeit für berufssportliche Wettbewerbe in § 265d StGB fest und an der Erwägung in den Drucksachen, dass „die Integrität und Glaubwürdigkeit des Sports [bei der Manipulation berufssportlicher Wettbewerbe] in besonders hohem Maße Schaden nimmt."[85]

Bezüglich der Gesetzesbegründung ist die Kritik *Kracks* nachvollziehbar, weil es kaum einen Sport gibt, der so in der Öffentlichkeit steht wie der Fußball. Bei vielen anderen Sportarten nimmt die Integrität und Glaubwürdigkeit wegen weniger Interesse in der Bevölkerung daher nicht in besonders hohem Maße Schaden.[86] Diese Erwägungen finden sich aber nicht im Gesetzeswortlaut wieder. Der Gesetzeswortlaut des § 265d StGB ist offen formuliert. Sollten in Zukunft andere Sportarten als Fußball vermehrt in das Blickfeld der Öffentlichkeit geraten, sind entsprechende Manipulationen, wenn sie im Rahmen eines berufssportlichen Wettbewerbs erfolgen, von § 265d StGB erfasst. Insofern trägt der Entwurf nicht so deutlich die Handschrift eines bestimmten Einzelfalls wie bei anderen Gesetzesinitiativen, und es ist auch unwahrscheinlich, dass es in Zukunft keine weiteren Verhaltensweisen geben wird, die von § 265d StGB erfasst werden. Der Vorwurf der Einzelfallgesetzgebung trifft daher auf diese Gesetzesinitiative nur bedingt zu.

cc) Lobbyismus
Auch wenn konkreter Lobbyismus in Bezug auf dieses Gesetz kaum nachweisbar erscheint, besteht ein Strafbarkeitsbedürfnis bei den entsprechenden Verbänden, dem

---

74 Unabhängig davon, ob lediglich der Vermögensschutz als Rechtsgut anzuerkennen ist, erweckt der Entwurf zumindest den Eindruck, dass es in Wahrheit *nur* um den Schutz des Vermögens von Verbänden und Berufssportlern geht. In diese Richtung auch *Krack*, ZIS 2016, 540 (545); *Swoboda*/*Bohn*, JuS 2016, 686 (689); anders *Kubiciel*, jurisPR-StrafR 3/2016.

75 Vgl. auch *Michalke*, in: Fragenkatalog zum Expertentreffen am 19.5.2014 im Bundesministerium des Innern, Bonn, Schriftliche Antworten der Expertinnen und Experten, S. 31.

76 Vgl. *Kudlich*, JA 2007, 90 (93), hier auch zum Folgenden.

77 *Saliger*, in: Fragenkatalog zum Expertentreffen am 19.5.2014 im Bundesministerium des Innern, Bonn, Schriftliche Antworten der Expertinnen und Experten, S. 33 f.; Stellungnahme BRAK, S. 5 f., abrufbar unter http://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2016/april/stellungnahme-der-brak-2016-8.pdf, (zuletzt aufgerufen am 13.3.2017); Stellungnahme DAV, S. 8; vgl. auch *Satzger*, JA 2016, 1142 (1153).

78 Vgl. auch *Kargl*, NStZ 2007, 489 (495 f.), vgl. hier auch zum Folgenden.

79 *Satzger*, JA 2016, 1142 (1155).

80 Ausführlich zu dem Strafgrund des Versuchs: *Hillenkamp*, in: LK, Bd. 1, 12. Aufl. (2007), Vor. § 22 Rn. 55 ff.

81 S. nochmals *Swoboda*/*Bohn*, JuS 2016, 686 (688).

82 Kritisch zu der Nichtberücksichtigung der Kritik der Sachverständigen auch *Hahn*, in: Plenarprotokoll 18/221, S. 22251 f., der auch andeutet, dass die nächtliche Verabschiedung des Gesetzes bewusst geschehen sein könnte, damit keine oder nur wenig Öffentlichkeit vorhanden ist.

83 S. zu dessen strafrechtlichen Aufarbeitung BGHSt 51, 165 ff.

84 *Krack*, ZIS 2016, 540 (545), hier auch zum Folgenden.

85 BT-Drs. 18/8831, S. 20.

86 Andererseits hat zum Beispiel die Integrität und Glaubwürdigkeit des Profiradsports unter den Dopingskandalen der vergangenen Jahre erheblich gelitten. S. dazu auch *Hoffmann*, in: Plenarprotokoll 18/221, S. 22253.

der Gesetzesentwurf Rechnung trägt.[87] Sportverbände haben eine große Macht,[88] und es erscheint nicht unwahrscheinlich, dass entsprechende Beeinflussungen durch Sportverbände stattgefunden haben, um womöglich auch von eigenen Unzulänglichkeiten bei der Verfolgung und Bekämpfung von Manipulationen und ähnlichem als unzulässig empfundenen Verhalten abzulenken. Die Ausführungen hierzu bleiben aber notwendigerweise hypothetisch.

c) Weitere allgemeine Kritik

Unabhängig von der oben formulierten Kritik soll noch auf weitere allgemeine Kritik an dem neuen Gesetzesentwurf eingegangen werden:
Systematisch passen die neuen Straftatbestände eher zu den Straftaten gegen den Wettbewerb nach den §§ 298 ff. StGB, auf die sich die Gesetzesbegründung auch oftmals bezieht.[89] Die zweifelhafte systematische Stellung der neuen Straftatbestände fällt aber nicht derart ins Gewicht wie weitere andere Kritikpunkte:
So wird man der Hintermänner der Manipulationsabsprachen auch mit den neuen Straftatbeständen und den daran anknüpfenden Ermittlungsbefugnissen nicht habhaft werden können.[90] Dabei ist in Zeiten der knappen Kassen und des Personalmangels[91] auch zu berücksichtigen, dass überhaupt das Personal vorhanden sein muss, um etwaige Verstöße gegen die neuen Straftatbestände zu ermitteln.[92] Mit den entsprechenden Nachweisen dürften nämlich schwierige und langwierige Ermittlungen verbunden sein, obwohl die Strafbarkeit so weit vorverlagert wird.[93] Dies gilt vor allem aufgrund der vielen subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen im Rahmen von § 265c StGB, aber auch hinsichtlich des Erfordernisses, dass zumindest billigend in Kauf genommen werden muss, dass die „Manipulationshandlung für eine betrügerische Wettsetzung benutzt werden soll“[94]. Die neuen Regelungen offenbaren damit womöglich noch nicht einmal größere Beweiserleichterungen im Vergleich zu dem Nachweis einer Beihilfe zum (versuchten) Wettbetrug.[95] Es bleibt nur zu hoffen, dass darauf nicht mit weiteren Änderungen der Regelungen beispielsweise in Form von weniger Tatbestandsvoraussetzungen reagiert wird. In den Drucksachen wird zwar zumindest im Hinblick auf § 265d StGB von einem Mehraufwand der Strafverfolgungsbehörden ausgegangen;[96] ob eine weitere Belastung der Justiz aber überhaupt noch zu verkraften ist, wird nicht erörtert.

Zudem ist noch hervorzuheben, dass die Bundesregierung auf die Forderung des Nationalen Normenkontrollrats nach einer Evaluierung der Vorschriften[97] an ihrer Ansicht festhielt, das Gesetz nicht evaluieren zu lassen. Vor dem Hintergrund, dass Gesetze mit entsprechenden Mehrheiten schnell verabschiedet, aber mitnichten so schnell wieder aufgehoben werden, ist die fehlende Evaluierung fatal. Dass die Wirksamkeit der neuen Straftatbestände durch die Bundesregierung – auch ohne formelle Evaluierung – einer regelmäßigen Prüfung unterzogen werden,[98] erscheint wenig glaubhaft. Vielmehr ist es äußerst unwahrscheinlich, dass nach ein paar Jahren nach regelmäßiger Prüfung mit dem Ergebnis, dass die Vorschriften sich nicht bewährt haben, eine Gesetzesinitiative zur Abschaffung der Vorschriften verfolgt wird.

d) Fehlende Regelung zur tätigen Reue[99]

Die bereits oben angesprochene Vorverlagerung der Strafbarkeit soll hier nochmal in Bezug auf einen anderen Aspekt erörtert werden: Nach dem Gesetzeswortlaut ist allein die entsprechende Manipulationsabsprache maßgeblich; ob es tatsächlich zu einer Manipulation kommt, ist irrelevant.[100] Ausgehend von dieser Vorverlagerung wäre zumindest eine Regelung zur tätigen Reue wünschenswert gewesen.[101] Der Entwurf stellt aber sogar ausdrücklich klar, dass ein Vorbehalt, die Manipulation zu unterlassen, unerheblich sei.[102] Auch dies kann im Ergebnis nicht überzeugen.

III. Fazit

Die neuen Regelungen stehen im Einklang mit den immer weitergehenden Kriminalisierungstendenzen. Es ist allerdings nicht notwendig, den Bereich des Sportwettbetrugs und der Manipulation berufssportlicher Wettbewerbe mit (weiteren) Strafvorschriften zu schützen.[103] Die erhofften Beweiserleichterungen werden wohl, wenn überhaupt, nur sehr bedingt eintreten. Zudem stellt sich die Frage, ob überhaupt genügend personelle Ressourcen vorhanden sind, um Verstöße gegen § 265c und § 265d StGB zu erforschen und zu sanktionieren, oder ob die Vorschriften nicht nur auf dem Papier stehen werden. Insgesamt wurden also – trotz der geäußerten Kritik – zwei weitere überflüssige Straftatbestände in das Strafgesetzbuch implementiert.[104] Ein Ende dieses Trends zur Ausweitung des materiellen Strafrechts ist leider momentan nicht abzusehen.[105]

---

87 *Swoboda*/*Bohn*, JuS 2016, 686 (688).
88 *Pieth*/*Zerbes*, ZIS 2016, 619.
89 So auch *Rössner*, in: FS Mehle, 2009, S. 567 (577 ff.); *Schattmann*, Betrug des Leistungssportlers im Wettkampf, 2008, S. 157.
90 *Swoboda*/*Bohn*, JuS 2016, 686 (689).
91 Vgl. dazu nur BVerfGE 133, 168 (172).
92 In diese Richtung auch: *Krack*, ZIS 2016, 540 (551); vgl. ebenfalls: Stellungnahme DRB, S. 6.
93 So auch *Löffelmann*, recht+politik 02/2016, 1, (2), hier auch zum Folgenden; Stellungnahme DRB, S. 4.
94 BT-Drs. 18/8831, S. 17.
95 S. dazu auch Stellungnahme BRAK, S. 8.
96 BT-Drs. 18/8831, S. 3.
97 BT-Drs. 18/8831, S. 24 f.
98 So BT-Drs. 18/8831, S. 26.
99 Zu weiteren Unstimmigkeiten s. *Krack*, ZIS 2016, 540 (546 ff.); *Satzger*, JA 2016, 1142 (1146, 1148 und 1151).
100 S. dazu auch BT-Drs. 18/8831, S. 15; *Satzger*, JA 2016, 1142 (1145 und 1148); *Swoboda*/*Bohn*, JuS 2016, 686 (688).
101 So auch *Krack*, ZIS 2016, 540 (550); Stellungnahme BRAK, S. 9 und 11; weitergehend: Stellungnahme DAV, S. 9: „unabdingbar“; in diese Richtung ebenfalls: *DFL*, in: Fragenkatalog zum Expertentreffen am 19.5.2014 im Bundesministerium des Innern, Bonn, Schriftliche Antworten der Expertinnen und Experten, S. 6.
102 BT-Drs- 18/8831, S. 16.
103 So auch *Künast*, in: Plenarprotokoll 18/221, S. 22254.
104 Vgl. dazu auch *Künast*, in: Plenarprotokoll 18/221, S. 22254.
105 So auch *Weigend*, StV 2016 (Heft 10), Editorial.

STELLUNGNAHMEN ZU GESETZENTWÜRFEN

Reformvorhaben StPO
Der Gesetzentwurf der Bundesregierung zur „effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens“

*von Dr. Eren Basar**

Abstract
Mit großen Schritten bewegen wir uns auch im Strafprozessrecht auf eine Reform zu. Dazu hat die Bundesregierung am 14.12.2016 das „Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens“ als eigenen Entwurf in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht. Am 9.3.2017 wurde der Entwurf im Bundestag beraten und an den Rechtsausschuss verwiesen. Eine Verabschiedung des Gesetzes ist für den 27.4.2017 geplant. Dem Entwurf liegt der Referentenentwurf des BMJV zu Grunde (vgl. ausführlich KriPoZ 2016, 177), der wiederum das Ergebnis der von Heiko Maas eingesetzten Expertenkommission war. Der jetzige Entwurf der Bundesregierung dreht das Rad an mehreren Stellen noch mal soweit „zurück“, dass von den ausgeglichenen Ansätzen der Expertenkommission und des ersten (Referenten-)Entwurfs nur die Vorschläge übrig bleiben, die (zumeist einseitig) die Strafverfolgung stärken. Das Herzstück der Reformüberlegungen, die audio-visuelle Dokumentation von Aussagen im Ermittlungsverfahren, wird auf ein Minimum begrenzt. Die Reformziele werden somit weitgehend verfehlt.

I. Einleitung

Am 14.12.2016 hat die Bundesregierung beschlossen, einen Entwurf eines „Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens“ in das Gesetzgebungsverfahren einzubringen.[1] Diesem Regierungsentwurf war ein Referentenentwurf vorausgegangen, der wiederum das Ergebnis der von *Heiko Maas* eingesetzten StPO-Kommission war, die ihren Bericht am 13.10.2015 vorgelegt hatte.[2] Der Referentenentwurf vom 29.5.2016 war bereits hinter den Empfehlungen der Kommission zurückgeblieben,[3] so dass es nicht überrascht hätte, wenn die Bundesregierung diesen unverändert als eigenen Entwurf übernommen hätte. So ist es aber nicht gekommen. Stattdessen wurden nochmals spürbare Korrekturen am Referentenentwurf vorgenommen. Der Gesetzentwurf soll im Folgenden skizziert werden, wobei nach einer kurzen Darstellung der übersichtlichen Übernahmen und Streichungen aus dem Referentenentwurf (II) der Schwerpunkt auf die Vorschriften gelegt wird, die mit sachlich relevanten Änderungen als Gesetzentwurf eingebracht wurden (III).

II. Übernahmen und Streichungen

Einige der Reformvorschläge des Referentenentwurfs werden unverändert übernommen. Dies betrifft augenscheinlich nahezu ausnahmslos den Bereich der „Effektivierung“ der Strafverfolgung, sowohl im Ermittlungsverfahren als auch im Hauptverfahren. In den Gesetzentwurf nicht aufgenommen werden dagegen zwei Reformvorschläge, die eine Stärkung der Position der Verteidigung des Beschuldigten bedeutet hätten. Schon dies zeigt die Schwerpunktsetzung des Gesetzes, den Strafverfolgungsbehörden die Arbeit zu erleichtern ohne zugleich Beschuldigtenrechte aufzuwerten.[4]

1. Übernahmen

Im Ermittlungsverfahren wird es zwei Änderungen geben. Zum einen wird der Straftatbestand der Nötigung gem. § 240 Abs. 1-3 StGB in den Katalog der Privatklagedelikte in § 374 StPO-E aufgenommen.[5] Des Weiteren werden die Zeugen nach § 163 Abs. 3 StPO-E in Zukunft verpflichtet sein, auf Ladung vor Ermittlungspersonen zu erscheinen und zur Sache auszusagen, wenn der Ladung ein „Auftrag der Staatsanwaltschaft“ zugrunde liegt. Um

---

* *Dr. Eren Basar* ist Rechtsanwalt und Partner in der auf Wirtschafts- und Steuerstrafrecht ausgerichteten Kanzlei Wessing & Partner in Düsseldorf.

1 Der Entwurf wurde gemäß Art. 76 Abs. 2 S. 1 GG zuerst dem Bundesrat, BR-Drs. 796/16, zugeleitet. Am 10.2.2017 hat der Bundesrat zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/11277, S. 43 (Anlage 3) Stellung bezogen. Die Bundesregierung hat hierauf, BT-Drs. 18/11277, S. 47 (Anlage 4), eine Gegenäußerung abgegeben, bevor am 9.3.2017 der Bundestag seine Beratung aufgenommen hat.

2 Zum Bericht der Expertenkommission *Basar*, StraFo 2016, 226.

3 Zum Vergleich des Referentenentwurfs mit den Empfehlungen der Expertenkommission *Basar/Schiemann*, KriPoZ 2016, 177.

4 Zur Ehrenrettung soll nicht unterschlagen werden, dass ein Teil der die Verteidigung stärkenden Reformvorschläge der Expertenkommission schon nicht Teil des diesem Gesetzesentwurf vorausgegangenen Referentenentwurfs gewesen sind, sondern in einen eigenen Gesetzesentwurf zur „Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten“ überführt wurden, vgl. *Basar/Schiemann*, KriPoZ 2016, 177 (177) und zum aktuellen Stand: KriPoZ.de/2016/06/20/zweites-gesetz-zur-staerkung-der-verfahrensrechte-von-beschuldigten-im-strafverfahren-und-zur-aenderung-des-schoeffenrechts-2/ (zuletzt geprüft am 7.3.2017).

5 Ausgenommen bleiben die besonders schweren Fälle nach § 240 Abs. 4 StGB. Der Gesetzesentwurf, BT-Drs. 18/11277, S. 37, betont, dass der Verweis auf § 374 StPO vor allem Privatstreitigkeiten erfassen soll. Er geht davon aus, dass Nötigungen im Straßenverkehr wegen des öffentlichen Interesses nach § 376 StPO unverändert von der Staatsanwaltschaft verfolgt werden.

die Bedenken hinsichtlich des letzten Gesetzentwurfs aus dem Jahr 2010 zu zerstreuen,[6] verbleiben im neuen Entwurf gem. § 163 Abs. 4 StPO-E bestimmte Entscheidungen[7] bei der Staatsanwaltschaft. Für einen zusätzlichen Schutz des Zeugen wird in § 163 Abs. 5 StPO-E der Rechtsweg gegen Entscheidungen der Ermittlungspersonen und der Staatsanwaltschaft eröffnet. Im Gesetzentwurf bleibt leider unverändert ungeklärt, ob der die Pflicht zum Erscheinen auslösende Auftrag der Staatsanwaltschaft zur Vernehmung des Zeugen „allgemein für das Verfahren" oder nur für die „konkrete Vernehmung" erteilt werden kann bzw. muss.[8] In der Begründung des Gesetzentwurfs wird – genauso wie im Referentenentwurf – nur darauf hingewiesen, dass die Staatsanwaltschaft vorher zu entscheiden habe.[9] Über die Reichweite des Auftrags ist in der Begründung aber immer noch keine Aussage enthalten.[10]

Erwartungsgemäß werden die Verlesungsmöglichkeiten im Hauptverfahren ausgeweitet. So soll der unverteidigte Angeklagte einer Verlesung seiner Vernehmung zustimmen können, wenn diese nur sein Geständnis zum Gegenstand hat (§ 251 StPO-E). Ärztliche Atteste sollen in Zukunft schon dann durch Verlesung in die Hauptverhandlung eingeführt werden können, wenn das Vorliegen einer körperlichen Beeinträchtigung bewiesen werden soll (§ 256 StPO-E).[11] Der Zusammenhang zu einem Körperverletzungsdelikt, so wie bisher erforderlich, wird in Zukunft somit entfallen.[12] Ebenfalls ausgeweitet werden die Hinweispflichten des Gerichts (§ 265 Abs. 2 StPO-E). Einbezogen werden jetzt auch Umstände mit Relevanz für die Anordnung von Verfall und Einziehung, Nebenstrafen und Nebenfolgen sowie für das Verteidigungsverhalten bedeutende Veränderungen der Sachlage. Für das Revisionsverfahren ergeben sich zwei Änderungen: Einerseits wird nunmehr der Anwendungsbereich des § 153a StPO auch hier eröffnet.[13] Zugleich wird der Staatsanwaltschaft bei Verfahrensrügen in § 347 StPO-E auferlegt, eine Gegenerklärung abzugeben, wenn anzunehmen ist, dass hierdurch die Prüfung der Revisionsbeschwerde erleichtert wird. Damit erhält Nr. 162 Abs. 2 S. 1 RiStBV Gesetzesrang.[14]

2. Streichungen

Zwei Vorschläge des Referentenentwurfs, die beide auf Empfehlungen der Kommission zurückgingen, sind im Gesetzentwurf der Bundesregierung nicht mehr enthalten. Dies betrifft zum einen die Überführung der Nr. 70 Abs. 1 RiStBV in einen neuen § 73 Abs. 3 StPO und die damit verbundene gesetzliche Verankerung der Anhörung der Verteidigung vor Auswahl des Sachverständigen. Weshalb die Bundesregierung diese Regelungen nicht übernommen hat, erschließt sich aus der Begründung nicht. Richtig ist, dass mit der zwingenden Anhörung nach § 73 Abs. 3 StPO des Referentenentwurfs Verfahrensverzögerungen eintreten können. Dies hatte der Referentenentwurf allerdings bereits dadurch abgemildert, dass – so wie in Nr. 70 Abs. 1 RiStBV bisher auch – die Anhörung ausbleiben kann, wenn es sich um häufig wiederkehrende, tatsächlich gleich gelagerte Sachverhalte handelt oder eine Gefährdung des Untersuchungszwecks im Raum steht. Insofern ist nicht verständlich, weshalb die gesetzliche Verankerung des Anhörungsrechts unterbleiben soll. Keine Berücksichtigung findet zudem die im Referentenentwurf vorgesehene Einbeziehung von Anbahnungsgesprächen in den Justizvollzugsanstalten in den Anwendungsbereich des § 148 StPO.[15]

III. Übernahmen mit Anpassungen

Daneben hat die Bundesregierung einige Reformvorschläge des Referentenentwurfs in der Sache – zum Teil deutlich – verändert. Auch hier kommt man nicht umhin festzustellen, dass die von der Bundesregierung vorgenommenen Anpassungen im Ergebnis zu Lasten der Verteidigung gehen.

1. *Die Verwertbarkeit von Beinahetreffern (§§ 81e ff. StPO-E)*

Der Gesetzentwurf übernimmt die Vorschläge des Referentenentwurfs hinsichtlich der so genannten „Beinahetreffer". Dafür werden die §§ 81e und 81 h StPO geändert und es wird hierdurch die Grundlage geschaffen, bei molekulargenetischen Untersuchungen Beinahetreffer zu verwerten.[16] Ob dies notwendig ist, wird durchaus bezweifelt,[17] wenngleich es kaum überrascht, dass der Gesetzgeber nach der Entscheidung des *BGH* aus dem Jahr 2012[18] die Strafverfolgung an diesem Punkt schärfen will. Neu ist im Gesetzentwurf der Bundesregierung,

---

6 Vgl. *Basar/Schiemann*, KriPoZ 2016, 177 (189) mit Verweis auf BR-Drs. 120/10 und *Beck,* ZRP 2011, 21; *Erb*, StV 2010, 655.

7 Dies betrifft vor allem die Entscheidung über das Vorliegen der Zeugeneigenschaft oder das Vorliegen von Zeugnis- oder Auskunftsverweigerungsrechten.

8 So für den Referentenentwurf schon *Basar/Schiemann*, KriPoZ 2016, 177 (189).

9 BT-Drs. 18/11277, S. 28.

10 Die Stellungnahme der BRAK Nr. 24/2016 geht davon aus, dass schon der wortgleiche Referentenentwurf so zu verstehen sei, dass nur Entscheidungen im Einzelfall getroffen werden können. Genau hier liegt aber die Krux der Neuerung. Wenn diese so verstanden würde, dass nicht mehr eine Einzelfallentscheidung vorgenommen wird, sondern von der Staatsanwaltschaft globale Aufträge erteilt werden, würde dies die Kontrolle der Staatsanwaltschaft konterkarieren und faktisch zu einer generellen Erscheinenspflicht führen. Eine solche hat die Expertenkommission in ihrem Bericht, S. 57, aber ausdrücklich abgelehnt.

11 Zu den Bedenken, die sich im Kern gegen eine extensive Nutzung dieser Neuerungen richten, vgl. die Stellungnahme Nr. 24/2016 der Bundesrechtsanwaltskammer, abrufbar unter www.brak.de.

12 Beides muss nicht übermäßig kritisiert werden, vgl. für die gleichlautende Regelung im Entwurf *Basar/Schiemann*, KriPoZ 2016, 177 (192).

13 Dies ist einer der wenigen Punkte, der allseits auf Zustimmung stößt.

14 Zur (allenfalls leichten) Kritik vgl. *Basar/Schiemann*, KriPoZ 2016, 177 (192).

15 *Basar/Schiemann*, KriPoZ 2016, 177 (188). Der Deutsche Richterbund hatte diese Neuerung abgelehnt, vgl. www.drb.de/stellungnahmen/2016/stpo-reform-2-stellgn.html (zuletzt geprüft am 7.3.2017); der Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer hatte sie dagegen begrüßt, vgl. Stellungnahme Nr. 24/2016, abrufbar unter www.brak.de.

16 Zum aktuellen Rechtsstand vgl. *Trück*, in: MüKo-StPO, 1. Aufl. (2014), § 81h Rn. 17.

17 Zu pro und contra einer gesetzlichen Regelung vgl. *Swoboda*, StV 2013, 461 und *Busch*, NJW 2013, 1771.

18 *BGH,* StV 2013, 427.

dass in § 81e Abs. 2 S. 1 StPO-E eine Ersetzung des Wortes „Spurenmaterial" durch das Wort „Material" vorgenommen wird. Aus Sicht des Gesetzgebers ist die Veränderung des Wortlauts deswegen nötig, weil in der „Praxis gelegentlich Zweifel" bestünden, was konkret unter Spurenmaterial zu verstehen und damit unklar sei, wann Untersuchungen nach § 81e Abs. 2 StPO (an den sog. offenen Spuren) oder nach § 81e Abs. 1 StPO (beim Beschuldigten) durchgeführt werden dürften.[19] Damit wird – ohne es direkt anzusprechen – auf die Frage angespielt, wie mit den Situationen umzugehen ist, in denen keine Sicherheit besteht, ob das Untersuchungsmaterial überhaupt Vergleichsspuren enthält. Als Beispiel nennt der Gesetzentwurf die in Tatortnähe aufgefundene Zigarettenkippe.[20] Diese und ähnliche Materialien sollen durch die Änderung dahingehend untersucht werden können, ob sie eine Spur enthalten oder nicht. Problematisch hieran ist, dass damit ein bislang wichtiger Begrenzungsparameter der Vorschrift aufgehoben wird. Eine isolierte Untersuchung von Spurenmaterial wurde bislang grundsätzlich als sinnvoll angesehen, nämlich dann, wenn der Beschuldigte zwar noch nicht ermittelt, eine Vergleichsanalyse aber zu einem späteren Zeitpunkt als wahrscheinlich anzusehen und/oder ein Verfall des Spurenmaterials zu befürchten war.[21] Eine allgemeine Ausforschung oder gar eine auf Vorrat angelegte Beweiserhebung wurde hierin nicht gesehen, weil durch die Begrenzung auf die Untersuchung der Spuren sichergestellt war, dass diese im sachlichen Zusammenhang mit der Straftat stehen.[22] Der Wortlaut der neuen Vorschrift stellt dies zur Disposition. Es mag sein, dass der Gesetzgeber nur Grenzfälle wie die Zigarettenkippe vor Augen hat. Die Auslegung des neuen Wortlauts geht allerdings darüber hinaus. Ob es (nur) bei dieser Erweiterung bleiben wird, erscheint schon jetzt als zweifelhaft. Der Bundesrat hat in seiner Stellungnahme zum Gesetzesentwurf die Bundesregierung gebeten, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob § 81e Absatz 2 StPO um die Zulässigkeit der Feststellung äußerlich erkennbarer Merkmale ergänzt werden kann.[23] Damit soll ein seit Jahren im Raum stehendes ermittlungstaktisches Bedürfnis aufgegriffen werden.[24] Ob eine solche Erweiterung mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip zu vereinbaren wäre, wird nicht einheitlich beurteilt.[25] Die Bundesregierung hat jedoch angekündigt, der Prüfbitte nachkommen zu wollen.[26]

2. Das Recht der Befangenheitsanträge (§§ 26 ff. StPO-E)

Von der Reform betroffen ist auch das Recht der Befangenheitsanträge. Wie bereits im Referentenentwurf vorgesehen, soll § 29 StPO dahingehend geändert werden, dass die Hauptverhandlung bei einem erst kurz vor dem Aufruf der Sache gestellten Ablehnungsantrag bis zur Verlesung des Anklagesatzes durch die Staatsanwaltschaft durchgeführt werden kann. Zugleich wird § 26 Abs. 1 S. 2 StPO dahingehend geändert, dass das Gericht dem Antragsteller aufgeben kann, Befangenheitsanträge schriftlich zu begründen. Für diesen Fall wird die in § 29 Abs. 2 StPO vorgesehene Frist zur Entscheidung in § 29 Abs. 3 StPO-E angepasst. Über den Antrag muss zwar unverändert bis spätestens zum Beginn des übernächsten Verhandlungstages entschieden werden. Für den Beginn der Frist wird aber nicht mehr auf das mündliche Anbringen des Gesuchs abgestellt, sondern auf die Vorlage der schriftlichen Begründung.[27] Begründet der Antragsteller seinen Antrag dann nicht schriftlich, kann der Antrag schon deswegen als unzulässig verworfen werden. Damit soll dem Gericht in Zukunft die Möglichkeit an die Hand gegeben werden, Anträgen, die aus Gründen der Verfahrensverzögerung gestellt werden, effektiv begegnen zu können.

Gesetzestechnisch hat die Bundesregierung eine andere Lösung gewählt als der Referentenentwurf. Gestrichen wird der dort in § 26 Abs. 1 S. 2 StPO-E enthaltene Anwendungsverweis auf § 257a StPO.[28] Stattdessen wird die Pflicht zur schriftlichen Begründung nun direkt in § 26 Abs. 1 S. 2 StPO-E verankert.[29] Hierbei handelt es sich nicht um eine ausschließlich kosmetische Korrektur. In der jetzigen Ausgestaltung entfällt nämlich der in § 257a S. 3 StPO ebenfalls enthaltene Verweis auf das Selbstleseverfahren. Gerade die Kombination aus der schriftlichen Begründungspflicht und der Möglichkeit für das Gericht, diese Begründung im Selbstleseverfahren einführen zu können, war Gegenstand von Kritik. Befürchtet wurde, dass es den Gerichten allzu leicht gemacht werden könnte, die „ungeliebten" Befangenheitsanträge aus der Optik der Hauptverhandlung zu entsorgen.[30] Der Regierungsentwurf begründet die nunmehr vorliegende Gesetzesformulierung damit, dass das Ablehnungsverfahren nach § 29 StPO selbst ohnehin nicht Teil der Hauptverhandlung sei und der Grundsatz der Öffentlichkeit daher nicht gelte. Daher bedürfe es

---

19 BT-Drs. 18/11277, S. 20.

20 Vgl. zur jetzigen Rechtslage *Meyer-Goßner/Schmidt*, StPO, 58. Aufl. (2015), § 81e Rn. 4 und die Entscheidungen des *LG Ravensburg*, NStZ-RR 2010, 16 und *LG Offenburg*, StV 2003, 153.

21 *Krause*, in: LR, 26. Aufl. (2008), § 81e Rn. 37.

22 *Trück*, in: MüKo-StPO, 1. Aufl. (2014), § 81h Rn. 14.

23 BT-Drs. 18/11277, S. 43 (Anlage 3).

24 *Rogall*, in: SK-StPO, 4. Aufl. (2013), § 81e Rn. 9 bezeichnet die bestehende Regelung als zu eng, da sie eine Untersuchung auf äußere Körpermerkmale des Spurenlegers untersagt.

25 Ablehnend insofern jüngst *Jahn*, ZRP 2017, 1, der bei einer Erweiterung die Vorgaben der Entscheidung des *BVerfG* (NJW 1996, 771) verletzt sehen will. *Rogall*, in: SK-StPO, 4. Aufl. (2013), § 81e Rn. 9 sieht dagegen verfassungsrechtlich keine Bedenken. *Bosch*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier-StPO, 2. Aufl. (2016), § 81e Rn. 6, hält der bisherigen Einschränkung des Untersuchungszwecks zu Gute, dass sie eine abstrakt kaum mögliche Abwägung vermeidet, durch welche Feststellungen das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen unangemessen beeinträchtigt wird.

26 BT-Drs. 18/11277, S. 47 (Anlage 4).

27 BT-Drs. 18/11277, S. 18.

28 Wörtlich sollte der neue § 26 Abs. 1 S. 2 StPO so gefasst werden: „§ 257a findet für die Begründung des Ablehnungsgesuchs entsprechende Anwendung; das Gericht kann hierfür eine angemessene Frist setzen."

29 Die jetzige Fassung des § 26 Abs. 1 S. 2 StPO-E: „Das Gericht kann dem Antragsteller aufgeben, ein in der Hauptverhandlung angebrachtes Ablehnungsgesuch innerhalb einer angemessenen Frist schriftlich zu begründen".

30 *Basar/Schiemann*, KriPoZ 2016, 177 (186) und für die gleichlautende Empfehlung der Kommission *Basar,* StraFo 2016, 226 (233).

auch einer Einführung der Begründung nicht.[31] Die Neuformulierung soll also – aus Sicht der Bundesregierung – nicht dazu dienen, die schriftliche Begründung (wieder) in die Hauptverhandlung einzuführen. Im Gegenteil: Die Erläuterungen zeugen davon, dass die Verfasser davon ausgehen, dass die seitens des Gerichts angeordnete schriftliche Begründung – so oder so – nicht Teil der Hauptverhandlung wird.[32] Ganz so einfach liegt es aber nicht. Durch den Verweis auf § 257a StPO hätte das Gericht die Anordnung zur schriftlichen Begründung auch für angekündigte oder zukünftige Anträge[33] treffen können. Damit hätte das Gericht in Ausnahmesituationen die Möglichkeit gehabt, die Ablehnungsgesuche durch vorzeitige Anordnung der schriftlichen Begründung vollständig aus der Hauptverhandlung zu eliminieren.[34] Die derzeitige Ausformulierung in § 26 Abs. 1 S. 2 StPO-E sieht aber vor, dass das Gericht dem Antragsteller eine schriftliche Begründung nur für in der Hauptverhandlung *angebrachte* (daher bereits gestellte) Ablehnungsgesuche aufgeben darf. Damit ist ausgeschlossen, dass die Regelung als „Maulkorb" genutzt wird, weil der Wortlaut der Neuregelung eine für zukünftige Anträge angeordnete Verfügung nicht zulässt. Die nunmehr avisierte Reform des Ablehnungsrechts beschneidet in der vorliegenden Form die Rechte der Verteidigung kaum.[35]

3. Audiovisuelle Dokumentation (§ 136 StPO-E)

Das Kernstück der bisherigen Reformüberlegungen war die Einführung der audiovisuellen Dokumentation von Zeugenvernehmungen, die auf die Empfehlung der Expertenkommission zurückgeht und im Referentenentwurf durch eine Änderung von § 58a StPO-E umgesetzt werden sollte.[36] Offen war nur, unter welchen Umständen die audiovisuelle Dokumentation von Zeugenvernehmungen verpflichtend sein sollte.[37] Obwohl der Regierungsentwurf die Vorteile der audiovisuellen Dokumentation hervorhebt, fällt die nunmehr vorgesehene Neuregelung hinter den Referentenentwurf zurück. Geplant ist nicht mehr die „moderate Erweiterung" der in der StPO angelegten Regelungen zur audiovisuellen Dokumentation von Zeugenvernehmungen,[38] sondern nur deren „Erprobung".[39] Konkret führt dies dazu, dass die verpflichtende audiovisuelle Aufzeichnung auf Vernehmungen von *Beschuldigten* bei einem Verdacht der Begehung vorsätzlicher Tötungsdelikte und bei besonderer Schutzbedürftigkeit des Beschuldigten beschränkt wird. Hierfür wird ein neuer § 136 Abs. 4 StPO-E geschaffen:

> *„Die Vernehmung des Beschuldigten kann in Bild und Ton aufgezeichnet werden. Sie ist aufzuzeichnen, wenn 1. dem Verfahren ein vorsätzlich begangenes Tötungsdelikt zugrunde liegt und der Aufzeichnung weder die äußeren Umstände noch die besondere Dringlichkeit der Vernehmung entgegenstehen, oder 2. die schutzwürdigen Interessen des Beschuldigten, insbesondere von a) Personen unter 18 Jahren oder b) Personen, die erkennbar unter eingeschränkten geistigen Fähigkeiten oder einer schwerwiegenden seelischen Störung leiden, durch die Aufzeichnung besser gewahrt werden können. § 58a Absatz 2 gilt entsprechend."*

Über einen Verweis in einem neuen § 163a Abs. 3 und 4 StPO-E gilt die Neuregelung auch für Vernehmungen der Staatsanwaltschaft und der Polizei. In Übereinstimmung mit dem Referentenentwurf ist eine Verschriftlichung der audiovisuellen Vernehmung nicht vorgesehen. Beibehalten wird auch, dass eine Ersetzung der Vernehmung durch Einführung der Videoaufnahme in die Hauptverhandlung nicht zugelassen wird.[40] Warum die audiovisuelle Dokumentation auf die Beschuldigtenvernehmungen in Tötungsverfahren sowie auf Fälle besonders schutzwürdiger Beschuldigter beschränkt wird, ergibt sich aus der Begründung indes nicht. Im Gegenteil: Der Gesetzentwurf bekennt sich genauso wie der Referentenentwurf seitenweise zu den Vorteilen der

---

31 Gesetzesentwurf der Bundesregierung, S. 18; s. auch *Diemer*, in: KK-StPO, 7. Aufl. (2013), § 257a Rn. 3.

32 Überspitzt gesagt: Die Verfasser sind wohl der Auffassung, man brauche § 257a StPO nicht, um zum gewünschten Ergebnis zu kommen.

33 Diese Möglichkeit besteht für die Anordnung nach § 257a StPO, vgl. *Eschelbach*, in: BeckOK-StPO, Stand: 1.10.2016, § 257a Rn. 3.

34 Die Anordnung nach § 257a StPO kann nach *Eschelbach*, in: BeckOK-StPO, Stand: 1.10.2016, § 257a Rn. 2 dazu führen, dass für die nach der Anordnung gestellten Anträge eine „Geisterverhandlung" geführt wird. Dies dürfte für die Fälle zutreffen, in denen das Gericht die Anträge entgegennimmt und anschließend im Selbstleseverfahren einführt.

35 Nicht zuletzt spielt hier eine Rolle, dass es für die Verteidigung vorzugswürdig ist, die Anträge schriftlich vorzubereiten, da die Begründung nicht protokolliert wird und ein Anspruch nach § 273 Abs. 3 StPO nicht besteht. In der Literatur wird deswegen empfohlen – vor allem in Hinblick auf §§ 338 Nr. 3, 344 Abs. 2 S. 2 StPO – die Begründung dem Gericht in schriftlicher Form zu übergeben, damit diese als Anlage zum Protokoll genommen wird, vgl. *Conen/Tsambibakis*, in: MüKo-StPO, 1. Aufl. (2014), § 26 Rn. 7; *Scheuten*, in: KK-StPO, 7. Aufl. (2013), § 26 Rn. 2.

36 Sowohl der Bericht der Expertenkommission als auch der Referentenentwurf haben sich in aller Deutlichkeit dazu bekannt, dass eine solche Dokumentation für die Wahrheitsfindung vorteilhaft sei. In erfrischender Ehrlichkeit wurden Defizite der herkömmlichen Vernehmungsdokumentation eingeräumt. Vgl. zu den Defiziten des status quo auch *Leitner*, Videotechnik im Strafverfahren, 2012, S. 101f.

37 Die Expertenkommission hatte sowohl die Kataloge des § 140 StPO als auch des § 100a StPO als Möglichkeiten in den Raum gestellt. Der Referentenentwurf war beidem nicht gefolgt und hatte stattdessen für § 58a StPO eigene Anknüpfungspunkte vorgesehen. Abgestellt wurde auf die „Schwere des Tatvorwurfs" oder die „besonders schwierige Sachlage", die es als „geboten erscheinen" lassen, die Vernehmung eines Zeugen aufzuzeichnen. Zum Ganzen samt der Folgefragen *Basar/Schiemann*, KriPoZ 2016, 177 (187).

38 So noch der Referentenentwurf, S. 19.

39 BT-Drs. 18/11277, S. 1 f.

40 Eine Einführung ist allenfalls im Rahmen von § 254 StPO-E vorgesehen.

audiovisuellen Dokumentation[41] und nimmt damit – vermeintlich – den „Ball" der Kommission und des Referentenentwurfs auf. Die Beschränkung ist auch nicht der „Erprobung" geschuldet. Zwar ist geplant, die Reform an diesem Punkt hinsichtlich der Verbesserung der Wahrheitsfindung in fünf Jahren nach Inkrafttreten des Gesetzes zu evaluieren,[42] doch soll dies ausweislich der Begründung nur dazu dienen, darüber nachzudenken, ob die Aufzeichnungspflicht auf „*andere schwere Straftaten*" (und nicht auch auf Zeugenvernehmungen) ausgeweitet werden kann.[43] Die doppelte Limitierung der zwingenden audiovisuellen Dokumentation auf Beschuldigte in vorsätzlichen Tötungsverfahren ist also „Programm". Während man aus Sicht der Verteidigung gegen eine auf vorsätzliche Tötungsverfahren beschränkte Einführung der audiovisuellen Dokumentation nichts einwenden kann,[44] muss die Beschränkung auf Beschuldigtenvernehmungen Widerspruch erzeugen. Der Zeugenbeweis ist bekanntermaßen das wichtigste[45] und zugleich unzuverlässigste Beweismittel[46] der StPO, dessen Beweiswert im Laufe eines Strafverfahrens durch den Zeitablauf und die Verblassungstendenz des menschlichen Gedächtnisses sogar noch abnimmt.[47] Insofern würden die Vorteile der audiovisuellen Dokumentation, die die Bundesregierung selbst hervorhebt, gerade hier beträchtliche Wirkung für die Wahrheitsermittlung entfalten. Mit dem zusätzlichen Aufwand alleine wird man die Entscheidung der Bundesregierung nicht begründen können.[48] Das Fazit der Neuregelung fällt somit gemischt aus: Als Vorteil steht für den Beschuldigten, dass sowohl der Inhalt seiner Aussage im Ermittlungsverfahren als auch die Einhaltung der Förmlichkeiten durch die Vernehmungsbeamten wenigstens in vorsätzlichen Tötungsverfahren und im Falle der Vernehmung besonders schutzwürdiger Personen zweifelsfrei dokumentiert werden.[49] Dies ist für diese Fälle – anders als im Referentenentwurf – zwingend vorgesehen[50] und wird gerade dann Schutzwirkung entfalten, wenn der Beschuldigte ohne Verteidiger vernommen wird.[51] Als Nachteil steht zu befürchten, dass in der Hauptverhandlung dieser Tötungsverfahren eine zweigeteilte Beweis- bzw. Glaubhaftigkeitswürdigung eingeführt wird. Gibt der Beschuldigte im Ermittlungsverfahren eine audiovisuell dokumentierte Sacheinlassung ab, wäre es für das Gericht in der Hauptverhandlung einfach(er), die Einlassung des Angeklagten auf Widersprüche zu untersuchen bzw. die Einlassung auf ihre Konsistenz zu überprüfen. Hiergegen kann zunächst nichts einzuwenden sein. Allerdings können die Aussagen der Zeugen mangels gleicher Dokumentation einer solchen intensiven Prüfung nicht unterzogen werden, mit der Folge, dass ein Ungleichgewicht bei der aussagepsychologischen Würdigung eintreten wird. Dies wird Auswirkungen vor allem auf Verfahren mit „Aussage-gegen-Aussage" Konstellationen haben, in denen eine geschlossene Darstellung der ersten Vernehmung bei der Polizei zentraler Ankerpunkt zur Beurteilung der Glaubhaftigkeit der Aussage ist.[52] Da diese bei Zeugen audiovisuell nicht dokumentiert sein wird, wird es den Gerichten – profan gesprochen – nicht einfacher gemacht

---

41 BT-Drs. 18/11277, S. 22 ff.: Die audiovisuelle Aufzeichnung gebe den Verlauf einer Vernehmung authentisch wieder und sei dem herkömmlichen schriftlichen Inhaltsprotokoll daher überlegen. Konserviert würden nämlich auch die Wahrnehmungsmängel, die nicht zuletzt darauf zurückzuführen seien, dass der Vernehmungsbeamte mit der Mitschrift „belastet" sei. Zunächst weniger wichtige Aspekte einer Aussage, die keinen Eingang in das Inhaltsprotokoll fänden, jedoch im weiteren Verlauf der Ermittlungen infolge neuer Erkenntnisse Bedeutung erlangten, würden festgehalten. Dies gelte auch für körpersprachliche Signale, deren Interpretation erst im Laufe des Verfahrens an Bedeutung gewinne. Auch für eine Hauptverhandlung biete die Aufzeichnung Vorteile, indem zeitraubenden Streitigkeiten darüber, ob und wann und wie etwas gesagt wurde, von vornehinein der Boden entzogen sei. Entbehrlich sei dann auch die Ladung des Vernehmungsbeamten zur Einführung der früheren Aussage als Zeuge vom Hörensagen (samt minderer Beweisqualität).

42 BT-Drs. 18/11277, S. 17.

43 A.a.O., S. 22.

44 Immerhin handelt es sich um eine Verbesserung zum jetzigen Rechtszustand.

45 *Barton*, Einführung in die Strafverteidigung, 2. Aufl. (2013), § 14 Rn. 1; *Gerst*, in: Gerst (Hrsg.), Zeugen in der Hauptverhandlung, 1. Aufl. (2016), Rn. 6 mit Verweis auf die Rechtsprechung des Großen Senats des *BGH* vom 17.10.1983.

46 *Sommer*, Effektive Strafverteidigung, 3. Aufl. (2016), Rn. 1338.

47 *Bender/Nack/Treuer*, Tatsachenfeststellung vor Gericht, 4. Aufl. (2014), Rn. 115 ff.

48 Laut polizeilicher Kriminalstatistik gab es 2015 etwa 2000 Mord- und Totschlagsverfahren. Die Einbeziehung von Zeugen in die Dokumentationspflicht würde zwar einen deutlichen Mehraufwand nach sich ziehen, wäre aber angesichts des Anteils dieser Verfahren an den erfassten Gesamtfällen beherrschbar. Dem Mehraufwand stünden überdies Effizienzgewinne (Entbehrlichkeit der Ladung von Vernehmungsbeamten) entgegen.

49 *Bender/Nack/Treuer*, Tatsachenfeststellung vor Gericht, 4. Aufl. (2014), S. 291. Dies ist natürlich nur als Vorteil zu werten, wenn man dies mit der jetzigen Rechtslage vergleicht. Blickt man indes auf den Referentenentwurf ist die Regelung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung ein Rückschritt.

50 Der Bundesrat hat in seiner Stellungnahme, BT-Drs. 18/11277, S. 44 allerdings dafür plädiert, das im Referentenentwurf enthaltene Kriterium der Gebotenheit wieder einzuführen, um „Beurteilungsspielräume für eine erforderliche Abwägung im Einzelfall zu eröffnen". Befürchtet wird, dass der Beschuldigte sich erkennbar gegen die Aufzeichnung sträubt, durch diese offenkundig gehemmt ist oder sie für sachfremde (z. B. selbstdarstellerische) Zwecke missbraucht. Daher sei auch zu befürchten, dass Beschuldigte gezwungen wären, zu schweigen, obwohl sie aussagen wollten. Die Bundesregierung, BT-Drs. 18/11277, S. 47 hat darauf verwiesen, dass im Gesetzesentwurf vorgesehen ist, dass der Aufzeichnung die äußeren Umstände oder die besondere Dringlichkeit nicht entgegenstehen dürfen. Da dem Beschuldigten ohnehin das Recht zusteht, die Aussage zu verweigern, sei eine weitere Schaffung von Ausnahmen nicht angezeigt. Die Bedenken des Bundesrates hinsichtlich eines aussagebereiten Beschuldigten, der ungern „vor der Kamera" sprechen möchte, sind nicht völlig aus der Luft gegriffen. Es mag Konstellationen geben, in denen die avisierte (zwingende) Neuregelung, den Beschuldigten in die Schweigeverteidigung „treibt". Im Ergebnis spricht dies aber nicht dafür, die jetzige Regelung noch weiter zu verwässern, sondern zur Regelung des Referententwurfs zurückzukehren. Wenn die Aufzeichnung gleichmäßig für alle Aussagen in einem Strafverfahren implementiert wird, wird der „gehemmte" Beschuldigte besser nachvollziehen können, dass dies ein üblicher Vorgang ist, der sich nicht ausschließlich gegen ihn richtet. Es wird Aufgabe der Verteidiger sein, den Beschuldigten über die Vorteile zu informieren, die die Aufzeichnung im Gegensatz zum herkömmlichen Inhaltsprotokoll für den Beschuldigten hat. Die Anzahl der Fälle, in denen Aussagen nur wegen der Aufzeichnung nicht getätigt werden, dürfte überschaubar sein.

51 Es wird spannend sein zu beobachten, wie sich dies auf die Strategie der Vernehmungsbeamten in diesen Verfahren auswirken wird. Die von *Bender/Nack/Treuer*, Tatsachenfeststellung vor Gericht, 4. Aufl. (2014), S. 208 und *Leitner*, Videotechnik im Strafverfahren, 2012, S. 102 formulierten Kritikpunkte bei polizeilichen Vernehmungen dürften zunehmend in den Fokus der Beweiswürdigung rücken.

52 Beispielhaft *BGH,* StV 2014, 720.

werden, den Zeugen „Glauben zu schenken“, wenn zeitgleich eine vollständige Dokumentation einer frühen ersten Vernehmung des Angeklagten vorliegt (samt körpersprachlicher Signale). Dagegen mag man einwenden, dass „Aussage-gegen-Aussage“ Konstellationen in Totschlags- und Mordverfahren die Ausnahme bilden. Das Ungleichgewicht wird aber auch in den Verfahren, in denen diese Konstellation nicht vorliegt in die Beweiswürdigung ausstrahlen. Diesmal zu Lasten des Beschuldigten: Kleinste Unsicherheiten in seiner Vernehmung (Mimik, langes Zögern auf Fragen, Stimmlage etc.) werden in das Hauptverfahren transportiert. Diese wiegen dort für die Glaubhaftigkeit des Beschuldigten schwerer als für den Zeugen,[53] dessen mögliche Defizite der ersten Vernehmung(en) unter dem Regime der Neuregelung im Verborgenen bleiben werden. Beide Varianten führen somit zu strukturellen Ungerechtigkeiten. Es macht den Anschein, als hätte die Bundesregierung die Friktionen nicht bedacht, die in der Beschränkung der audiovisuellen Dokumentation auf Beschuldigtenvernehmungen für die aussagepsychologischen Grundlagen der Beweiswürdigung liegen. Für die Wahrheitsermittlung und das Prinzip der Fairness ist mit dieser „gespaltenen“ Dokumentation jedenfalls nichts gewonnen. Die Chance, einen Meilenstein für die Weiterentwicklung des Strafprozesses zu markieren, scheint vertan.

4. Antrag auf Pflichtverteidigerbestellung (§ 141 StPO-E)

Ebenfalls einen Schritt zurück geht die Bundesregierung bei der Pflichtverteidigung. Der Referentenentwurf wollte durch Schaffung eines neuen § 141 Abs. 3 S. 4 StPO dem Beschuldigten schon im Ermittlungsverfahren ein eigenes Antragsrecht auf Bestellung eines Pflichtverteidigers zusprechen.[54] Auch diese Neuerung ging auf die Initiative der Kommission zurück. Diese hatte in der bisherigen Rechtslage eine „nicht hinnehmbare Rechtsschutzlücke“ gesehen, nicht zuletzt weil im Ermittlungsverfahren „häufig grundlegende Weichen für das gesamte Verfahren gestellt werden“.[55] Die Bundesregierung hat § 141 Abs. 3 S. 4 StPO des Referentenentwurfs gestrichen und damit das eigene Antragsrecht des Beschuldigten wieder entfernt. Auch hier erschließt sich aus der Begründung nicht, warum sich die Bundesregierung hierzu entschlossen hat.[56] Eingeführt wird – wie im Referentenentwurf ebenfalls verankert – die Pflicht des Richters, einen Pflichtverteidiger zu bestellen, wenn eine richterliche Vernehmung durchgeführt und dies durch die Staatsanwaltschaft beantragt wird oder zur Wahrnehmung der Rechte des Beschuldigten geboten erscheint. Eine Stärkung des Beschuldigten ist darin jedoch nicht zu sehen. Die Einführung der Pflichtverteidigerbestellung bei einer richterlichen Vernehmung beruht ausweislich der Begründung nur darauf sicherzustellen, dass die Aussagen von Belastungszeugen, die in der Hauptverhandlung absehbar nicht zur Verfügung stehen werden, später eingeführt werden können, ohne den fair trial-Grundsatz zu verletzen.[57] Die Regelung soll also nicht den Beschuldigten schützen, sondern zur Konservierung und Portabilität von Belastungsaussagen beitragen. Dagegen wäre nichts einzuwenden, wenn dem Beschuldigten zugleich ein eigenes Antragsrecht für das Ermittlungsverfahren zugesprochen würde. In dieser Form stellt die Neuregelung jedoch eine die Verfahrensbalance missachtende Schwerpunktsetzung der Bundesregierung dar.

5. Vorbereitender Termin (§ 213 StPO-E)

Eine kleinere Veränderung hat die Bundesregierung im Referentenentwurf hinsichtlich des Termins zur Vorbereitung vorgenommen. Nunmehr soll ein Termin zur Abstimmung des äußeren Ablaufs des Verfahrens nur bei Hauptverhandlungen durchgeführt werden, die voraussichtlich mehr als zehn Hauptverhandlungstage andauern werden.[58] Im Referentenentwurf war diese Vorgehensweise schon für Hauptverfahren mit mehr als drei Hauptverhandlungstagen vorgesehen. Angesichts des Sollcharakters der Vorschrift sowie der ohnehin weit verbreiteten Praxis, solche Gespräche nach Bedarf durchzuführen, wird diese Veränderung, wie auch die ganze Vorschrift, kaum Bedeutung erlangen.[59]

6. Erklärungsrecht der Verteidigung (§ 243 StPO-E)

Für die Verteidigung mit einem Nachteil versehen ist auch die geplante Erweiterung des § 243 StPO. Während der Referentenentwurf den Vorschlag der Kommission aufgenommen hatte, der Verteidigung einen gesetzlichen Anspruch auf Abgabe einer Eröffnungserklärung zuzusprechen, will die Bundesregierung dies im neuen § 243 Abs. 5 S. 2 StPO-E nur in bestimmten Fällen zulassen:

> *„Auf Antrag erhält der Verteidiger in besonders umfangreichen erstinstanzlichen Verfahren vor dem Land- oder Oberlandesgericht, in denen die Hauptverhandlung voraussichtlich länger als zehn Tage dauern wird, Gelegenheit, vor der Vernehmung des Angeklagten für diesen eine Er-*

[53] Dabei spielt eine Rolle, dass der Angeklagte nach *Eschelbach,* in: BeckOK-StPO, Stand: 1.10.2016, § 261 Rn. 12 schon zu Beginn des Hauptverfahrens gegenüber dem Richter im Vergleich zu den Zeugen mit einer „ungünstigeren“ Glaubwürdigkeitseinschätzung hinsichtlich seiner Person konfrontiert ist. Etwas vereinfacht gesagt: Der Angeklagte ist gegenüber einem Zeugen noch vor der ersten Vernehmung in der Hauptverhandlung hinsichtlich seiner Glaubwürdigkeit im „Hintertreffen“.

[54] Den Antrag hätte er bei der Staatsanwaltschaft stellen müssen.

[55] Bericht der Expertenkommission, S. 44.

[56] Die Passagen, mit denen das eigene Antragsrecht des Beschuldigten im Referentenentwurf begründet wurde, sind nicht mehr enthalten.

[57] BT-Drs. 18/11277, S. 26 f. Hier geht es also um die Wahrung des Konfrontationsrechts.

[58] Der Bundesrat, BT-Drs. 18/11277, S. 45 hat sich dafür ausgesprochen, dass Wort „Abstimmung“ durch das „Erörterung“ zu ersetzen, um den Anschein zu vermeiden, dass der Vorsitzende „Einvernehmen“ zum Ablauf der Verhandlung herzustellen habe. Die Bundesregierung BT-Drs. 18/11277, S. 48 hat diesem Vorschlag jedoch eine Absage erteilt. Sie sieht die Hoheit über den Verfahrensgang unverändert beim Gericht und hat zugleich dargelegt, dass das Wort im Gesetzesentwurf mit Bedacht gewählt worden ist, um klarzustellen, dass keine „Erörterung“ im Sinne der §§ 257b und 257c StPO gemeint ist.

[59] Anders wäre dies nur, wenn der Erörterungstermin verpflichtend wäre. Dazu hatte sich aber schon die Kommission nicht durchringen können, vgl. *Basar*, StraFo 2016, 226 (234).

klärung zur Anklage abzugeben, die den Schlussvortrag nicht vorwegnehmen darf. Der Vorsitzende kann dem Verteidiger aufgeben, die weitere Erklärung schriftlich einzureichen, wenn ansonsten der Verfahrensablauf erheblich verzögert würde; § 249 Absatz 2 Satz 1 gilt entsprechend."

Die Bundesregierung unterstellt für ihre Veränderung, dass (nur) in Verfahren mit mehr als zehn Hauptverhandlungstagen vor dem LG oder *OLG* eine Eröffnungserklärung der Verteidigung förderlich sei. Wenn man den Mehrwert des Erklärungsrechts jedoch darin sieht, dass die Verteidigung ihre Strategie gegenüber den übrigen Verfahrensbeteiligten offenlegt,[60] kann eine solch eingeschränkte Regelung des Erklärungsrechts kaum überzeugen. Die Erfahrung zeigt, dass die Verteidigung die Sinnhaftigkeit einer Eröffnungserklärung in jedem Verfahren individuell abwägt. Dabei gibt es Verfahren vor dem Strafrichter oder dem Schöffengericht, bei denen eine solche Erklärung einen Mehrwert darstellen kann, und Verfahren vor dem *LG* oder *OLG*, bei denen eine solche Erklärung überflüssig ist. Noch unklarer wird die Regelung, wenn man einbezieht, dass das neue Erklärungsrecht vor dem *LG* oder *OLG* nur gelten soll, wenn mit einer Hauptverhandlung von mehr als zehn Hauptverhandlungstagen zu rechnen ist.[61] Besser wäre es gewesen, an der Version des Referentenentwurfs festzuhalten, der überhaupt keine Differenzierung vorsah. Die Bundesregierung hat weiterhin den Wortlaut des Referentenentwurfs unverändert übernommen, dass der Verteidiger die Erklärung vor der Vernehmung des Angeklagten *für diesen* abgeben kann.[62] Der Gesetzesentwurf stellt in der Begründung nunmehr ausdrücklich klar, dass das neue Erklärungsrecht inhaltlich an dem Äußerungsrecht des Angeklagten ansetze und damit ein eigenes Recht des Verteidigers *nicht* geschaffen werde.[63] Aus diesem Grund muss davon ausgegangen werden, dass das in § 243 Abs. 5 S. 3 StPO-E geschaffene Erklärungsrecht als Einlassungssurrogat des Angeklagten gewertet werden wird. Die Begründung ist insofern an einer weiteren Stelle zweideutig, weil zugleich ausgeführt wird, dass die Eröffnungserklärung nicht immer Teile einer Einlassung enthalten werde.[64] Man wird aber nicht so weit gehen können, dies als Argument dafür heranzuziehen, dass die „Erklärung zur Anklage" eine nicht verwertbare Prozesserklärung darstellt. Dies zeigt ein Blick auf eine andere prominente Vorschrift der StPO, in der das Wort „Erklärung" enthalten ist, nämlich § 257 StPO. Die in diesem Rahmen erfolgte Erklärung des Angeklagten wird strafprozessual als Ergänzung der Einlassung nach § 243 Abs. 5 StPO gesehen.[65] Anders als in dem jetzt vorgesehenen Erklärungsrecht zur Anklage nach § 243 Abs. 5 S. 3 StPO-E wird in § 257 Abs. 2 StPO der Verteidigung ein eigenes Recht zur Erklärung eingeräumt, das der Verteidiger ausdrücklich auch dann ausüben kann, wenn der Angeklagte schweigt.[66] Die in dieser Vorschrift vorgenommene Differenzierung lässt Rückschlusse auf das neu in § 243 Abs. 5 S. 3 StPO-E verankerte Erklärungsrecht zu. Auch wenn der Verteidiger keine Einlassung vorträgt, wird die Erklärung angesichts der gesetzlichen Zuweisung (und der fehlenden Berechtigung zu einer Erklärung nach eigenem Recht) zukünftig der Beweiswürdigung unterliegen.[67] Aus Sicht der Verteidigung bieten sich so gesehen wenige Vorteile, nicht zuletzt weil in diesem Modell Folgefragen im Raum stehen, die erst noch geklärt werden müssen.[68] Für den schweigenden Angeklagten wird sich die Abgabe einer Erklärung kaum anbieten. Die im Gesetzesentwurf enthaltene Vorschrift ist daher insgesamt abzulehnen. Schon die Beschränkung auf erstinstanzliche Verfahren vor dem *OLG* und dem *LG* mit einer voraussichtlichen Dauer von mehr als 10 Hauptverhandlungstagen wird der Vielzahl an Verfahrenssituationen nicht gerecht und überzeugt nicht. Durch die Ausgestaltung der Erklärung als zurechenbare Erklärung des Angeklagten wird das Reformziel der Kommission verfehlt. Diese wollte die Erklärung des Verteidigers im Gesetz verankern, weil sie sich hierdurch eine Verbesserung der Transparenz der Hauptverhandlung erhoffte.[69]

7. Beweisantragsrecht (§ 244 Abs. 6 StPO-E)

Ebenfalls verschärft wurde die bereits im Referentenentwurf umgesetzte Empfehlung der Expertenkommission zum Beweisantragsrecht. Diese sah vor, § 244 Abs. 6 StPO dahingehend zu ändern, dass nach Abschluss der Beweisaufnahme den Verfahrensbeteiligten eine ange-

---

60 So sehen es auch der Bundesrat und die Bundesregierung, BR-Drs. 796/16, S. 33/34 = BT-Drs. 18/11277, S. 31/32.

61 Die Folgefrage, die sich aus Verteidigersicht aufdrängen muss, ist, worauf bei der voraussichtlichen Dauer abgestellt wird. Es gibt nicht wenige Verfahren, in denen das Gericht die „strittigen" Punkte „anverhandelt", um Verfahrenserörterungen auf eine breitere Erkenntnisbasis zu stellen. Verfahren, bei denen diese Vorgehensweise angewandt wird, haben meist das Potential, weit über 10 Tage verhandelt zu werden. Wenn man für die Bewertung, ob der Verteidigung ein Anspruch nach § 243 Abs. 5 S. 2 StPO zusteht, auf den ersten Ladungsplan abstellte, könnte dies dazu führen, dass ihr kein Erklärungsrecht zustünde, obwohl – nach ergebnisloser Verfahrenserörterung – die Verhandlung dann abweichend von der ersten Planung doch weit mehr als 10 Hauptverhandlungstage andauert. Umgekehrt kann der Verteidigung auch ein Recht zustehen, obwohl die Verhandlung unerwartet abgekürzt wird.

62 Dies wurde so ausgelegt, dass die Erklärung des Verteidigers in Zukunft ohne Weiteres als Sacheinlassung des Angeklagten gewertet würde, was auf Ablehnung gestoßen ist. Der Strafrechtsausschuss der BRAK hat in seiner Stellungnahme 24/2016 ausgeführt, dass die Erklärung des Verteidigers keine solche des Angeklagten sei und man nichts gewinne, wenn man ihr diese Bedeutung beimesse. In der Tat wäre es etwas künstlich, eine Erklärung der Verteidigung, die sich vielleicht nur zum Ermittlungsergebnis positioniert und die Richtung der Verteidigung ankündigt, in eine Sacheinlassung umzuwidmen.

63 BT-Drs. 18/11277, S. 31.

64 A.a.O., S. 32.

65 *Velten,* in: SK-StPO, 5. Aufl. (2016), § 257 Rn. 3.

66 *Stuckenberg*, in: KMR-StPO, § 257 Rn. 17; *Velten*, in: SK-StPO, 5. Aufl. (2016), § 257 Rn. 3.

67 Zur bisherigen Linie vgl. *Meyer-Goßner/Schmidt*, 58. Aufl. (2015), § 261 Rn. 16a.

68 Die drängendste Frage wird es sein, ob eine solche Wirkung nur für die Fälle eintritt, in denen von dem gesetzlichen Erklärungsrecht Gebrauch gemacht wird. Damit zusammenhängend stellt sich die Folgefrage, ob überhaupt noch daran zu denken ist, dass das Gericht im Rahmen der Sachleitung – also ohne formellen Antrag der Verteidigung – der Verteidigung ein solches Erklärungsrecht zuspricht. Dies wird vor allem für die Verfahren relevant werden, in denen das gesetzliche Erklärungsrecht nicht gilt.

69 Für die Kommission war der ausschlaggebende Gesichtspunkt für die Bejahung des Erklärungsrechts, dass die Kommunikation zwischen den Verfahrensbeteiligten von Anfang an gestärkt werden würde, vgl. Bericht der Expertenkommission, S. 115.

messene Frist zur Stellung von Beweisanträgen gestellt werden kann. Anträge, die nach dieser Frist gestellt werden, sollten dann erst mit dem Urteil beschieden werden können. Anders als bei der durch die Rechtsprechung entwickelten Fristenlösung,[70] die in der Fristverletzung (nur) ein signifikantes Indiz zur Prozessverschleppung nach § 244 Abs. 3 S. 2 StPO sieht, wird aus Sicht der Kommission und des Gesetzgebers durch die Neuregelung nicht in das Beweisrecht eingegriffen. Es werde nur der Zeitpunkt der Entscheidung verlagert.[71] Dagegen stehen Bedenken aus Sicht der Verteidigung im Raum, die vor allem darauf zurückzuführen sind, dass bei extensiver Auslegung der Vorschrift dem Gericht die Gelegenheit an die Hand gegeben wird, den Diskursprozess zu verkürzen.[72] Der Gesetzentwurf vertieft diese Problematik, weil er zwei Verschärfungen enthält:

> *„Nach Abschluss der von Amts wegen vorgesehenen Beweisaufnahme kann der Vorsitzende eine angemessene Frist zum Stellen von Beweisanträgen bestimmen. Beweisanträge, die nach Fristablauf gestellt werden, können im Urteil beschieden werden; dies gilt nicht, wenn die Stellung des Beweisantrags vor Fristablauf nicht möglich war. Wird ein Beweisantrag nach Fristablauf gestellt, sind die Tatsachen, die die Einhaltung der Frist unmöglich gemacht haben, mit dem Antrag glaubhaft zu machen."*

Sollte es nach dem Referentenentwurf noch möglich sein, das Versäumnis fristgerechter Antragstellung zu entschuldigen,[73] wird nunmehr nicht auf das Verschulden des Antragstellers abgestellt, sondern darauf, ob die Stellung des Beweisantrags vor Fristablauf *möglich* war. Als Beispiel für eine Unmöglichkeit nennt die Begründung den Fall, dass ein „Beweismittel dem Antragsteller nach Ablauf der Frist bekannt geworden ist".[74] Die Tatsachen, die dies belegen, muss die Verteidigung in Zukunft mit dem Antrag glaubhaft machen. Diese neuen Formulierungen müssen aufhorchen lassen, denn sie tangieren das „taktische Zurückhalten" von Anträgen, das Teil nahezu jeder Verteidigungsstrategie ist,[75] in noch stärkerem Maße als der Referentenentwurf. Um die Neuregelung richtig bewerten zu können, darf man den Rahmen des derzeitigen Beweisrechts nicht aus den Augen verlieren. Das Beweisrecht ist so ausgestaltet, dass es dem Angeklagten und seinem Verteidiger das Recht gibt, Beweiserhebung *gegen den Willen des Gerichts* zu erzwingen, da hierdurch strukturelle Defizite des Strafprozesses kompensiert werden sollen.[76] Das starke Beweisrecht der Verteidigung in der Hauptverhandlung soll ihre schwache Stellung im Ermittlungsverfahren ausgleichen und so dem Angeklagten die Möglichkeit geben, die Verdachtshypothese zu entkräften. Dies war jedenfalls das „klassische" Verständnis des historischen Gesetzgebers bei der Zweiteilung des Strafverfahrens in ein Ermittlungs- und Hauptverfahren.[77] Wenn man diese Konzeption in die Bewertung einschließt, lässt sich nachvollziehen, warum aus Sicht von Verteidigern der Eingriff in das Beweisrecht als empfindlicher Eingriff in die Verfahrensbalance angesehen wird. Die Kritik an der Neuregelung (und an der Verschärfung durch den Gesetzentwurf) bezieht sich nicht so sehr auf die damit intendierte Eindämmung von Extremfällen. Das in der Praxis bestehende Bedürfnis der Tatgerichte, in diesen Fällen[78] eine gesetzliche Prozessregel an der Hand zu haben, dürfte auch Verteidigern im Prinzip einleuchten. Die Kritik an der Neuregelung speist sich aus der Sorge bzw. Erfahrung, dass eine Einschränkung des Beweisrechts in der Verfahrenswirklichkeit nicht auf diese Fälle beschränkt bleibt. Sowohl die Kommission als auch der Gesetzgeber haben in ihren Erwägungen unberücksichtigt gelassen, dass es neben Verteidigern, die das Beweisrecht nicht zur Kommunikation nutzen wollen, gleichfalls Gerichte gibt, die sich dem kommunikativen Diskurs in der Hauptverhandlung dadurch entziehen, dass Beweisanträge lange zurückgestellt und spät (nicht selten erst kurz vor Schluss des vom Gericht vorgesehenen Beweisprogramms) verbeschieden werden. In diesen Fällen wird man kaum der Verteidigung den Vorwurf machen können, dass sie erst „spät" mit ihrem Beweisprogramm beginnt. Dasselbe gilt für die Konstellationen, in denen die Verteidigung bewusst das Ende des amtlichen Beweisprogramms abwartet, weil sie zunächst bewerten will, wie sich die Beweisführung der Anklage entwickelt.[79] Nach dem Willen der Bundesregierung wird das Gericht zukünftig in beiden dargestellten Konstellationen die Möglichkeit erhalten, eine Frist zu setzen und die Strategie der Verteidigung zu unterminieren.[80] Hinzu tritt, dass der Ausnahmetatbestand derart verschärft wird, dass es für die Verteidigung nur noch in sehr seltenen Ausnahmekonstellationen möglich sein wird, diese Voraussetzung zu erfüllen. Denn regelmäßig wird es bei den nach der Frist gestellten Anträgen nicht um neue Beweismittel, sondern um zurückgehaltene oder (spontan) neu entwickelte Anträge gehen. In der vom Referentenentwurf vorgesehenen Fassung wäre für das Stellen von Anträgen nach Fristablauf durchaus noch Raum gewesen.[81] Insgesamt ist daher Skepsis gegenüber

---

70 Zum Ganzen *Trüg/Habetha*, in: MüKo-StPO, 1. Aufl. (2016), § 244 Rn. 329 f.

71 *Basar/Schiemann*, KriPoZ 2016, 177 (191) mit Fundstellen und BT-Drs. 18/11277, S. 33.

72 So vor allem *Börner*, StV 2016, 681.

73 Referentenentwurf, S. 42.

74 BT-Drs. 18/11277, S. 33.

75 Dessen war sich die Kommission durchaus bewusst, vgl. Bericht der Expertenkommission, S. 143.

76 *Trüg/Habetha*, in: MüKo-StPO, 1. Aufl. (2016), § 244 Rn. 1.

77 *Basar*, Modernes Strafrecht, 1. Aufl. (2014), S. 82.

78 Als Musterbeispiel für einen solchen Extremfall gilt nach *Trüg/Habetha*, in: MüKo-StPO, 1. Aufl. (2016), § 244 Rn. 329 der Fall, der der *BGH* Entscheidung (NJW 2005, 2466) zur Beweisantragsfrist zu Grunde lag. Hier hatte die Verteidigung nach Abschluss der Beweisaufnahme noch 320 Beweisanträge gestellt.

79 *Trüg/Habetha*, in: MüKo-StPO, 1. Aufl. (2016), § 244 Rn. 149.

80 Einzige Voraussetzung für die Setzung einer Frist ist das Ende der (vom Gericht) vorgesehenen amtlichen Beweisaufnahme.

81 Die Kommission, auf die der Vorschlag im Referentenentwurf unverändert zurückging, war sich durchaus bewusst, dass sich auch nach Ablauf der Fristsetzung die Notwendigkeit zur Stellung von Anträgen ergeben kann. In dem Gutachten von *Krauß* (vgl. Anlagenband I, S. 578), in dem er für die „maßvolle" Einführung einer Präklusionsvorschrift plädiert, wird darauf hingewiesen, dass ein Wiedereintritt in die Beweisaufnahme dann zugelassen werden sollte, wenn sich erst aus den Schlussvorträgen das Erfordernis ergibt, einen zunächst nicht für erforderlich gehalten Beweisantrag zu stellen.

der Neuregelung angebracht, da sie das Potential hat, die Verfahrensrealität des Beweisrechts so zu bestimmen, dass auch legitime Verteidigungsinteressen eingeschränkt werden.

IV. Bewertung und Ausblick

Der jetzige Entwurf bleibt weit hinter dem zurück, was die Kommission empfohlen und der Referentenentwurf formuliert hat. Nahezu alle vorgenommenen Veränderungen des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung „kassieren" die Verbesserungen für Bürger, denen die Rechtsgemeinschaft einen Tatvorwurf anlastet, wieder ein.[82] Sollte dieser Entwurf Gesetz werden, bliebe von der ursprünglichen Stoßrichtung der Kommission wenig übrig. Stattdessen würden sich dann überwiegend die Vorschläge durchsetzen, die die Strafverfolgung schärfen. Auffällig ist, dass die Bundesregierung die Veränderungen vor allem dort angesetzt hat, wo die Verteidigung – im Sinne offener Kommunikation – durch Partizipation gestärkt worden wäre. Man kann sich des Eindrucks daher nicht erwehren, dass die Entscheidungsträger der Veränderungen zu denjenigen gehören, die die Verteidigung *grundsätzlich* als „Störfaktor" betrachten. Dies mag Spekulation sein. Es sei aber der Hinweis erlaubt, dass die „Krise der StPO"[83] nicht aus der (traditionell ohnehin nicht stark ausgestalteten)[84] Rolle der Verteidigung resultiert, sondern auf eine Vielzahl isolierter Reformen zurückgeht, in deren Zentrum oft die „Überbetonung des staatlichen Interesses an der strafrechtlichen Rechtsdurchsetzung" stand.[85] Entscheidend ist, dass die von der Regierung vorgenommenen Veränderungen dem von der Kommission formulierten Programm nicht gerecht werden. Diese hatte neben der Verfahrensbeschleunigung als einem Ziel auch die *Stärkung* der Beschuldigtenrechte und die *Förderung* von Transparenz und Kommunikation im Strafverfahren als Leitlinien der Reform ausgegeben, wozu sich auch der jetzt vorliegende Gesetzentwurf der Bundesregierung auf dem Papier bekennt.[86] In der Sache wird er diesen Zielen aber nicht gerecht.

[82] Der Deutsche Richterbund hat die Veränderungen begrüßt und festgestellt, dass zahlreiche „Petita des Deutschen Richterbundes aufgenommen" worden sind, vgl. www.drb.de/stellungnahmen/2016/stpo-reform-2-stellgn.html (zuletzt geprüft am 7.3.2017).

[83] So *Kühne*, in: LR, 27. Aufl. (2016), Einl. Abschn. F. Rn. 214; zustimmend *Rieß*, ZIS 2009, 466 (482).

[84] *Ignor*, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532 - 1866, 2002, S. 12.

[85] *Kühne*, in: LR, 27. Aufl. (2016), Einl. Abschn. F. Rn. 236.

[86] BT-Drs. 18/11277, S. 11 ff.

Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Strafverfahren und zur Änderung des Schöffenrechts (BT-Drs. 18/9534) Stellungnahme zur geplanten Änderung des Schöffenrechts

*von Dr. Oliver Harry Gerson**

Abstract
Der Beitrag beleuchtet ausschließlich die geplanten Änderungen des Schöffenrechts. Die Modifikationen des Entwurfs der Bundesregierung laufen auf ein "ununterbrochenes" Schöffenamt sowie eine strukturelle Reduktion der Auswahllisten für potentielle Kandidaten hinaus, was insgesamt als wenig nachvollziehbar und kontra-produktiv zu bewerten ist. Mit Blick auf die rechtlichen, demokratietheoretischen und sozial-psychologischen Implikationen der "Institution Schöffe" ist zudem zu konstatieren, dass der "große Wurf" durch die angedachten Änderungen jedenfalls nicht gelungen ist. Stattdessen verfängt sich das Vorhaben in inneren Widersprüchen und läuft darüber hinaus Gefahr, neue Asymmetrien im Strafverfahren zu verfestigen. Der Beitrag zeigt zudem auf, dass die erhofften Effekte von Laienrichtern auf das Strafverfahren oftmals hinter deren tatsächlicher Wirkung zurückbleiben.

Neben Maßnahmen zur Stärkung der Verfahrensrechte des Beschuldigten[1] sind einschneidende Änderungen der Regelungen über den Einsatz von Schöffen im Strafverfahren – etwas „versteckt"[2] – am Ende des Entwurfs eines Zweiten Gesetzes zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Strafverfahren und zur Änderung des Schöffenrechts (im Folgenden: RegE) geplant. Bei der „Amtsdauer" der Laienrichter und bei der Erstellung der Schöffenvorschlagslisten sieht der Gesetzgeber Handlungsbedarf.

Die Aufgabenbeschreibung von Schöffen hat im deutschen Strafverfahrensrecht durch die Regelung in über 27 Vorschriften herausragende Detail- und Regelungsdichte erfahren. Ehrenamtliche Richter[3] dürfen bei Gericht nur auf Grund eines Gesetzes und unter gesetzlich bestimmten Voraussetzungen tätig werden, § 44 Abs. 1 DRiG.[4] Für die amtsgerichtlichen Verfahren wurde von dieser Möglichkeit in den §§ 28-58 GVG Gebrauch gemacht, für das landgerichtliche Verfahren gilt die Spezialnorm des § 77 GVG, die in ihrem Absatz 1 auf die §§ 30 ff. GVG verweist.[5] Soweit das Gesetz nicht gesondert Ausnahmen bestimmt, üben die Schöffen während der Hauptverhandlung das Richteramt in vollem Umfang und mit gleichem Stimmrecht wie die Berufsrichter aus[6] und nehmen an den im Laufe einer Hauptverhandlung zu erlassenden Entscheidungen teil, die in keiner Beziehung zur Urteilsfällung stehen[7] und die auch ohne mündliche Verhandlung erlassen werden können, § 30 Abs. 1 GVG.[8] Dabei ist der ehrenamtliche Richter in gleichem Maße wie der Berufsrichter unabhängig, § 45 Abs. 1 DRiG[9] und zugleich Teil der „rechtsprechenden Gewalt" i.S. des § 1 DRiG. Keinesfalls ist er daher „Richter 2. Klasse".[10] Die Beteiligung von Nichtjuristen an der Rechtsprechung dient dazu, den angeblich überbordenden Einfluss des „volksfernen" Staates zu verringern,[11] ist mithin Ausfluss „demokratischer"[12] bzw. repräsentativer Erwägungen. Andere Nationen entschieden sich durch institutionalisierte Geschworenengerichte sogar für noch weitergehende Formen der „*decision by peers*"[13], denn die „Volksjustiz", die einen „Wahrspruch" erlässt, kommt zunächst bekömmlich daher.[14] Kritiker sehen in Schöffen hingegen nichts anderes

---

* Der Autor ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht, Strafprozessrecht sowie Wirtschaftsstrafrecht von Prof. Dr. Robert Esser, Universität Passau.

1 Dazu *Esser*, in KriPoZ 3/2017.

2 In den drei bisherigen Stellungnahmen zum RegE (BDK, BDR und DVJJ) widerspricht nur der BDR ausdrücklich: „Die angedachte Regelung stellt den Sinn des Schöffenamts in Frage. Eine Wahl ins Schöffenamt ohne eine zeitliche Beschränkung führt zu einer nicht gewollten Professionalisierung. Lediglich das Erreichen des Lebensalters von 75 Jahren als zeitliche Beschränkung einzusetzen ist weder angemessen noch sachlich gerechtfertigt."

3 Die unterschiedlichen Bezeichnungen „Schöffe", „Handelsrichter" und „Ehrenamtlicher Richter" ergeben sich aus § 45a DRiG.

4 Das erfordert auch Art. 6 EMRK, vgl. EGMR Posokhov v. Russland, Urt. v. 04.03.2003, Individualbeschwerde Nr. 63486/00; *Esser*, in: LR-StPO, Bd. 11, 26. Aufl. (2012), Art. 6 Rn. 136.

5 Im JGG finden sich Regelungen in den §§ 33-33b, 35 JGG.

6 BGHSt 43, 36.

7 Z.B. §§ 228 Abs. 1 S. 1, 230 Abs. 2, 231 Abs. 2, 231a Abs. 3 S. 1, 231b, 231c, 238 Abs. 2 StPO; §§ 171a, 171b, 174 GVG.

8 Zu den Grenzen der Beteiligung genauer unter II.1. und bei Meyer-Goßner/*Schmitt*, 59. Aufl. (2016), § 30 GVG Rn. 3 sowie *Heinrich*, Verhandlungsverantwortung und Verhandlungsleitung im Kollegialgericht, 2015, S. 80 ff.

9 Und daher tauglicher Täter des § 336 StGB, so *Barthe*, in: KK-StPO, 7. Aufl. (2013), § 31 GVG Rn. 3; die Unabhängigkeit ist auch im Rahmen von Art. 6 EMRK erheblich, dazu eingehend *Esser*, in: LR-StPO, Band 11, 26. Aufl. (2012), Art. 6 Rn. 156 ff.

10 Treffend *Satzger*, Jura 2011, 518.

11 Schöne Darlegung der Argumente bei *Satzger*, Jura 2011, 518 (519 f.) m.w.N.

12 Vgl. z.B. *Anger*, NJW 2008, 3041.

13 *Lewisch*, JBl. 2012, 496 (499); zum Unterschied zu den „Geschworenen" und zur Geschichte instruktiv *Satzger*, Jura 2011, 518 (519 ff.) und *Machura*, RoR 2000, 111 f.; aus Sicht der EMRK sind Geschworenengerichte zulässig, da die EMRK keine absoluten Vorgaben an die nationalen Verfahrenssysteme setzt, vgl. *Esser*, in: LR-StPO, Band 11, 26. Aufl. (2012), Art. 6 Rn. 238 m.w.N.

14 *Moos*, JBl. 2010, 73 (76).

als „Sozialromantik des 19. Jahrhunderts."[15] Ohne Zweifel steckt daher „Emotionalität" in diesem Thema.[16]

Zu untersuchen ist zum einen, was die geplante Neuregelung des Gesetzesentwurfs der BReg umfasst (I.). Zusätzlich ist von einem interdisziplinären Blickwinkel aus zu betrachten, was die Institution „Schöffe" bzw. „Laienrichter" im Strafprozess überhaupt bewirken kann (II.), neben der rechtlichen Aufladung insbesondere aus demokratietheoretischer, individualpsychologischer und gesamtgesellschaftlicher Sicht. Im Anschluss ist zu untersuchen, ob die geplanten Modifikationen den erarbeiteten Zweck(en) tatsächlich förderlich sind, oder ob es sich nicht in Wirklichkeit um vermehrt kontraproduktive Entwicklungen handelt (III.)

I. Reform des Schöffenrechts *de lege ferenda*

1. Das „dauerhafte" Schöffenamt

Durch die geplante Aufhebung von § 34 Abs. 1 Nr. 7 GVG entfiele in Zukunft die obligatorische Unterbrechung der Schöffentätigkeit nach zwei aufeinanderfolgenden Amtsperioden (Art. 7 Nr. 1 lit. b RegE). Das bedeutet, dass – laut Gesetzesbegründung – nunmehr „engagierte, erfahrene und motivierte Schöffen […] ihre Tätigkeit fortsetzen und weiterhin zu einer funktionierenden Strafrechtspflege beitragen [können]."[17] Außerdem soll der Katalog der Ablehnungsgründe des § 35 Abs. 2 Nr. 2 GVG ergänzt werden. Schon jetzt kann die Berufung zum Schöffenamt von solchen Personen abgelehnt werden, die „in der vorhergehenden Amtsperiode die Verpflichtung eines ehrenamtlichen Richters in der Strafrechtspflege an mindestens vierzig Tagen erfüllt haben" oder „bereits als ehrenamtlicher Richter tätig sind". Parallel zur Streichung des § 34 Abs. 1 Nr. 7 GVG ist angedacht, den Ablehnungsgrund des § 35 Abs. 2 Nr. 2 GVG auf solche Personen zu erweitern, die „in zwei aufeinanderfolgenden Amtsperioden als ehrenamtlicher Richter in der Strafrechtspflege tätig gewesen sind, sofern die letzte Amtsperiode zum Zeitpunkt der Aufstellung der Vorschlagsliste noch andauert" (Art. 7 Nr. 2 RegE). Geschaffen werden soll auf diese Weise das Amt eines „durchgängig aktiven Schöffen", der über sein Funktionsende sogar selbst entscheiden können soll.[18]

2. Verkleinerung der Vorschlagslisten für das Schöffenamt

Der Bundesrat hat zudem eine weitere Ergänzung des Gesetzentwurfs angeregt.[19] Der Vorschlag betrifft die Vorschlagslisten für das Schöffenamt, § 36 GVG. Nach bisheriger Rechtslage müssen mindestens doppelt so viele Personen in die Vorschlagslisten aufgenommen werden wie später als Haupt- oder Hilfsschöffen erforderlich sind. Die Zahl der aufzunehmenden Personen soll nunmehr auf das Eineinhalbfache reduziert werden (§ 36 Abs. 4 S. 1 GVG-E). Auch für Jugendschöffen und Jugendhilfsschöffen wird eine entsprechende Änderung erwogen (§ 35 Abs. 2 S. 1 JGG-E). Da sich seit Jahren keine ausreichende Zahl von Freiwilligen mehr in den Gemeinden finden lasse und zudem die wenigen Freiwilligen schnell enttäuscht seien, wenn sie nicht berufen würden, was nicht nur erhebliches Frustrationspotential beinhalte, sondern zudem in der Regel dazu führe, dass sich diese potentiellen Schöffen nicht mehr erneut zur Wahl stelle, sei diese Maßnahme erforderlich.

II. Der Schöffe aus interdisziplinärer Sicht

1. Strafprozessuale Bedeutung

Der Schöffe ist ein Ehrenamt, das nur von Deutschen ausgeübt werden kann/darf, § 31 S. 1 und 2 GVG. Eingesetzt werden Schöffen ausschließlich bei Strafgerichten, und dort nur in den Tatsacheninstanzen der Amts- und Landgerichte, vgl. §§ 28 ff., §§ 76, 78 GVG.[20] Das amtsgerichtliche Schöffengericht besteht aus einem Richter und zwei Schöffen, § 29 GVG, das erweiterte Schöffengericht zieht einen zweiten Berufsrichter hinzu, § 29 Abs. 2 GVG.[21] Am Landgericht existieren als große Strafkammer die Besetzung mit drei Berufsrichtern und zwei Schöffen, § 76 Abs. 1 Alt. 1 GVG[22] sowie die kleinen Strafkammern mit dem Vorsitzenden und zwei Schöffen, § 76 Abs. 1 Alt. 2 GVG. Werden keine Schöffenspruchkörper gebildet, liegt ein Verstoß gegen das Recht auf den gesetzlichen Richter vor.[23] Übernimmt entgegen § 29 Abs. 1 S. 2 GVG ein Richter auf Probe den Vorsitz des Schöffengerichts, stellt dieser Verfahrensfehler einen absoluten Revisionsgrund nach § 338 Nr. 1 StPO dar.[24]

Nach § 30 Abs. 1 GVG sind die Schöffen den Berufsrichtern in der Hauptverhandlung gleichgestellt, was damit alle Mitwirkungsrechte der Berufsrichter umfasst.[25] Einer „Kleiderordnung" unterliegen sie hingegen nicht.[26] Sowohl beim *AG* als auch beim *LG* wirken die Schöffen allerdings nur *in* und *während* der Hauptverhandlung mit, vgl. §§ 30 Abs. 2, 76 Abs. 1 S. 2 GVG. Damit sind sie beispielweise bei der Entscheidung über Beschlagnahme- oder Durchsuchungsanordnungen nicht zu beteiligen, umstritten hingegen ist die Hinzuziehung bei Entscheidungen über die Verhängung von Untersuchungshaft.[27]

---

15 *Volk*, in: FS Dünnebier, 1982, S. 373, zitiert bei *Satzger*, Jura 2011, 518 (520); ähnlich auch *Kühne*, ZRP 2005, 237 (238).

16 Gegen die Schöffenbeteiligung exemplarisch *Duttge*, JR 2006, 358 ff.; *Kühne*, in: FS Amelung, 2009, S. 657 (667 f.); *Kühne*, ZRP 2005, 237 (238); gegen zu harsche Kritik an der Institution Schöffe hingegen *Börner*, ZStW 122 (2010), 157 ff.

17 RegE, S. 30.

18 A.a.O.

19 BR-Drs. 419/16 = BT-Drs. 18/10025, S. 1 ff.

20 Aus der Sicht eines Richters vgl. *Heinrich*, Verhandlungsverantwortung und Verhandlungsleitung im Kollegialgericht, 2015, S. 79 ff.

21 Laut Meyer-Goßner/*Schmitt*, StPO, § 29 GVG Rn. 2 kaum noch verbreitet.

22 Zur sonstigen Besetzung mit zwei Berufsrichtern und zwei Schöffen vgl. § 76 Abs. 2 S. 4 GVG.

23 *Güntge*, in: SSW-StPO, 2014, § 28 GVG Rn. 1.

24 *Barthe*, in: KK-StPO, § 29 GVG Rn. 3.

25 Näher *Güntge*, in: SSW-StPO, § 30 GVG Rn. 1 ff.

26 *Bader*, NJW 2007, 2964 (2965).

27 Vgl. *Güntge*, in: SSW-StPO, § 28 GVG Rn. 3 m.w.N.; *Barthe*, in: KK-StPO, § 30 GVG Rn. 5a-c; *Börner*, ZStW 122 (2010), 157 (161 ff.).

Ein weiterer neuralgischer Punkt ist die Frage der Aktenkenntnis.[28] Während früher jegliche Akteneinsicht der Schöffen kategorisch ausgeschlossen wurde,[29] hat sich die Rechtsprechung inzwischen gewandelt, so dass die Schöffen zumindest Teile der Akten zur besseren Nachverfolgung der Abläufe einsehen dürfen.[30] Den *status quo* gibt der § 126 Abs. 3 RiStBV wieder.[31] Im Fall Elezi v. Deutschland entschied der *EGMR* sinngemäß, dass die Schöffen einer großen Strafkammer, die den Beschwerdeführer mitverurteilte, nicht befangen waren, obwohl sie und die Ergänzungsschöffen sich über das wesentliche Ergebnis der Ermittlungen der Staatsanwaltschaft gegen alle (sechs) Angeklagten in Kenntnis befanden, als ihnen eine Abschrift eines Teils der Anklageschrift aushändigt wurde, die sie außerhalb der Hauptverhandlung lesen sollten. Diese Abschriften enthielten zugleich vorläufige Beweiswürdigungen der Staatsanwaltschaft. Der Beschwerdeführer trug vor, dass es den Schöffen aufgrund dieser Vorgänge nicht mehr möglich sei, unbefangen der Beweisaufnahme zu folgen und rügte eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK als Recht auf einen „unparteiischen Richter". Der *EGMR* aber verneinte, dass unter „objektiven Kriterien" betrachtet die Besorgnis der Befangenheit gerechtfertigt sei, da die Schöffen zuvor von den Berufsrichtern darüber aufgeklärt wurden, dass sie nur ausnahmsweise Akteneinsicht erhielten, die Schöffen dies mittels eigenständiger Erklärungen darlegten und sich nach der Akteneinsicht etliche weitere Sitzungstage anschlossen.[32]

Zu den Gründen für das weiterhin „gestutzte" Einsichtsrecht, die in der vorgeblichen Unfähigkeit zur Vorurteilsbefreiung der Schöffen im Gegensatz zu den Berufsrichtern liegen, sind unter II.3.a. noch einige Worte zu verlieren.

2. Demokratietheoretische Bedeutung

Der Schöffe soll den/die „Mann/Frau von der Straße" repräsentieren, denn neben den Voraussetzungen des § 31 GVG bedarf es weder vertiefter Sachkenntnis, noch sonstiger Nachweise seiner Befähigung zur Ausübung der ihm anvertrauten Strafgewalt.[33] Besondere Kenntnisse schaden zwar nicht, doch ist nirgends verbrieft, dass der Schöffe beispielsweise besonders intelligent zu sein braucht.[34] Sinn und Zweck der Schöffen ist vorrangig, den Berufsrichtern (womöglich fehlendes) „soziales Hintergrundwissen" zu vermitteln.[35] Zudem sollen sie die Nachvollziehbarkeit der ergangenen Entscheidungen sicherstellen und somit die Strafgewalt, die sich unmittelbar vom Volke ableitet, auch auf dieses erden.[36] Oftmals heißt es daher, die Besetzung von Strafgerichten mit Schöffen diene „demokratischen" bzw. „repräsentativen" Zwecken.[37] Demokratie heißt – nach unserem Kulturverständnis – „Herrschaft des Volkes", vgl. Art. 20 Abs. 2 GG. Wesentliches Merkmal ist dabei die „Herrschaft auf Zeit",[38] welche sich durch wiederkehrende im Voraus festgelegte Wahlverfahren stets aufs Neue legitimieren lassen muss. In repräsentativen Demokratien werden dazu Vertreter gewählt, die die Herrschaftsausübung „im Auftrag" vollziehen.

Klar ist bereits an dieser Stelle: Da es bei der Aburteilungsmacht eines Gerichtes nicht um exekutivische Gewalt geht, ist der Terminus „demokratisch" lediglich eingeschränkt verwendbar.[39] Klar ist allerdings auch: Das Benennungs- und Auswahlverfahren für Schöffen sollte zumindest in Ansätzen als durch den Souverän legitimierte „Herrschaft auf Zeit" ausgestaltet sein.

a) Wie wird man Schöffe?

Um Schöffe zu werden, bedarf es der Aufnahme auf die gemeindliche Vorschlagsliste, die alle fünf Jahre neu aufgestellt wird, § 36 Abs. 1 S. 1 GVG.[40] Der Gemeinderat beschließt über die Listenaufnahme mit qualifizierter 2/3-Mehrheit, näheres regeln die landesspezifischen Normen, § 36 Abs. 1 S. 2 GVG. Gem. § 36 Abs. 2 S. 1 GVG ist bei der Aufstellung auf eine paritätische Verteilung der Kandidaten aus allen Bevölkerungsgruppen zu achten.[41] Weder eine vorher festgelegte Reihenfolge (z.B. alphabetisch oder nach Straßenzug[42]), noch eine Losung der Plätze[43] sind gestattet. Wer nicht auf der Liste stehen möchte, kann binnen einer Woche Einspruch einlegen, § 37 GVG, welcher zusammen mit der Liste nach Verstreichen der Einsichtsfrist, § 36 Abs. 3 S. 2 GVG, an den zuständigen Richter des AG, der zugleich Vorsitzender des Schöffenwahlausschusses ist, §§ 38 Abs. 1, 40 Abs. 2 GVG, weitergeleitet wird. Die Einspruchsprüfung (vgl. auch § 41 GVG) wird ebenfalls vom Vorsitzenden des Schöffenwahlausschusses übernommen, § 39 GVG.

---

28 Zum Streitstand m.w.N. *Barthe*, in: KK-StPO, § 30 GVG Rn. 2; Meyer-Goßner/*Schmitt*, StPO, § 30 GVG Rn. 2; *Ellbogen*, DRiZ 2010, 136 ff.; *Börner*, ZStW 122 (2010), 157 (181 ff.).

29 So schon RGSt 69, 120 (124) und noch BGHSt 13, 73 (74); ebenso *Börner*, ZStW 122 (2010), 157 (181 ff.) m.w.N.

30 So BGHSt 43, 36 (39), *Satzger*, Jura 2011, 518 (523) m.w.N.

31 „Die Anklageschrift darf den Schöffen nicht zugänglich gemacht werden. Ihnen kann jedoch, namentlich in Verfahren mit einem umfangreichen oder schwierigen Sachverhalt, für die Dauer der Hauptverhandlung eine Abschrift des Anklagesatzes nach dessen Verlesung überlassen werden."

32 *EGMR* Elezi v. Deutschland, Urt. v. 12.06.2008, Individualbeschwerde Nr. 26771/03, §§ 47-51; besprochen u.a. von *Ellbogen*, DRiZ 2010, 136 ff.

33 Welche wegen § 24 Abs. 2 GVG identisch zu der des Strafrichters ist, vgl. auch *Barthe*, in: KK-StPO, § 29 GVG Rn. 7.

34 Fast schon spöttisch dazu *Güntge*, in: SSW-StPO, § 31 GVG Rn. 3 und *Satzger*, Jura 2011, 518 (521): „keine auch nur durchschnittlichen intellektuellen Fähigkeiten […]."

35 *Güntge*, in: SSW-StPO, § 29 GVG Rn. 1.

36 *Satzger*, Jura 2011, 518 (520).

37 Vgl. z.B. das „Grundsatzpapier" des DSV, bzw. das „Rechtspolitisches Programm des Bundesverbandes ehrenamtlicher Richterinnen und Richter e.V.", Punkt I, abrufbar auf http://www.schoeffen.de/grundsatzpapiere.html (zuletzt abgerufen am 19.2.2017).

38 Aus neuester Zeit *BVerfG*, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvL 1/12 (Treaty Override), Rn. 2, 53 = NJW 2016, 1295 ff.

39 So aber vor allem das „Grundsatzpapier" des DSV (vgl. Fn. 37), Punkt I. Zum Problem der demokratischen Struktur der 3. Gewalt eingehend *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, S. 145 ff.

40 Zum Ablauf auch *Satzger*, Jura 2011, 518 (521 ff.), kritisch zum Ablauf aber auch zur Bewertung durch die Praxis *Katholnigg*, NStZ 1992, 73 ff.

41 Zu diesem Grundsatz auch *Bader*, NJW 2007, 2964.

42 Meyer-Goßner/*Schmitt*, StPO, § 36 GVG Rn. 2.

43 BGHSt 38, 47.

Die eigentliche Wahl der Schöffen wird durch den Schöffenwahlausschuss, § 40 GVG, der neben dem Vorsitzenden Richter und weiteren Verwaltungsbeamten zudem sieben Vertrauenspersonen, die aus dem Gerichtsbezirk berufen werden, § 40 Abs. 2 und 3 GVG, umfasst, vollzogen. Nach § 42 GVG besteht die Hauptaufgabe dieses Schöffenwahlausschusses darin, aus der Vorschlagsliste (die inzwischen nach Durchsicht und Einspruchsprüfung „bereinigt" ist) mit erforderlicher 2/3-Mehrheit für die jeweils nächsten fünf Jahre Schöffen und Hilfsschöffen zu bestimmen, § 42 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 2 GVG. Die Zahl der zu wählenden Schöffen wird durch den Präsidenten des *LG* bzw. *AG* festgelegt, § 43 Abs. 1 GVG, wobei diese so zu kalkulieren ist, dass der einzelne Schöffe nicht über Gebühr, d.h. in der Regel nicht mehr als 12 ordentliche Sitzungstage, abzuleisten verpflichtet sein soll, § 43 Abs. 2 GVG. Hier hat erneut die paritätische Wahl von Einzelpersonen aller Bevölkerungsgruppen im Vordergrund zu stehen, § 42 Abs. 2 GVG. Auch ein Auslosen soll weiterhin nicht möglich sein.[44] Ergebnis der Prozedur ist die endgültige Schöffenliste, § 44 GVG, aus der für die Frage des im Voraus zu bestimmenden, § 45 Abs. 1 GVG, konkret eingeteilten Schöffen gemäß des Geschäftsverteilungsplanes nun ausdrücklich die Auslosung normiert ist, § 45 Abs. 2 S. 1 GVG. Das Los zieht der Richter am AG, der für diese Aufgabe vorab bestimmt wurde, wobei er diese Pflicht weder übertragen noch überlassen darf.[45]

b) Wer wird Schöffe (und wer nicht?)

Über die genauen Zahlen an Schöffen existieren Statistiken.[46] Nach Angaben des Bunderates werden es jedenfalls zunehmend weniger.[47] Mitunter ist es sinnvoller, sich von der anderen Seite her zu nähern: Nicht kann Schöffe werden, wer „unfähig", § 32 GVG, oder „ungeeignet" ist, §§ 33, 34 GVG, ablehnt, § 35 GVG, oder – wenn er es bereits auf die Schöffenliste nach § 44 GVG geschafft hat – seines Amtes enthoben oder von der Schöffenliste gestrichen wird, §§ 51, 52 GVG.

Nicht auf die gemeindliche Auswahlliste wegen „Unfähigkeit" schafft es zum Beispiel, wer infolge Richterspruchs die Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter nicht mehr innehat oder gegen wen wegen einer Tat, die diese Folge nach sich zieht, ermittelt wird, § 32 Abs. 1 und 2 GVG.[48] Diskutiert wird an dieser Stelle häufig der Aspekt der „Verfassungstreue".[49] „Ungeeignet" ist (Achtung: bloße „Soll"-Vorschrift![50]) nach bisheriger Rechtslage, wer noch nicht 25 Jahre oder bereits über 70 alt Jahre ist, § 33 S.1 Nr. 1 und 2 GVG, nicht in der Gemeinde wohnhafte, Nr. 3, gesundheitlich angeschlagene, Nr. 4,[51] der deutschen Sprache nicht hinreichend mächtige, Nr. 5, oder in „Vermögensverfall"[52] geratene Bürger, Nr. 6. Ebenso „ungeeignet" sind gem. § 34 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 und Nr. 5 bestimmte Beamte[53] und (geistliche[54]) Würdenträger sowie gem. Nr. 4 und 5 Angehörige juristischer bzw. verwandter bzw. der Natur der Sache nach verwobener Berufsgruppen.[55] Bisher war gem. Nr. 7 auch ungeeignet, wer bereits in zwei Amtsperioden als Schöffe fungiert hat und dessen zweite Amtszeit zum Zeitpunkt der Aufstellung noch andauert (passend dazu daher auch der § 35 S. 1 Nr. 2 GVG). Die Amtsenthebung bzw. Streichung[56] des Schöffen von der Schöffenliste, §§ 51, 52 GVG spiegelt im Wesentlichen die Anforderungen der Unfähigkeit bzw. Ungeeignetheit.

c) Warum wird man Schöffe?

Über die Beweggründe potentieller Listenkandidaten lässt sich nur spekulieren. Einen kleinen Einblick in das Selbstverständnis der ehrenamtlichen Richter geben die Grundsatzpapiere und Leitlinien des DVS (Bundesverband ehrenamtlicher Richterinnen und Richter e.V. – Deutsche Vereinigung der Schöffinnen und Schöffen), die dieser auf seiner Homepage[57] zur Verfügung stellt. So eine die ehrenamtlichen Richter eine gemeinsame ethische Grundhaltung, die auf zwei tragenden Säulen beruhe: „dem Richterbild des Grundgesetzes und der Verantwortung bei der Ausübung staatlicher Gewalt im staatsbürgerlichen Ehrenamt."[58] Ehrenamtliche Richter seien als Individuen sozial und kommunikativ kompetent (Punkt I. und III.), zugleich aber respektvoll, tolerant und zurückhaltend (Punkt II.). Trotz (sic.!) ihrer der Berufsrichterschaft gleichgestellten Unabhängigkeit seien sie an Recht und Gesetz gebunden, vermeiden zugleich Vorverurteilungen und Voreingenommenheit sowie politisch tendenziöse Äußerungen oder Verhaltensweisen[59] (Punkte IV., V. und

---

44 BGHSt 33, 41; a.A. aber *LG Frankfurt/Main*, Urt. v. 28.11.1984 – 94 Js 31 732/83 – Ns = NJW 1985, 155 ff.

45 *Güntge*, in: SSW-StPO, § 45 GVG Rn. 7.

46 Beim Statistischen Bundesamt ist in der Fachserie 10 zumeist herauszulesen, wie viele Verfahren vor einem Schöffengericht abgeurteilt wurden und wie viele ehrenamtliche Richter es gibt. Auf der Seite des BMJ existiert zwar ein Link zur Zahl der tätigen Schöffen, dieser ist jedoch defekt (Stand 2/2017).

47 BR-Drs. 419/16, S. 2; so auch schon *App*, MDR 1987, 106.

48 Eingehend auch *Barthe*, in: KK-StPO, § 3 GVG Rn. 5.

49 Vgl. vor allem *BVerfG*, Beschl. v. 6. 5. 2008 – 2 BvR 337/08 = NJW 2008, 2568; dazu *Anger*, NJW 2008, 3041 (3042 ff.); zur Kopftuch tragenden Schöffin *LG Dortmund*, Beschl. v. 7. 11. 2006 – (VIII) Gen. Str. K. = NJW 2007, 3013; vgl. dazu auch *Bader*, NJW 2007, 2964 ff. und *KG Berlin*, Urt. v. 9.10.2012 – (3) 121 Ss 166/12 (120/12) = StraFo 2013, 164 ff.; Mitgliedschaft in einer verfassungsfeindlichen Partei allein genüge hingegen nicht, so *Barthe*, in: KK-StPO, § 32 GVG Rn. 8.

50 *Barthe*, in: KK-StPO, § 33 GVG Rn. 1.

51 Dazu *Barthe*, in: KK-StPO, § 33 GVG Rn. 1c.

52 Kritisch dazu schon *App*, MDR 1987, 106 ff. (zum § 32 Nr. 3 GVG a.F.).

53 Nicht Abgeordnete des Europaparlaments, vgl. *LG Heidelberg*, Beschl. v. 4.12.1987 – 1 AR 6/87 m. Anm. *Wahl*, NStZ 1988, 316 (317 f.).

54 Eine Gemeindereferentin der katholischen Kirche ist hingegen kein „Religionsdiener", so *OVG NRW*, Beschl. v. 6.12.2001 – 16 F 56/01 = NVwZ-RR 2002, 325.

55 Auch bereits der Rechtsreferendar, vgl. *AG Tiergarten*, Beschl. v. 8.3.1989 – 245 Sam IIa 324/89; a.A. jedoch *Barthe*, in: KK-StPO, § 34 GVG Rn. 5; zu einer Sonderkonstellation in Bezug auf das *BAG* vgl. *VG Kassel*, Urt. v. 25.4.1979 – I E 401/77. Ebenso ist die gleichzeitige Funktion als Berufs- und Laienrichter ausgeschlossen, auch in der Sozialgerichtsbarkeit, vgl. *SG Leipzig*, Beschl. v. 23.1.2010 – S 1 SF 11/10 ERI.

56 Welche nur Ausnahmsweise möglich sein soll, dazu BGHSt 9, 203 ff.

57 Vgl. http://www.schoeffen.de/ (zuletzt abgerufen am 19.2.2017).

58 Vgl. hierzu und zum folgenden *Sens/Lieber*, Ethische Grundsätze der ehrenamtlichen Richterinnen und Richter, S. 1-2, abrufbar auf http://www.schoeffen.de/grundsatzpapiere.html (zuletzt abgerufen am 19.2.2017).

59 Zur „Kopftuch tragenden Schöffin" und weiteren Problemfällen *Bader*, NJW 2007, 2964 ff. und Fn. (49).

VII.). Ungewöhnlich kommt vor allem Punkt VIII. („Faires Verfahren, Gerechtigkeitssinn“) daher:

> *„Das ehrenamtliche Richteramt verlangt Denken in gerechten Kategorien. Ehrenamtliche Richterinnen und Richter haben auch Rechtsfragen mit zu entscheiden, allerdings nicht in der rechtswissenschaftlichen Systematik, sondern mit den Mitteln des billig und gerecht Denkenden. Sie tragen zu Transparenz, Verständlichkeit und Plausibilität des Verfahrens und damit zur Akzeptanz der Entscheidungen bei. Das gilt insbesondere, wenn Gegenstand des Verfahrens ein Vergleich oder eine Verständigung ist. Jeder informellen Erledigung sollen sie durch Geltendmachung ihrer Beteiligungsrechte entgegenwirken.“*

Zumindest fraglich ist nämlich, wie sich ein „Entgegenwirken“ bei „informellen Erledigungen“ mit der „Gesetzesbindung“ vereinbaren lässt, sofern hierfür zunächst ein rechtliches Verständnis bestehen müsste, wann eine Erledigung überhaupt „informell“, und wann sie im Gegenzug „rechtmäßig“ ist.[60] Zum Punkt „Faires Verfahren und Gerechtigkeitssinn“ sind unter II.3.b. noch Worte zu verlieren.[61]

d) *Stellungnahme zur „demokratischen Rückbindung“ der Schöffen*

Es liegen demnach durchaus Elemente der „Herrschaft auf Zeit“ durch im Vorhinein festgelegte Verfahren vor. Ressentiments gegen die „Auslosung“ sind im Grunde unnötig, denn auch aleatorische Modelle der Herrschaftslegitimation sind demokratisch.[62] Die mehrmalige Durchsicht der Listen, die Möglichkeit des Einspruchs, der Nichtbenennung, der Enthebung und der Streichung sprechen für die Rückbindung an den formalisierten Souverän. Indem die Vorschlagsliste vom demokratisch legitimierten „Gemeindeparlament“ erstellt wird, ist eine nahezu ununterbrochene Legitimationskette geschaffen. Probleme ergeben sich daher nicht bei der eigentlichen Wahl der Schöffen, sondern bei deren freiwilliger Selbsternennung. Wenn sich keine Freiwilligen mehr finden, sinkt der Pool der „Geeigneten“, ohne dass dadurch schon die Grenze zu den §§ 32 ff. GVG überschritten werden muss. Demokratie ist nicht nur „Herrschaft auf Zeit“, sondern impliziert die Möglichkeit zum Herrschafts*wechsel*. Nähert sich die Zahl der Freiwilligen der Null, verkommen Wahl und Losung schnell zur Akklamation aus Verlegenheit.

3. Individualpsychologische Bedeutung

Unabhängig der Gemengelage, aus der sich der Schöffe rekrutiert, ist zudem fraglich, was er im Spruchkörper, dem er beiwohnt, tatsächlich bewirken kann. Dass er in seiner Stimmgewalt dem Berufsrichter gleichgestellt ist, ist bereits erläutert worden, und auch, dass er nur den Vorgängen *in* und *während* der Hauptverhandlung beiwohnen soll(te). Doch „nutzt“ er dem Verfahren wirklich? Zu unterscheiden sind hier mögliche Vorteile für das Kollegialorgan und mögliche Vorteile für das Verhältnis von Strafverfahren und Gesellschaft.

a) Was bringt der Schöffe dem Berufsrichter?

Zunächst erscheint es einigermaßen absurd, einem „Profi“ überhaupt einen „Laien“ mit gleicher Entscheidungsgewalt an die Hand zu reichen. Man stelle sich vor, dem Chirurgen würde bei der OP am offenen Herzen ein Passant von der Straße, bewaffnet mit einem Skalpell, zur Seite gestellt, der, wenn er es für nötig erachtet, selbst einen Schnitt setzten darf. Deutlich wird durch diesen Vergleich: Es kann nicht und keiner Form um fachlichen Beistand gehen, denn keine Profession bedarf der Laien, um ihren Job *de lege artis* zu erfüllen, weshalb auch der Jurist sich an dieser Stelle keine andere Behandlung gefallen lassen muss. Der Berufsrichter weiß selbst und besser, was Rechts- und was Lebenstatsache ist, und vor allem für erstere ist er ausgewiesener Experte.

aa) Schöffe als Experte für das Spezielle?
Wenn es nicht um das juristische Know-How gehen kann,

[60] Vor allem, weil Schöffen im Rahmen des § 257c StPO ohnehin quasi außen vorgelassen werden, so *Strate*, NStZ 2010, 362 (364 f.) bzw. sich kaum gegen die „einigen Parteien“ auflehnen, *Fischer*, StraFo 2009, 177 (183); weniger pessimistisch hingegen *Satzger*, Jura 2011, 518 (525); *Börner*, ZStW 122 (2010), 157 (194 ff.).

[61] Zu den teilweise bedenklichen „Fairnessüberlegungen“ der Laienrichter vgl. die Studie von *Machura*, RoR 2000, 111 ff.: „Die Befragten waren vor allem dann mit ihrer Rolle als Schöffen zufrieden, wenn sie sich von den vorsitzenden Berufsrichtern als Partner akzeptiert gefühlt haben. Wichtig für das Zufriedenheitsgefühl sind dann auch die Bewertungen der Urteile. Die wahrgenommene Gerechtigkeit der Strafnormen ist ebenfalls von Bedeutung für die Rollenzufriedenheit. Auch die Faktoren „Freude/Ehre“ und „interessante Fälle“ tragen zur Rollenzufriedenheit bei. Die faire Behandlung der Angeklagten war demgegenüber weniger entscheidend. Das muss allerdings vor dem Hintergrund gesehen werden, dass die Schöffen ein hohes Niveau richterlicher Fairness wahrnahmen. […] Die Verhandlungen des letzten Gerichtstages wurden von 52 % für „sehr fair“ und von 39 % für „fair“ gehalten. Skeptischere Meinungen hatten nur 4 % von der Fairness der Verhandlungen. Die Befragten beurteilten die Verfahren besonders dann als fair, wenn die vorsitzenden Richter aus ihrer Sicht die Angeklagten fair behandelten.“ Ob die befragten Schöffen „Fairness“ tatsächlich in Form der Verfahrensgerechtigkeit verstanden, wird nicht deutlich. Zu dieser Ausprägung *Tschentscher*, Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, 2009, S. 121 ff.

[62] Einen guten Überblick verschaffen *Bender/Graßl*, ApuZ 2014, 31 ff. Zufallswahlen sind nicht per se abzulehnen, so auch *Katholnigg*, NStZ 1992, 73 ff.

bleibt nur sonstiges Fachwissen übrig. Auch hier scheidet die Offerte von Spezialwissen jedoch aus, denn wenn es um ärztliche Kunstfehler, die Blutalkoholbestimmung[63] oder die Bewertung der Glaubwürdigkeit eines Zeugen[64] geht, sind Berufsrichter wie Schöffen auf den Sachverständigen angewiesen, §§ 72 ff. StPO. Die Wahl des Sachverständigen obliegt dabei dem Richter, § 73 Abs. 1 S. 1 StPO, wie auch dessen Leitung, § 78 StPO.

bb) Schöffe als Experte für „das Leben"?

Wenn demnach weder Jurakenntnisse noch sonstiges wissenschaftliches Fachwissen durch den Schöffen geleistet werden können und sollen, dann dient er wohl oder übel als „Scharnier zur Lebenswelt".

Allerdings bestehen in diesem Punkt ebensolche Bauchschmerzen. Weder sind alle Berufsrichter „weltfremd", noch alle Schöffen „lebensnah".[65] Hinzu kommt, dass ein Strafrichter allein aufgrund seiner Berufserfahrung schon weitaus mehr „Kontakt zu Straftaten" hatte als ein Schöffe, der mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zum ersten Mal in seinem Leben vor Gericht das Opfer einer Körperverletzung anhört oder das Geständnis eines Fahrers, der sich mutmaßlich unerlaubt vom Unfallort entfernt hat, zu bewerten hat. An „Erfahrung" in strafrechtlichen Dingen hat der Schöffe daher dem Berufsrichter nichts voraus, und wenn er sie hätte, handelte es sich quasi um „Schrödingers Schöffe", da er bei einschlägigem Strafrechtskontakt selbst „unfähig" wäre, § 32 GVG, allerdings genau diesen bräuchte, um „fähig(er)" als der Berufsrichter zu sein.

cc) Trugschluss des „gesunden Menschenverstandes"

Was bleibt, ist „der gesunde Menschenverstand". Dieser hat allerdings nicht nur einen sehr geringen Anwendungsbereich, er ist zudem trügerisch und unzuverlässig.[66] So wie der Richter dauerhaft psychosozialen Verzerrungsmechanismen unterworfen ist (Perseveranzeffekte,[67] Schlusserschlüsse, kognitive Dissonanz[68]), so unterliegt auch der Laienrichter diesen Verzerrungsfaktoren, denn diese sind weder abtrainierbar noch behebbar. Nicht einmal die Differenzierung nach der vorherigen Aktenkenntnis kann einen Vorteil bieten. Ob der Berufsrichter trotz Aktenkenntnis unvoreingenommen in die Verhandlung gehen kann, ist äußert fraglich[69] (er kann es nicht[70]); verhindert doch das Phänomen des „ironischen Prozesses" effektiv jedwede Unabhängigkeit der Beteiligten. Der „ironische Prozess" beschreibt den Umstand, dass die Psyche dazu neigt, genau diejenigen Vorprägungen, die eigentlich verbannt werden sollen, umso intensiver ins Bewusstsein zu brennen.[71] Der Berufsrichter, der sich einbildet, trotz Aktenkenntnis „wie ein leeres Blatt Papier" in die Verhandlung zu schreiten, irrt ebenso wie der Schöffe, der glaubt, durch sein „ungetrübtes Rechtsgefühl" den Berufsrichter unvoreingenommen „korrigieren" zu können.[72] Im Übrigen: Rechtliche Belehrungen, egal von welcher Seite, sind demütigend.[73] Da der Berufsrichter weiß, worauf es ankommen wird, verfällt er schnell in ein *priming* der Vorverurteilung.[74] Da der Schöffe gerade nicht weiß, worauf es ankommt (und das sogar doppelt, nämlich weder rechtlich noch lebenssachverhaltsbezogen) verfällt er schnell in ein *priming* der Überforderung,[75] bei dem er im Endeffekt entweder kraft unterlegenen Wissens dem Berufsrichter und dessen Entscheidung folgen wird, oder aber eine absolute „Bauchentscheidung" trifft,[76] die in etwa so „gerecht" ist wie das Werfen einer Münze.[77]

dd) „Naiver Realismus" statt systematischer Rechtswissenschaft

Die oben zitierte Phrase, dass „Denken in gerechten Kategorien" von Nöten sei und „Rechtsfragen mit zu entscheiden [seien], allerdings nicht in der rechtswissenschaftlichen Systematik, sondern mit den Mitteln des billig und gerecht Denkenden" ist daher Ausdruck baren Unverständnisses bezüglich der Aufgaben eines Strafverfahrens. Rechtsfragen dürfen selbstredend ausschließlich mithilfe rechtswissenschaftlicher Systematik entschieden werden,

---

63 Vgl. die Nachweise bei *Bosch*, in: SSW-StPO, § 73 Rn. 8.

64 Vgl. nur BGHSt 7, 85; 32, 12.

65 So auch *Kühne*, ZRP 2005, 237 (238). Zu den unterschiedlichen „Milieus" von Berufsrichtern und Schöffen in Auswertung einer empirischen Studie *Machura*, RoR 2000, 111 (113 ff.): „Die Berufsstruktur der Schöffen ist insoweit unglücklich, da die Lebensumstände der Angeklagten zu vielen Schöffen fremd sein dürften (das gilt entsprechend auch für die Berufsrichter). Vermutlich wären Arbeiter-Schöffen die Verhältnisse der oft in prekärer ökonomischer Lage befindlichen Angeklagten immer noch näher als dem Devisenmakler oder beamteten Lehrer."

66 Mit ähnlichen, empirisch belegten Kritikpunkten (Überforderung, Selbstüberschätzung etc.) *Duttge*, Jenseits der Illusionen, in: Texte und Ergebnisse des 36. Strafverteidigertages Hannover, 2013, S. 203 (207 ff.).

67 Mit der Pionierleistung *Schünemann*, StV 2000, 159 ff.

68 Eingehend und ausführlich hierzu *Gerson*, Das Recht auf Beschuldigung, 2016, S. 150 ff., 250 ff.

69 St. Rspr. seit RGSt 59, 409 f.; vgl. auch *BGH*, NStZ 2011, 46; *BVerfG*, Beschl. v. 26.1.1971 – 2 BvR 443/69, Rn. 15.

70 Umfassend hierzu *Gerson*, Das Recht auf Beschuldigung, S. 150 ff., 250 ff. m.w.N. Inzwischen sollte das Wissen um die „Unfähigkeit zur Unbefangenheit" i.e.S. zum Allgemeingut gehören; rneut aktuell hierzu *Sommer*, in LTO v. 24.1.2017, http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/fehlurteile-strafprozess-richter-entscheidungspsychologie/ (zuletzt abgerufen am 6.3.2017).

71 Zu den Grundlagen *Wegner*, Psychological Science 8/1997, 148 ff.; *Wegner/Ansfield/Pillow*, Psychological Science 9/1998, 196 ff. m.w.N. der umfangreichen Studien.

72 Zu dieser ursprünglich angedachten „Publizitätskontrolle und Informationsmehrung" vgl. *Barthe*, in: KK-StPO, § 29 GVG Rn. 4; *Börner*, ZStW 122 (2010), 157 (190) sieht aber gerade wegen dessen „Unkenntnis" den Schöffen als „Garant der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit der Hauptverhandlung".

73 *Braun*, JuS 1996, 287 (288).

74 Zum *priming* vgl. nur *Kahneman*, Schnelles Denken, Langsames Denken, 2011, S. 69 ff.; *Murphy/Zajonc*, Journal of Personality and Social Psychology 64/1993, 723 ff.; *Higgins/Rholes/Jones*, Journal of Experimental Social Psychology 13/1974, 141 ff.

75 Grundlagen der *overconfidence* bei *Larrick/Burson/Soll*, Organizational Behavior and Human Decision Processes 102/2007, 76 ff.; *Brenner/Koehler/Liberman/Tversky*, Organizational Behavior and Human Decision Processes 65/1996, 212 ff.; *Juslin*, Organizational Behavior and Human Decision Processes 57/1994, 226 ff.

76 Eingehend hierzu *Glöckner*, Entscheidungsverhalten von Schöffen. Forschungsbericht des Max-Planck-Instituts zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern, 2011.

77 Oder das „Würfeln", dazu *Englich/Mussweiler/Strack*, Personality and Social Psychology Bulletin 32/2006, 188 ff.; Hinzu kommt, dass der Schöffe den im System strukturell angelegten "Machtüberschuss", welcher der Rolle des Richters immanent ist, weder durchschauen noch verhindern kann; zu den Ursachen und Folgen schwer beherrschbarer richterlicher Macht instruktiv *Sommer*, StraFo 2017, 1 ff.

weil es ja gerade *Rechts*fragen sind, die sich *dem Recht aus rechtlicher Betrachtung* stellen. Gemeint ist daher wohl die Näherung i.S. einer „just-world-Theorie“,[78] d.h. der naive Glaube daran, dass Gutem widerfährt, wer Gutes tut und *vice versa*. Das stellt allerdings weder einen Zugewinn in der Sache, noch ein nützliches Korrektiv dar. Zuzugestehen ist nur, dass der Schöffe jedenfalls zu Beginn seiner Tätigkeit dermaßen „unbefleckt“ an das Ganze herangeht, dass er etwaige „Betriebsblindheiten“ aufdecken kann.[79] Das wiederum bezöge sich allerdings ausschließlich auf Unwuchten im Ablauf, nicht hingegen auf den konkreten Fall und den zu fällenden Schuldspruch.

b) Was bringt der Schöffe der Gesellschaft?

Zur Klärung dieser Frage ist erneut das Selbstverständnis der Vereinigung der ehrenamtlichen Richter zu Rate zu ziehen und zu durchleuchten.

aa) Kein Medium der Vermittlung
Der DSV (Deutsche Vereinigung der Schöffinnen und Schöffen, s.o.) geht in Punkt I. seines Grundsatzpapieres davon aus, dass

> *„Ehrenamtliche Richterinnen und Richter […] Verantwortung für eine rechtsstaatliche Justiz [tragen] und […] für Plausibilität, Transparenz und Verständlichkeit der Gerichtsverfahren und –entscheidungen [sorgen]“.*

Das klingt zunächst zwar „plausibel, transparent und verständlich“, zieht allerdings keine Effekte nach sich. Die Verantwortung, die ehrenamtliche Richter tragen, ist durch die Vorschriften des DRiG und bei Schöffen durch das GVG festgelegt. Da es sich hierbei um einfaches Bundesrecht handelt, schöpfen die Schöffen ihre „Verantwortung“ aus der positiv-rechtlichen Zuschreibung. Da allerdings keine grundgesetzliche Verpflichtung zur Erhaltung von Laienrichtern besteht,[80] ist diese Kompetenzanmaßung relativ, da allein von der Legislative abhängig. Des Weiteren ist zwar das Stimmgewicht der Schöffen dem Berufsrichter äquivalent. Die Verhandlungsleitung, die Verlesung des Urteils, das Verfassen der Urteilsgründe sowie das Anordnen von Maßnahmen außerhalb der Hauptverhandlung obliegen dennoch allein den Berufsrichtern. Fraglich ist daher, wo in dieser Ausgestaltung Transparenz und Verständlichkeit generiert werden sollen, vor allem aber auch, für *wen*. Die Idee der „Legitimation durch Verfahren“ ist nicht neu, aus der *procedural-justice* Forschung[81] ist bekannt, dass Menschen eher „*process-oriented*“ und weniger „*outcome-oriented*“[82] gepolt sind, beides allerdings miteinander verknüpft ist:[83] „Prozedurale Gerechtigkeit ist die Förderung von Ergebnisgerechtigkeit durch Verfahren.“[84] Partizipatorische Verfahrensmodelle sind allerdings auch allein durch Berufsrichter umsetzbar, da es hierbei um die Beziehung des Beschuldigten zum Staat, nicht um die Beziehung der zur Strafgewalt Legitimierten untereinander geht.[85] Die Schaffung von mehr Verständlichkeit allein durch „Beisitz“ von Laien ist in etwa so erfolgsversprechend wie der Versuch, eine fremdsprachige Fernsehübertragung dadurch nachvollziehbarer zu gestalten, indem neben den Fernseher ein schweigender Landsgenosse des Zuschauers gesetzt wird, von dem man zwar ahnt, dass er die eigene Sprache spricht, jedoch nicht weiß, ob er selbst überhaupt irgendetwas von den Inhalten und Abläufen verstanden hat.

bb) Expertenwissen vom Zufall abhängig
In Punkt II. seines Grundsatzpapieres führt der DSV aus:

> *„Ehrenamtliche Richterinnen und Richter, die Fachwissen in das Verfahren einbringen, erhöhen die Qualität der Rechtsprechung durch kaufmännische, technische, ökonomische, medizinische, landwirtschaftliche oder pädagogische Sachkunde.“*

Auch das kann sein, ist allerdings aufgrund des zuvor aufgezeigten Benennungs- und Wahlverfahrens nicht steuerbar. Im Zweifel sitzt der Kaufmann-Schöffe in der Arzthaftungssache, der Mediziner im Streit um das Züchtigungsrecht von Kindern und der Techniker in der Verhandlung über das Vorenthaltung und Veruntreuen von Arbeitsentgelten. Juristisches Fachwissen haben die Berufsrichter selbst, Spezialwissen verschaffen Sachverständige. Der „Mann von der Straße“ hat dazu sicherlich eine „Meinung“, nicht zwangsläufig allerdings Expertise.

cc) Andere, nicht fehlende Kompetenzen
In Punkt III heißt es zudem:

> *„Ehrenamtliche Richterinnen und Richter verbessern den Anspruch der Bürgerinnen und Bürger auf Justizgewährung. Ihre Beteiligung an der Rechtsprechung ist deshalb in allen Gerichtsbarkeiten anzustreben. Bagatellfälle können ihnen zur eigenständigen Erledigung zugewiesen werden,*

---

78 Vgl. dazu *Bock*, ZIS 2013, 201 f.; grundlegend auch *Lerner*, The Belief in a Just World – A Fundamental Delusion, 1980, S. 11 ff.

79 Dieser Fähigkeit geht empirisch besehen recht schnell verloren, so *Machura*, RoR 2000, 111 ff.: „Eine nähere Analyse ergibt, dass die Schöffen sich dann mehr an der Beratung beteiligten, wenn sie sich vom Berufsrichter fair behandelt fühlten, wenn sie Gelegenheit erhielten, ihre Meinung einzubringen. Drei Viertel der Schöffen gaben an, nur „manchmal“ oder noch seltener eine andere Meinung als der Richter zu vertreten. Wer längere Jahre als Schöffe tätig war, erscheint etwas angepasster, vertritt etwas seltener eine andere Meinung. Je häufiger sich Befragte an Beratungen beteiligt hatten, desto häufiger vertraten sie eine andere Meinung. Außerdem gilt: Je mehr Zeitdruck in der Beratung, desto seltener können Schöffen eine andere Meinung einbringen.“ Erneut bestätigt in *Glöckner*, Entscheidungsverhalten von Schöffen. Forschungsbericht des Max-Planck-Instituts zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern, 2011.

80 *Duttge*, Jenseits der Illusionen, S. 203 (204); *Harms*, RuP 2005 (224 ff.); *Börner*, ZStW 122 (2010), 157 (158 f.); a.A. wohl *Anger*, NJW 2008, 3041 (3042); *App*, MDR 1987, 106. In BVerfGE 18, 241 heißt es jedoch nur, dass sich Schöffen auch auf Art. 92, 97 GG berufen können, nicht, dass diese Artikel die Existenz von Laienrichtern verlangen.

81 Grundlagen bei *Tschentscher*, Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, S. 118 ff.

82 Grundlegend *Lind/Tyler*, The social psychology of procedural justice, 1988.

83 *Tschentscher*, Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, S. 123 ff.

84 A.a.O., S. 131.

85 Zur Idee des partizipatorischen Ermittlungsverfahrens *Jahn*, ZStW 115 (2003), 815 ff.; *Jahn*, NJ 2005, 106 (110 f.); *Jahn*, in: FS Kirchhof, 2013, § 128 Rn. 6.; *Satzger*, Gutachten C zum Dt. Juristentag, 2004, S. 32 ff., 38 ff.

wodurch sie - auch im Rahmen der Schiedsgerichtsbarkeit - einen nachhaltigen Beitrag zu einer zeitnahen, effizienten und kostengünstigen Rechtsprechung leisten können.“

Weshalb Laienrichter die „Justizgewährung“ verbessern, ist nicht nachvollziehbar. Sie schaffen schließlich kein weiteres Gericht höherer Ordnung, sondern verändern lediglich die funktionelle Zuständigkeit der ohnehin bestehenden Instanzen. Ob Bagatellfälle tatsächlich besser bei Laiengerichten aufgehoben sind, ist hingegen durchaus eine erwägenswerte Überlegung, geht allerdings weit über das hinaus, was nach geltendem Recht zurzeit möglich und zukünftig geplant ist. Richtig ist, dass kompetente und nachhaltige Formen alternativer Streitbeilegung mithilfe kommunikativer Lösungsmechanismen einen wertvollen Beitrag zur Abarbeitung von Rechtsstreitigkeiten leisten könnten.[86] Dann aber wäre der Schöffe erst recht nicht mehr „zufällig“ über Gemeindelisten zu bestimmen, sondern müsste hinreichende Kompetenzen zur alternativen Streitschlichtung nachweisen, die zwar denen des Juristen, was die Fachkenntnisse des Rechts betrifft, verschieden sind, diesen allerdings – um sinnvoll wirken zu können – in keiner Art und Weise nachstehen dürften.

c) Stellungnahme zum „Nutzen“ für Berufsrichter und Gesellschaft

Der Schöffe ist ein Überbleibsel eines früheren Systems, in dem es noch weitaus wichtiger war, Vertrauen in die Obrigkeit zu erhalten. Dem Berufsrichter kann er nur bedingt zu Seite stehen, der Gesellschaft kann er aufgrund seiner restringierten Möglichkeiten zur tatsächlich diskursiven Vermittlung von „Recht“ lediglich geringen Mehrwert bieten. Das harte Urteil *Kühnes* ist für Schöffen in ihrer bisherigen Ausgestaltung daher zutreffend: Sie sind „überlebte Reminiszenz mit Spuren basisdemokratischer Verklärung.“[87]

III. Bewertung und Kritik der geplanten Änderungen im RegE

Nach diesem Ausflug in Grund und Grenzen des Schöffenamtes ist eine abschließende Bewertung der angedachten Gesetzesmodifikationen möglich.

1. Zum „ununterbrochenen Schöffenamt“

Geschaffen würde durch die Änderungen (siehe oben I.1.und I.2.) das Amt eines „durchgängig aktiven Schöffen“, der zudem über sein Funktionsende selbst entscheiden können soll.[88]

Dieser Vorschlag ist umfassend negativ zu beurteilen.[89]

Wie aufgezeigt, liegt der tatsächliche Mehrwert, den ein Schöffe in das Strafverfahren einbringen kann, in seiner „Unbeflecktheit“ bezüglich der Kenntnis strafverfahrensrechtlicher Abläufe. Würde nunmehr die Möglichkeit eröffnet, für mehr als zwei aufeinanderfolgende Amtsperioden (was bereits zehn Jahren Amtszeit entspricht) eine weitere Verstetigung bis zum 75. Lebensjahr zu erwirken, während neben dem „Quereinstieg in die Justiz ohne Jurastudium“ der letzte Rest an „Vorteil“, den der Schöffe gegenüber dem Berufsrichter innehaben kann, eingeebnet. Sofern er über Jahrzehnte den Richter „spielt“, wird er die technischen und juristischen Abläufe besser und besser verstehen, sich zwangsläufig „Sachkunde“ aneignen und einen Erfahrungsschatz anhäufen. Basiert diese nebenberufliche Entfaltung durch „*learning by doing*“ jedoch nicht auf einem grundständigem Studium der Rechtswissenschaft, der Ableistung des Vorbereitungsdienstes und dem Bestehen des 2. Staatsexamens, kann allenfalls „gefährliches Halbwissen“ über „Recht“, „Gerechtigkeit“, „Justiz“ und „Strafe“ erworben werden.[90] Halbwissen wird dabei auch nicht durch „ethische Überformung“ domestiziert, sondern entwickelt ein Eigenleben, welches wegen der Gleichstellung zum Stimmgewicht des Richters die ohnehin gefährdete „Verfahrensbalance des Strafverfahrens“[91] weiter perturbierte. Ältestengerichte in „Gacaca-Manier“ haben zwar ihre Berechtigung, da sie als wirkmächtige Mechanismen der *transitional justice* kollektive Traumata ganzer Gesellschaften aufarbeiten können.[92] Von dieser Sonderform ist das deutsche Schöffensystem mit seiner institutionellen Einbindung jedoch schon prinzipiell verschieden.

Dass das Ende des Schöffenamtes über das 65. Lebensjahr hinaus weiterhin in der Hand des Schöffen selbst liegen soll, ließe sich allein mit der demographischen Gesamtsituation, keinesfalls allerdings über die angebliche Transparenzfunktion oder Verständlichkeitsfiktion legitimieren. Die Kluft zwischen einem 75-Jährigen Schöffen und einem 15-Jährigen Straftäter bereitet mehr Übersetzungsschwierigkeiten als Verständigungspotenziale.

2. Zur „Verkleinerung“ der Vorschlagsliste

Die bisherigen Regelungen zur Erstellung der Auswahllisten beruhen auf dem Gedanken, dass nur dann von einer echten Wahl gesprochen werden kann, wenn mehr Personen verfügbar sind als tatsächlich gebraucht werden. Bei einer Absenkung der Listenplätze auf das lediglich Eineinhalbfache wird diese Hürde gerissen. Zwar wird im Gegensatz dazu in der Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit auf eine Mindestzahl von Kandidaten in der Vorschlagsliste gänzlich verzichtet (§ 20 ArbGG, § 14 SGG). Je geringer allerdings die Kandidatenzahl, desto größer wird

86 Zu den seit den 1980er Jahren etablierten „Neighborhood Justice Centers“ vgl. *Röhl/Röhl*, DRiZ 1980, 421 ff.
87 *Kühne*, Strafprozessrecht, 9. Aufl. (2015), § 5 Rn. 117.
88 So der RegE, S. 30.
89 So auch die Stellungnahme des BDR, vgl. Fn. (2).
90 So auch *Duttge*, Jenseits der Illusionen, S. 203 (210).
91 Begrifflichkeit nach *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 28. Aufl. (2014), § 69 Rn. 1. Ausformuliert und als Modell der kommunikativen Autonomiebeziehungen interpretiert bei *Gerson*, Das Recht auf Beschuldigung, S. 321 ff.
92 Dazu das Paper von *Gabisirege/Babalola*, Trauma et thérapie: les juridictions-gacaca comme espace de travail de deuil et de guérison du trauma, 2005; instruktiv auch *Knust*, Strafrecht und Gacaca. Entwicklung eines pluralistischen Rechtsmodells am Beispiel des ruandischen Völkermordes, 2013.

die Gefahr, dass die gemeindlich generierte Vorschlagsliste die eigentliche Wahlentscheidung antizipiert und den Wahlausschüssen kein ausreichender Spielraum für eine eigene, wirkliche Wahlentscheidung mehr verbleibt.[93] Aus ohnehin restringierter Wahl würde nach und nach reine Akklamation. Die Bundesregierung hat daher schon in ihrer Stellungnahme zutreffend darauf hingewiesen, dass dies in besonderem Maße für später notwendig werdende Ergänzungswahlen gilt: Erfahrungsgemäß sei während einer Schöffenperiode mit einer gewissen Anzahl von Streichungen von der Schöffenliste und Heranziehung von Hilfsschöffen zu rechnen.[94]

Soll das angeblich „demokratisch" (dazu oben) so wichtige Amt des Schöffen tatsächlich demokratisch bleiben, muss es mit der aufkeimenden „Politikverdrossenheit" seiner Bürger auskommen. Wenn die Listen nicht „voll" werden, ist das entweder ein Zeichen für fehlendes Verständnis für die Notwendigkeit des Schöffenamtes in der Gesellschaft oder zumindest für fehlende Kommunikation über das Verständnis dieses Amtes in der Gesellschaft. Beides ist nicht über eine Verkleinerung der Auswahlliste behebbar. Die angestrebte Modifikation ist damit schon nicht geeignet zur Behebung des Missstandes.

IV. Gesamtfazit

„Solche Schwierigkeiten hat der Mann vom Lande nicht erwartet; das Gesetz soll doch jedem und immer zugänglich sein, denkt er […]."

Reformen, die unter dem Titel „Zweites Gesetzes zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Strafverfahren" firmieren, sollten darauf ausgerichtet sein, den Zugang zum Recht für den Rechtsunterworfenen zu erleichtern. Zentralfigur des Strafprozesses ist der Beschuldigte.[95] Fehl ginge, wer in diesem Bild den Schöffen als „Türhüter" vor dem Gesetz verstünde, der dieses dem Beschuldigten erst zugänglich macht. Zum einen, weil der Schöffe als Teil des Gerichts ohnehin am „triadischen Kräftefeld"[96] partizipiert, allerdings nicht auf Seiten des Beschuldigten, sondern auf Seiten der „Inkulpationsmaschinerie". Zum anderen, weil es für den „Zugang" zum Recht keiner Laien bedarf, die „übersetzen", was sie verstanden zu haben glauben, sondern vielmehr der sinnstiftenden Kommunikation zwischen allen Beteiligten. Weder dürstet das Strafverfahren daher nach dem dauerhaften Schöffenamt, noch nach der Verringerung des Auswahlpools und erst recht nicht nach der Kombination beider Maßnahmen: „Alle streben doch nach dem Gesetz"; nicht nur die Schöffen!

[93] Das käme einer bloßen Übernahme der Vorauswahl gleich, was nicht zulässig ist, vgl. BGHSt 35, 190 (193).

[94] Vgl. BT-Drs. 18/10025, S. 5 f.

[95] *Rogall*, in: SK-StPO, 4. Aufl. (2010), Vorb. § 133 Rn. 9; *Kühne*, Strafprozessrecht, § 4 Rn. 102.

[96] *Kühne*, Strafprozessrecht, § 9 Rn. 179; *Kühne*, GA 2008, 361 (362).

Anmerkungen zum Bundesratsentwurf „Effektive Bekämpfung von sogenannten Gaffern sowie Verbesserung des Schutzes des Persönlichkeitsrechts“

von Prof. Dr. Martin Heger und
Wiss. Mit. Michael Jahn, LL.M. (UMN)[*]

Abstract
„Der Bundesrat versucht, mit einem Gesetzentwurf der Problematik des sogenannten Gaffens bei Unglücksfällen Herr zu werden. Kern der Lösung soll ein neuer Tatbestand sein, der das Behindern von Rettungskräften unter Strafe stellt, ohne dass es dabei zur Anwendung von Gewalt oder Drohungen kommen muss. Ob für das Problem des sogenannten Gaffens grundsätzlich ein Bedarf nach neuen Strafgesetzen vorhanden ist und welche Probleme und Gefahren der Gesetzentwurf mitbringt, wird im folgenden Beitrag besprochen.”

I. Einführung

Am 8.7.2016 hat der Bundesrat auf Antrag der Bundesländer Niedersachsen und Berlin[1] einen Gesetzentwurf[2] zur Bekämpfung des sogenannten Gaffens[3] und der damit inzwischen regelmäßig verbundenen Anfertigung von Foto- und Video-Aufnahmen von Unfallopfern beschlossen und am 3.8.2016 an den Bundestag zur Beschlussfassung übersandt. Vorgeschlagen wird darin, in einem § 115 StGB-E das Behindern ziviler Rettungskräfte unter Strafe zu stellen. Außerdem soll durch eine Änderung des § 201a StGB dem Umstand abgeholfen werden, dass das Fotografieren und Filmen von Verkehrstoten nach derzeitiger Gesetzeslage weitgehend straflos ist.

II. Notwendigkeit und Zweck eines Gaffertatbestands

1. Hintergrund und Ausgangslage

Forderungen nach einem entschiedeneren Vorgehen gegen Gaffer und damit verbundene Forderungen nach strengeren Gesetzen sind nicht neu und haben in der Vergangenheit regelmäßig als Reaktion auf Unfallereignisse stattgefunden, bei denen Schaulustige Rettungsarbeiten behindert haben. Es schien geradezu ein Naturgesetz zu sein, dass im Anschluss an solche Ereignisse durch die Gewerkschaft der Polizei und die Medien Forderungen nach Strafverfolgung für die gaffenden Personen laut wurden.[4] Dass auch die Politik mit Beschluss des vorliegenden Bundesratsentwurfs diese Forderungen nun aufgreift und eine Gesetzesänderung anstößt, ist indes neu und durchaus beachtlich. Auf welcher Grundlage hier jedoch konkrete Änderungen beschlossen worden sind, ist unklar. In der Begründung des Bundesratsentwurfs wird lediglich darauf verwiesen, dass der Medienberichterstattung „immer häufiger [...] zu entnehmen [sei], dass bei schweren Unfällen Schaulustige die verunglückten Personen mit ihren mobilen Telefonen fotografieren, statt ihnen zu helfen.”[5] In der Tat liegt es auf der Hand, dass in der jüngeren Vergangenheit durch die zunehmende Verbreitung moderner Smartphones mit ausgereifter Kameratechnik und günstigen Speicherlösungen das Fotografieren und Filmen von Unfällen stark zugenommen haben dürfte. Vor diesen tatsächlichen Herausforderungen ist es nur zu begrüßen, dass der Bundesratsentwurf mit § 201a Abs. 1 Nr. 3 StGB-E den Schutz hier erweitern und das Fotografieren und Filmen von Unfalltoten unter Strafe stellen möchte. Allein ergibt sich aus diesem Befund jedoch nicht die Notwendigkeit, auch das Behindern der Rettungskräfte durch § 115 StGB-E unter Strafe zu stellen. Ob nämlich Behinderungen von Rettungskräften gegebenenfalls sogar durch den Anreiz, Fotos und Filme aufzunehmen, zahlenmäßig zugenommen haben, ist kaum geklärt. Institutionen wie der ADAC vermuten dies zwar, berufen sich dazu aber lediglich auf die Wahrnehmung der Rettungskräfte vor Ort.[6]

---

* Prof. Dr. Martin Heger ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Europäisches Strafrecht und Neuere Rechtsgeschichte an der Humboldt-Universität zu Berlin; Michael Jahn, LL.M. (UMN) ist wissenschaftlicher Mitarbeiter an dieser Professur.

1 Gesetzesantrag der Länder Niedersachsen und Berlin vom 4.5.2016 – Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches (StGB) – Effektive Bekämpfung von sogenannten „Gaffern” sowie Verbesserung des Schutzes des Persönlichkeitsrechts von Verstorbenen, BR-Drs. 226/16.

2 „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Effektive Bekämpfung von sogenannten Gaffern sowie Verbesserung des Schutzes des Persönlichkeitsrechts von Verstorbenen” vom 3.8.2016, BR-Drs. 18/9327; der Antrag der Länder Niedersachsen und Berlin ist im Gesetzentwurf wortlautgleich aufgenommen worden.

3 Vgl. zur Begrifflichkeit *Scheffler,* NJW 1995, 232 ff. und *Schwind*, Alle Gaffen – keiner hilft: Unterlassene Hilfeleistung bei Unfällen und Straftaten, 1998, S. 163.

4 Vgl. Rheinische Post Online, http://www.rp-online.de/nrw/panorama/polizei-will-gaffer-haerter-bestrafen-aid-1.4943299 (zuletzt abgerufen am 23.2.2017).

5 BR-Drs. 18/9327, S. 9.

6 Vgl. Rheinische Post Online, http://www.rp-online.de/leben/auto/news/gaffer-an-unfallstellen-droht-sogar-haft-aid-1.2527208 (zuletzt abgerufen am 23.2.2017).

2. Die derzeitige Gesetzeslage

a) Straf- und ordnungsrechtliche Möglichkeiten

Um eine abschließende Bewertung des Verhaltens von Gaffern *de lege lata* leisten zu können, muss zunächst Klarheit dahingehend bestehen, was unter dem Begriff unabhängig von der Wertung des § 115 StGB-E zu verstehen ist. Der DUDEN listet den Begriff „Gaffer" mit dem Attribut „abwertend" auf und weist unter anderem auf die Synonyme „Schaulustiger", „Neugieriger", „Passant" und „Beobachter" hin.[7] Daran lässt sich bereits ablesen, dass eine Definition des Gaffens nach landläufiger Meinung zuvorderst auf eine fragwürdige Handlung hinausläuft, die Moral und Anstand vermissen lässt, es jedoch ohne ein Hinzutreten weiterer objektiv messbarer Umstände keinen Anknüpfungspunkt für ein strafbares Verhalten gibt. Neugierde und die Befriedigung des eigenen Informationsbedürfnisses stehen im Vordergrund und verletzten nicht per se die Rechtsgüter anderer. Sowohl das derzeit verfügbare Instrumentarium aus straf- und ordnungsrechtlichen Maßnahmen als auch der neue Tatbestand § 115 StGB knüpfen die Strafbarkeit daher an eine mehr oder weniger abgrenzbare objektive Handlung.

Für ein Vorgehen gegen Gaffer stehen nach derzeitiger Gesetzeslage einige Instrumente präventiver und repressiver Art bereit, die im Folgenden nur kurz angerissen werden können:[8] Unter dem Blickwinkel strafrechtlicher Verfolgung wäre dabei zunächst an § 114 Abs. 3 StGB zu denken, der das Behindern ziviler Rettungskräfte unter Strafe stellt. Die Norm ist jedoch auf den klassischen Fall des Gaffens regelmäßig nicht anwendbar, da sie ein Behindern mit Gewalt oder der Drohung mit Gewalt voraussetzt. Körperverletzungsdelikte (§§ 223 ff., 229 StGB) und Tötungsdelikte (§§ 211 f., 222 StGB) sind theoretisch denkbar, wenn durch die Behinderung, die der Gaffer auslöst, Personen verletzt werden oder sterben. Jedoch gerät man hier schnell an Grenzen, sei es beim Nachweis eines bedingten Vorsatzes oder aber der Kausalität zwischen der Behinderung der Rettungskräfte und dem Eintritt eines entsprechenden tatbestandlichen (Körperverletzungs- oder Todes-)Erfolgs. Einige Gafferhandlungen, insbesondere solche, in denen das Fahrzeug eines Schaulustigen den Weg versperrt, können auch als Nötigung gem. § 240 StGB verfolgt werden.[9]

Es bleibt schließlich die Möglichkeit einer Strafverfolgung wegen Unterlassener Hilfeleistung gem. § 323c StGB[10]. § 323c StGB setzt bei Vorliegen einer tatbestandsmäßigen Situation, was in der Regel einen Unglücksfall meint, voraus, dass jemand keine Hilfe leistet, obwohl dies erforderlich und den Umständen nach zumutbar ist. Die erforderliche und zumutbare Hilfeleistung, zu der ein Gaffer verpflichtet ist, besteht darin den Weg freizugeben, also in einem „Beiseitetreten", sodass die Rettungskräfte ihrer Arbeit ungehindert nachgehen können.[11] Unterlässt er dies und verharrt auf seiner Position, dürften regelmäßig alle Voraussetzungen des Tatbestands erfüllt sein. Dabei bildet wiederum das Behindern der Rettungsarbeiten den Anknüpfungspunkt für eine Strafverfolgung nach § 323c StGB: Das bedeutet, solange keine Rettungskräfte vor Ort sind und dadurch niemand behindert werden kann, fällt die Anwesenheit von Gaffern am Unfallort nicht in den Anwendungsbereich der Unterlassenen Hilfeleistung.[12]

Für die Praxis derzeit relevanter und leichter umsetzbar ist die Ahndung des Gaffens als Ordnungswidrigkeit. Geahndet werden kann gem. §§ 3 Abs. 2, 49 Abs. 1 Nr. 3 StVO i.V. mit § 24 StVG beispielsweise das Bremsen und verlangsamte Weiterfahren von Fahrzeugen, um einen besseren Blick auf das Unfallgeschehen auf der gegenüberliegenden Fahrbahn zu erhalten und davon gegebenenfalls Foto- und Filmaufnahmen anfertigen zu können.[13] Die vorhandenen ordnungsrechtlichen Maßnahmen sind auch kein „zahnloser Tiger", sondern können nach § 24 Abs. 2 StVG mit Geldbußen bis zu zweitausend Euro geahndet werden. Ein weiteres praktisch bedeutsames Mittel ist die Erteilung eines Platzverweises nach den Polizeigesetzen der Länder. So kann die Polizei, um Rettungskorridore zu bilden oder einen Unfallort abzuschirmen, Personen durch Erteilung eines Platzverweises auffordern, einen Ort zu verlassen und nicht zu betreten. Der Platzverweis ist teilweise sogar ausdrücklich für diesen Fall in den Polizeigesetzen der Länder geregelt. Im ASOG Bln heißt es dazu in § 29 Abs. 1 S. 2: „Die Platzverweisung kann ferner gegen eine Person angeordnet werden, die den Einsatz der Polizei, der Feuerwehr oder von Hilfs- oder Rettungsdiensten behindert."[14] Der Platzverweis ist allerdings eine rein präventive Maßnahme und ein Verstoß dagegen ist weder straf- noch bußgeldbewehrt.[15]

b) Bewertung der derzeitigen Gesetzeslage

Das Thema Bestrafung von Gaffern taucht zwar in den Medien regelmäßig auf, war jedoch im rechtswissenschaftlichen Diskurs bislang allenfalls ein Randthema.

---

7 Vgl. dazu DUDEN – Online Wörterbuch, http://www.duden.de/rechtschreibung/Gaffer (zuletzt abgerufen am 23.2.2017); näher am Tatbestand des § 115 StGB-E bereits die darüber hinaus gehende Definition von *Hunsicker/Belz*, JM 2016, 160, die erst dann von einem Gaffer sprechen wollen, wenn dieser bei seiner Handlung bereits „gewillt [ist], den Einsatz der Polizei und von Hilfs- und Rettungsdiensten bei der Bewältigung von Verkehrsunfällen [...] zu behindern.".

8 Ausführlicher dazu *Hunsicker/Belz*, JM 2016, 160 ff. und bereits *Scheffler,* NJW 1995, 232 ff.

9 Vgl. *Bay*, NJW 2002, 628 (deutliche Reduzierung der Geschwindigkeit für einen längeren Zeitraum ohne verkehrsbedingten Grund).

10 Vgl. dazu *Heger/Jahn*, JR 2015, 508 (515); ebenso *Scheffler,* NJW 1995, 232 (234); *Hunsicker/Belz*, JM 2016, 160 (161).

11 *Scheffler,* NJW 1995, 232 (234).

12 Freilich bleibt § 323c StGB gegebenenfalls durch das Unterlassen sonstiger erforderlicher Hilfeleistungen anwendbar. Dann liegt jedoch nicht im Gaffen die strafbegründende vorwerfbare Handlung, sondern im Versagen von Hilfe.

13 Von einem solchen Fall berichtet die Rheinische Post Online, http://www.rp-online.de/leben/auto/news/gaffer-an-unfallstellen-droht-sogar-haft-aid-1.2527208 (zuletzt abgerufen am 23.2.2017).

14 Allgemeines Gesetzt zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in Berlin (Allgemeines Sicherheits- und Ordnungsgesetzt – ASOG Bln) in der Fassung vom 11.10.2006, zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes vom 7.7.2016 (GVBl. Bln S. 430).

15 *Hunsicker/Belz*, JM 2016, 160 (164).

Die Meinungen der sich daran beteiligenden Autoren gingen dabei vornehmlich in eine Richtung: Das rechtliche Instrumentarium sei bereits ausreichend und es bestehe vor allem ein Vollzugsdefizit, weshalb ein eigener Gaffer-Tatbestand nur vereinzelt gefordert wurde.[16] Aus einem strafrechtlichen Blickwinkel besteht mit § 323c StGB zwar ein Tatbestand, der auf die meisten Fälle Anwendung finden kann. Aus mehreren Gründen ist eine Neuregelung dennoch begrüßenswert: Zum einen ist die bestehende Möglichkeit einer Strafverfolgung nach § 323c StGB in der Praxis scheinbar weitgehend unbekannt. Jedenfalls liegen – soweit ersichtlich – keine Verurteilungen von Gaffern nach § 323c StGB vor. Zum anderen führt der Weg über die Unterlassene Hilfeleistung zu einer Überdehnung des Tatbestands. Der Kern der Strafbarkeit liegt bei § 323c StGB in einem Versagen von Hilfe. Zwar erfasst der Tatbestand – wie dargestellt – auch das „Nichtbeiseitetreten" als eine Form der unterlassenen Hilfe. Dem Grunde nach fordert der Tatbestand aber eigentlich das Bemühen um die Einleitung eines rettenden Kausalverlaufs, während es sich bei dem „Nichtbeiseitetreten" dem Sinn nach eher um den Abbruch eines rettenden Kausalverlaufs handelt. Schließlich geht es nicht darum, selbst nicht zu helfen, sondern vielmehr darum, die Hilfeleistung eines anderen zu unterbinden. Aus diesem Grund werden durch die dargestellte Auslegung die Grenzen des § 323c StGB bereits in bedenklicher Weise ausgedehnt.

III. Der Entwurf des Bundesrates

Vor diesem Hintergrund ist es spannend zu sehen, was der Gesetzentwurf anzubieten hat. § 115 StGB-E lautet dabei wie folgt: „Wer bei Unglücksfällen oder gemeiner Gefahr oder Not Hilfeleistende der Feuerwehr, des Katastrophenschutzes oder eines Rettungsdienstes behindert, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft."

1. Systematik

Es fällt zunächst auf, dass der Tatbestand systematisch im Kontext des Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte (§ 113 StGB) und des Widerstands gegen Personen, die Vollstreckungsbeamten gleichstehen (§ 114 StGB), angesiedelt ist.[17] Der Bundesratsentwurf befürwortet diese Einordnung mit der Begründung, das Tatbestandsmerkmal „Behindern" des § 115 StGB-E sei bereits in § 114 Abs. 3 StGB enthalten, weshalb zur Arbeit mit dem Tatbestand leicht auf die anerkannte Definition zurückgegriffen werden könne.[18] Übersehen wird dabei jedoch, dass § 114 Abs. 3 StGB schon bislang an einem Problem, nämlich seiner Einordnung, krankt: § 114 Abs. 3 StGB bildet anders als die Absätze 1 und 2 einen eigenständigen Tatbestand und steht mit dem Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte sachlich in keinem Zusammenhang,[19] wodurch die Einordnung im Kontext der §§ 113, 114 Abs. 1 und 2 StGB als bloßes Anhängsel verfehlt ist.[20] Da soweit ersichtlich bislang auch kein Urteil zu § 114 Abs. 3 StGB ergangen ist, das das Tatbestandsmerkmal des Behinderns näher beleuchtet hätte, ergibt sich auch hieraus kaum ein Vorteil. Vorzugswürdig wäre hingegen eine Einordnung des neuen Tatbestands im Kontext des § 323c StGB. Dies wäre sachlich überzeugender, da hier sowohl die Schutzrichtung übereinstimmt als auch die ebenso relevanten Tatbestandsmerkmale des Unglücksfalls und der gemeinen Gefahr und Not durch eine erschöpfende Rechtsprechung bereits praxistauglich vorbereitet sind.

2. Die Tathandlung: Behindern

Der Wortlaut der Norm knüpft direkt an die Regelung in § 114 Abs. 3 StGB an. Einzig bei der Tathandlung ergeben sich Änderungen: Ein tätlicher Angriff oder die Anwendung von Gewalt bzw. die Drohung mit Gewalt sind für § 115 StGB-E nicht mehr erforderlich. Die tatbestandliche Handlung besteht allein aus einem *Behindern* von Rettungskräften. Gemessen an dem, was bisher unter dem Verhalten von Gaffern verstanden wurde, ist diese objektivierte Herangehensweise an das Phänomen des Gaffens zunächst zu begrüßen. Der Gesetzentwurf liefert auch gleich eine passende Definition für das *Behindern* mit. Darunter sei „jedes Verhalten [zu verstehen], welches die Hilfsmaßnahme zumindest erschwert".[21] Bereits im Kontext des § 114 Abs. 3 StGB wurde das Merkmal auf diese Weise ausgelegt: Behindern meint danach ähnlich wie Erschweren, dass durch ein Verhalten des Täters eine in Gang gesetzte Hilfeleistung abgebrochen oder zumindest in ihrer Wirkung abgeschwächt wird.[22] Der Gesetzentwurf weist ausdrücklich darauf hin, dass mit dem § 115 StGB-E bereits das bloße „Sitzen- oder Stehenbleiben oder sonstiges Nichtentfernen von Zugangshindernissen" erfasst sein soll.[23]

§ 115 StGB-E stellt durch diesen messbaren Erfolg, der in einer abgebrochenen oder mindestens gestörten Hilfeleistung liegt, ein Erfolgsdelikt dar.[24] Eine messbare Auswirkung der Behinderung auf die Gesundheit von Unfallopfern ist hingegen irrelevant; hinsichtlich der mittelbaren Folgen der Einwirkung auf die Hilfeleistung, die tatbestandlich allerdings keine Bedeutung haben, ist zu konstatieren, dass jedenfalls die Gefahr einer gesundheitlichen Verschlechterung eintreten muss, was dadurch deutlich wird, dass die tatbestandliche Situation das Vorliegen eines Unglücksfalls oder einer gemeinen Gefahr oder Not erfordert. Bei Vorliegen dieser Tatbestandsmerkmale ist die Gefahr für Rechtsgüter der Unfallopfer und Hilfsbedürftigen einer gestörten Hilfeleistung inhärent. Diese Überlegungen sind dann entscheidend, wenn der Täter in

[16] *Nehm,* ZRP 2016, 158; *Schlie*, ZRP 2010, 129; *Hunsicker*/*Belz*, JM 2016, 160 (165); ebenso bereits *Heger/Jahn*, JR 2015, 508 (516) sowie grundlegend *Scheffler,* NJW 1995, 232 (234); anders *Pistorius*, ZRP 2016, 158.

[17] Zur Kritik an § 114 Abs. 3 StGB und dessen Verknüpfung mit § 113 StGB vgl. *Heger/Jahn*, JR 2015, 508 ff.

[18] BR-Drs. 18/9327, S. 2.

[19] Näher dazu *Heger/Jahn*, JR 2015, 508 (516 f.).

[20] Vgl. dazu bereits *Heger/Jahn*, JR 2015, 508 (510 ff.); ebenso auch *Fischer*, StGB, 64. Aufl. (2017), § 114 Rn. 1.

[21] BR-Drs. 18/9327, S. 10.

[22] *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 28. Aufl. (2014), § 114 Rn. 4.

[23] BR-Drs. 18/9327, S. 10.

[24] So bereits auch für § 114 Abs. 3 StGB, vgl. *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, § 114 Rn. 4.

dem bloßen Glauben, es läge ein Unglücksfall vor, Rettungskräfte erfolgreich behindert, diese jedoch nur zu einer Übung ausrücken. Es ist dann von einem strafbaren untauglichen Versuch auszugehen. Festzuhalten ist, dass sich das *Behindern* somit allein darin manifestiert, dass die Hilfeleistung der Rettungskräfte verzögert beim Hilfsbedürftigen ankommt.

Ohne die zusätzlichen Merkmale der Gewalt oder Drohung mit Gewalt unterfallen damit eine Reihe von möglichen Lebenssachverhalten dem objektiven Tatbestand des § 115 StGB-E. Zu denken ist dabei z.B. an den Führer eines Pkw, der sich bei sich abzeichnender Staubildung nicht richtig einordnet, um eine Rettungsgasse zu bilden. Verliert der Rettungswagen deshalb einige Sekunden, bis der Pkw zur Seite gefahren ist, wäre der objektive Tatbestand des § 115 StGB-E erfüllt. Auf die örtliche Nähe des behindernden Pkws zum Unfallgeschehen käme es dabei nicht an. „*Bei* Unglücksfällen" ist dabei genauso wie im Kontext des § 323c StGB als „*anlässlich* von Unglücksfällen" zu verstehen.[25] Auch wenn das Blockieren der Rettungsgasse kilometerweit von einem Unfallort entfernt geschieht, wäre das Verhalten objektiv tatbestandsmäßig. Dies gilt entsprechend für Sachverhalte, die das Blockieren von Feuerwehraus- und -zufahrten oder von Eingängen zu Rettungsstellen betreffen. Ein falsch geparktes Fahrzeug, dass die Ausfahrt der Rettungskräfte blockiert, erfüllt damit den objektiven Tatbestand des § 115 StGB-E. Denkbar ist auch, dass Personen aus vielschichtigen Motiven heraus Rettungskräften den Zugang zu Mehrfamilienhäusern verwehren und dadurch die Hilfeleistung behindern.

Einschränkungen findet der Tatbestand erst auf der subjektiven Ebene. § 115 StGB-E ist ein Vorsatzdelikt, wobei bedingter Vorsatz genügen soll. Der Täter muss also in erster Linie Kenntnis von den Umständen haben, d.h. erkannt haben, dass ein Unglücksfall vorliegt. Dies wird in der Regel kein Problem darstellen. Durch die Nutzung von Warnleuchten und Martinshorn an den Einsatzwagen wird nach außen hin dargestellt, dass die Rettungskräfte zu einem Unglücksfall eilen. Die gesetzliche Regelung für die Verwendung blauen Blinklichts in § 38 StVO erlaubt dessen Gebrauch nur in engen Grenzen, unter anderem um „Menschenleben zu retten oder schwere gesundheitliche Schäden abzuwenden".[26] Auch ohne Einsatz dieser technischen Einrichtungen dürfte durch das Verhalten der Rettungskräfte insbesondere direkt am Unfallort für den Täter in der Regel ersichtlich sein, dass er im Begriff ist, eine in Gang gesetzte Hilfeleistungshandlung zu stören, die auf einen Unglücksfall ausgerichtet ist. Die größte Einschränkung ergibt sich schließlich daraus, dass der Täter auch das *Behindern* als tatbestandliche Handlung in seinen Vorsatz aufnehmen muss. Mehr als bedingten Vorsatz wird man nach der Ausgestaltung des Tatbestands auch hier nicht verlangen können. In der Konsequenz heißt dies, der Täter muss bei seinem Verhalten lediglich die Möglichkeit erkannt haben, dass seine Anwesenheit am Unfallort Rettungshandlungen behindert und er muss sich damit abgefunden haben.

3. Abschreckende Wirkung des § 115 StGB-E auf Ersthelfer

Durch den derart weiten Anwendungsbereich des Tatbestands, der erst auf der subjektiven Ebene gewisse Einschränkungen erfährt, ist es nicht auszuschließen, dass sich dadurch auch potentielle Helfer von einer möglichen Hilfeleistung abgeschreckt sehen. Zu denken ist hierbei an die häufige Konstellation, dass ein potentieller Helfer an die Unfallstelle kommt und erkennt, dass bereits Ersthelfer vor Ort sind. Um sich nicht nach § 115 StGB-E strafbar zu machen, könnten solche Personen sich entscheiden, der Unfallstelle fernzubleiben. Zu groß wäre das Risiko, dass die eigene Hilfe nicht mehr gebraucht wird und man sodann nur noch anderen Helfern den Weg versperrt. Dieser höchstproblematische Zustand gilt namentlich für solche Helfer, deren Hilfe auch bei bereits bestehender Anwesenheit von Ersthelfern gewünscht ist. Gemeint sind damit solche Helfer, die aufgrund ihrer Ausbildung besondere Kenntnisse und Fähigkeiten in der Ersthilfe mitbringen, also medizinisches Personal im weiteren Sinne genauso wie nicht-medizinisches Personal, das aber z.B. auf die Erfahrungen aus einem frisch absolvierten Erste-Hilfe-Kurs zurückgreifen kann. Solche Personengruppen verpflichtet § 323c StGB selbst dann zur Hilfeleistung, wenn bereits Helfer vor Ort aktiv werden.[27] Letzteres gilt freilich nur, wenn der zusätzlich hinzukommende Ersthelfer die sich bereits im Gang befindliche Hilfeleistung besser durchführen könnte.[28] Während der Gaffer sein Informationsinteresse aus Sensationslust befriedigen möchte, geht es dem engagierten Ersthelfer in dieser Situation darum, sich zunächst einen Überblick über die Verhältnisse zu schaffen, um überhaupt erst in die Lage versetzt zu werden, entscheiden zu können, ob noch weitere Hilfe gebraucht wird. In diesem Moment können aber sowohl Gaffer als auch der hinzukommende Helfer Rettungskräfte bei der Arbeit behindern. Rein äußerlich böten beide das gleiche Bild. Aber auch subjektiv kann sich der Ersthelfer unter Umständen nicht entlasten. So müsste dieser bereits einkalkulieren, dass seine Hilfe unter Umständen nicht gebraucht wird, er dann aber im Kollektiv mit anderen Personen an der Unfallstelle, Rettern den Weg versperrt. Entscheidender ist hier jedoch die faktische Überlegung, dass die Polizei bei solchen Sachverhalten kaum zwischen Personen unterscheiden kann, die aus Sensationslust an der Unfallstelle stehen und solchen, die sich aus Hilfsbereitschaft dorthin begeben haben.

Um der Abschreckung potentieller Helfer entgegenzuwirken, wäre es zumindest ratsam, den Behinderungsvorsatz zu erweitern oder gegebenenfalls einschränkend auszulegen. Dies könnte z.B. so aussehen, dass sich nur noch strafbar macht, wer *aus Sensationslust* bei Unglücksfällen oder gemeiner Gefahr oder Not Hilfeleistende der Feuerwehr, des Katastrophenschutzes oder eines Rettungsdienstes behindert. Dem Täter müsste dann bedingter Vorsatz hinsichtlich des Behinderns nachgewiesen werden, sowie dass sich dieser aus *Sensationslust* am Unglücksort aufgehalten hat. Dadurch würden diejenigen Personen

[25] Vgl. nur *Freund*, in: MüKo-StGB, 2. Aufl. (2014), § 323c Rn. 66.
[26] Vgl. § 38 Abs. 1 StVO.
[27] *Freund*, in: MüKo-StGB, § 323c Rn. 83.
[28] A.a.O.

von vorneherein aus dem Anwendungsbereich des Tatbestands herausgenommen, die sich lediglich an den Unfallort begeben, um den Bedarf an Hilfe zu prüfen.

4. Geschützte Personengruppe

Bemerkenswert ist außerdem, dass § 115 StGB-E genau wie § 114 Abs. 3 StGB den direkten Schutz auf eine genau umrissene Personengruppe reduziert, nämlich die Feuerwehr, den Katastrophenschutz sowie Rettungsdienste.[29] Während dies bezogen auf § 114 Abs. 3 StGB bereits fraglich erscheint,[30] so gilt dies nun umso mehr für den Kontext des § 115 StGB-E, wo es doch primär um den Schutz der Rechtsgüter der Hilfsbedürftigen und nicht der Retter selbst geht.[31] Insofern macht es keinen Unterschied, ob der Täter einen Ersthelfer, der medizinischer Laie ist, bei der Hilfeleistung behindert oder ein Mitglied der freiwilligen Feuerwehr, was wiederum vom Tatbestand erfasst wäre.[32] Vor diesem Hintergrund bleibt es unverständlich, warum der Schutzbereich des Tatbestands so künstlich verengt wird. Wünschenswert wäre es, wenn die Behinderung von Hilfeleistungen ungeachtet der Person des Helfers unter Strafe stehen würden.[33] Erst dann würde sich der Anwendungsbereich des § 115 StGB-E auch mit demjenigen des § 323c StGB decken, der bereits heute das Behindern von Hilfeleistungen durch jedermann erfasst.

5. Aufnahmen von Unfalltoten

Die Motivation des Gesetzgebers mit dem aktuellen Entwurf aktiv zu werden, dürfte maßgeblich damit zusammenhängen, dass sich das Phänomen des Gaffens in den letzten 15 Jahren maßgeblich erweitert hat. Während es früher nur darum ging, das Geschehen als Zeuge zu verfolgen, steht dies heute in vielen Fällen in Verbindung damit, das Geschehen auch durch Foto- und Videoaufnahmen zu dokumentieren. Ein besonderes Ärgernis liegt darin, dass solche Aufzeichnungen nicht selten an einschlägige Medienunternehmen zum Zwecke der Veröffentlichung weitergegeben werden. Die Weitergabe von Bildmaterial durch Schaulustige an Zeitungen und Onlinemedien hat in den letzten Jahren ein geradezu institutionalisiertes Gerüst erhalten. Der Springer-Verlag wirbt z.B. über sein Medium BILD und BILD Online sog. „BILD-Leser-Reporter" gezielt an und verspricht bis zu EURO 250,00 für das Einsenden eines spektakulären Bildes.[34] Das derartige Honorieren solcher Aufnahmen von Unfällen trägt sicherlich dazu bei, dass Zeugen geneigter sind, Foto- und Videoaufnahmen von der Unfallstelle anzufertigen.

§ 201a StGB-E will dem entgegentreten und zielt darauf ab, das Persönlichkeitsrecht von Unfallopfern stärker zu schützen. Hier soll eine Gesetzeslücke geschlossen werden, die dadurch besteht, dass § 201a StGB nach aktueller Fassung nicht das Anfertigen der Aufnahmen von Toten erfasst.[35] § 201a StGB schützt derzeit nur „andere Personen", nicht aber Verstorbene. Dazu soll in § 201a Abs. 1 Nr. 3 eingefügt werden, dass mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft wird, wer „von einer verstorbenen Person eine Bildaufnahme, die diese zur Schau stellt, unbefugt herstellt oder überträgt." Zu beachten ist überdies, dass mit § 201a Abs. 4 StGB-E nun auch bereits der Versuch der Anfertigung solcher Aufnahmen unter Strafe gestellt wird. Auf dieser Grundlage können die Behörden danach bereits tätig werden, wenn der Täter das Smartphone in Richtung des Unfallopfers hält.

6. Keine Strafverschärfung durch § 115 StGB-E

Die voneinander abweichenden Strafdrohungen bei § 115 StGB-E und § 201a Abs. 1 Nr. 3 StGB-E sind zumindest erklärungsbedürftig. Während § 201a StGB einen Strafrahmen von bis zu zwei Jahren Freiheitsstrafe vorgibt, lässt es § 115 StGB-E bei einem Jahr Freiheitsstrafe bewenden. Ersteres lässt sich damit erklären, dass das Fotografieren verstorbener Personen schlicht in ein bestehendes Regelwerk eingefügt worden ist. Dies zwingt den Gesetzgeber jedoch nicht dazu, für eine neue Tathandlung den gleichen bereits bestehenden Strafrahmen zu übernehmen, zumal der postmortale Persönlichkeitsschutz hinter demjenigen lebender Personen, die bereits in § 201a Abs. 1 Nr. 1 und 2 StGB Berücksichtigung finden, zurücksteht.[36] Gleichwohl überrascht es, dass die Strafdrohung des neuen § 115 StGB-E mit einer Höchstfreiheitsstrafe von einem Jahr oder Geldstrafe nur halb so hoch ist und damit exakt derjenigen Rechtsfolge entspricht, die auch § 323c StGB vorsieht, der ja nach derzeitiger Gesetzeslage bereits gewaltlose Behinderungen von Rettungskräften erfasst. Von einer Strafverschärfung gegenüber Gaffern kann insofern also keine Rede sein. Die Inkongruenz der Strafdrohungen zwischen § 115 StGB-E und § 201a Abs. 1 Nr. 3 StGB-E ist erst Recht dann verwunderlich, wenn man die geschützten Rechtsgüter der Normen betrachtet: § 201a Abs. 1 Nr. 3 StGB-E ist dem Schutz des Persönlichkeitsrechts verstorbener Personen verpflichtet, der wie bereits gesagt, hinter dem Persönlichkeitsrecht lebender Personen zurücksteht. Das Schutzgut des § 115 StGB-E ist jedoch weniger eindeutig auszumachen. Während für den wesensverwandten § 114 Abs. 3 StGB eine primär individualschützende Funktion in Bezug auf die Helfer angenommen wird und danach deren Willens- und Betätigungsfreiheit sowie deren körperliche Unversehrtheit geschützt sein sollen, wird außerdem angenommen, dass der Tatbestand darüber hinaus die Hilfeleistungen selbst schützt, damit Rettungschancen gewahrt werden; mittelbar geschützt wären damit durch § 114 Abs. 3 StGB

[29] Zur Reichweite dieser Gruppenbegriffe vgl. nur *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, § 114 Rn. 4.

[30] Vgl. dazu *Heger/Jahn*, JR 2015, 508 (510f.).

[31] Siehe dazu sogleich unter II.6.

[32] *Fischer*, StGB, 63. Aufl. (2016), § 114 Rn. 6.

[33] Die genannten Personengruppen könnten im Übrigen nach folgendem Muster beispielhaft im Tatbestand enthalten bleiben: „Wer […] Hilfeleistende, *insbesondere* der Feuerwehr, des Katastrophenschutzes oder eines Rettungsdienstes, behindert […].".

[34] http://www.bild.de/news/leserreporter/leserreporter/leserreporter-aufruf-38057670.bild.html#fromWall (zuletzt abgerufen am 23.2.2017).

[35] *Fischer*, StGB, 63. Aufl. (2016), § 201a Rn. 5.

[36] Vgl. zu Ursprung und Umfang des postmortalen Persönlichkeitsschutzes *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, GG, 78. EL (2016), Art. 1 Rn. 56 ff. und *Leipold*, in: MüKO-BGB, 7. Aufl. (2017), § 1922 Rn. 123-130.

auch die Rechtsgüter der Unfallopfer.[37] Dies würde erst recht für den neuen § 115 StGB-E gelten, bei dem aufgrund der Reduktion auf die Tatbestandshandlung „Behindern" die körperliche Unversehrtheit der Helfer bereits herausfällt. Wenngleich der neue Tatbestand somit einen Schutz der Willens- und Betätigungsfreiheit der Helfer mitliefert, liegt der Schwerpunkt hier doch auf dem Schutz der Unfallopfer und der Wahrung von Rettungschancen. Auch die Gesetzesbegründung erhärtet diesen Verdacht. Die Helfer selbst bleiben hier vollkommen außer Betracht, dafür ist von einer „erheblichen Gefahr für die Verunglückten"[38] die Rede. Wenn danach die Rechtsgüter der Unfallopfer und damit die körperliche Unversehrtheit und das Leben[39] den Anknüpfungspunkt für die Strafdrohung bilden, wäre zumindest eine Angleichung an den höheren Strafrahmen des § 201a Abs. 1 Nr. 3 StGB-E erforderlich. Dafür spricht außerdem, dass es zu § 323c StGB eines qualitativen Sprungs auf der Rechtsfolgenebene bedürfte. Zwar decken sich die Tatbestände beim Rechtsgüterschutz weitgehend,[40] jedoch handelt es sich in dem einen Fall (§ 323c StGB) lediglich um ein abstraktes Gefährdungsdelikt, während in dem anderen Fall (§ 115 StGB-E) ein Erfolgsdelikt vorliegt. Darüber hinaus stellt § 323c StGB nur ein (echtes) Unterlassungsdelikt dar, während § 115 StGB-E gerade auch als Begehungsdelikt Anwendung finden kann und zusätzlich eine Verwirklichung des Tatbestands als unechtes Unterlassungsdelikt nicht ausgeschlossen ist. Es wäre daher nur angemessen, wenn der Strafrahmen entsprechend dem des § 201a Abs. 1 Nr. 3 StGB-E auf Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren angehoben wird. Erst dann ließe sich auch von einer spürbaren Strafverschärfung sprechen, wenn man – wie gesehen – annimmt, dass bereits § 323c StGB die Gaffer-Fälle bereits ausreichend abgedeckt hat.

IV. Fazit

Die Erweiterung des Anwendungsbereichs des § 201a StGB auf verstorbene Personen ist zu begrüßen. Hinsichtlich des § 115 StGB-E ist jedoch einiges kritisch zu betrachten: Zu konstatieren ist, dass der Strafrahmen des Tatbestands mit einer Höchstfreiheitsstrafe von einem Jahr zu gering ist und sich damit nicht von der Unterlassenen Hilfeleistung gem. § 323c StGB abheben kann. Damit stellt der Entwurf bereits keine Strafverschärfung im eigentlichen Sinne dar, wobei zu dessen Ehrenrettung gesagt werden muss, dass er dies in der offiziellen Gesetzesbegründung auch nicht zu tun vorgibt. Der Entwurf beruft sich für die Einführung des § 115 StGB-E vielmehr auf Klarstellungsgründe,[41] und schafft – das ist positiv zu bewerten – eine Möglichkeit, Sachverhalte sachgerechter zu erfassen, als dies bislang der Fall war.[42] Dadurch muss nicht mehr auf die bedenklich weite Auslegung des § 323c StGB zurückgegriffen werden. Durch die neutrale Formulierung des neuen Tatbestands steht indes zu befürchten, dass potentielle Helfer vereinzelt von einer Hilfeleistung abgeschreckt werden könnten. Hier wäre es notwendig, dass der subjektive Tatbestand des § 115 StGB-E konkretisiert oder einschränkend ausgelegt wird, um nur solche Personen zu erfassen, die aus Sensationslust heraus handeln. Unverständlich bleibt außerdem, warum der Tatbestand nur Handlungen gegen die eng umgrenzte Gruppe von Feuerwehr, Katastrophenschutz und Rettungsdiensten erfasst. Wenn der Schutz primär den Hilfsbedürftigen zugutekommen soll, wäre es überzeugender alle Handlungen die Hilfeleistungen behindern, unabhängig von wem diese erbracht werden, unter Strafe zu stellen.

Es bleibt in jedem Fall positiv festzuhalten, dass durch das Gesetzgebungsverfahren das Problem des Gaffens an Unfallstellen wieder in die Diskussion gerückt ist. Zu hoffen bleibt, dass durch einen neuen Tatbestand mit Klarstellungsfunktion eine höhere Sensibilisierung bei Strafverfolgungsbehörden und Bürgern für dieses Thema entsteht. Ob man allein dadurch der Problematik Herr werden kann, bleibt jedoch zu bezweifeln. Vielmehr herrschte auch bislang kein Mangel an rechtlichen Instrumenten, sondern ein Vollzugsdefizit bei der Ausführung. Ob die Polizei mit Unterstützung des § 115 StGB-E konsequenter gegen Gaffer vorgehen würde, bleibt fraglich, wenn die Probleme weniger bei den rechtlichen Instrumenten als vielmehr im Personalmangel liegen und die wenigen Einsatzkräfte für die Rettung und nicht zur Gefahrenabwehr und Strafverfolgung eingesetzt werden.

---

37 Näher dazu *Heger/Jahn*, JR 2015, 508 (516); *Singelnstein/Puschke*, NJW 2011, 3473 (3475).

38 BR-Drs. 18/9327, S. 1.

39 Vgl. dazu auch die Begründung des niedersächsischen Innenministers *Pistorius*, ZRP 2016, 158.

40 Aber auch hier geht § 115 StGB-E weiter, wenn noch die Willens- und Betätigungsfreiheit als geschützte Rechtsgüter miterfasst sind.

41 Vgl. BR-Drs. 18/9327, S. 1: „Eine Behinderung von Rettungsarbeiten […] ist bisher nicht *explizit* unter Strafe gestellt."

42 Die Autoren befürworten indes eine Lösung, die das Behindern von Rettungskräften generell aus dem Kontext des § 113 StGB löst und stattdessen in einen engeren Zusammenhang mit dem Tatbestand der Unterlassenen Hilfeleistung stellt, vgl. dazu *Heger/Jahn*, JR 2015, 508 (516).

Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Ausweitung der elektronischen Aufenthaltsüberwachung auf extremistische Straftäter im Rahmen der Führungsaufsicht

von Dr. Alexander Baur, M.A./B.Sc. *

Abstract
Der Terrorismus ist im Sanktionenrecht angekommen: Unter dem Eindruck des jüngsten Anschlags auf den Berliner Weihnachtsmarkt plant die Bundesregierung, die 2013 in das Recht der Führungsaufsicht (§ 68b Abs.1 S. 1 Nr. 12 StGB) eingeführte Elektronische Aufenthaltsüberwachung (EAÜ) auf extremistische Straftäter auszudehnen. Da bei extremistischen Straftätern ein resozialisierungs- und besserungsorientiertes Strafrecht an seine Grenzen stößt, fügt sich das Vorhaben nicht ohne Friktionen in das Recht der Führungsaufsicht ein. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung ist ein neuerliches Symptom einer sich verändernden Grundausrichtung des Sanktionenrechts. Diesen Paradigmenwechsel und andere Bedenken gegen das Gesetzesvorhaben möchte der folgende Beitrag aufzeigen.

I. Bisherige Regelungen zur EAÜ

Nach § 68b StGB kann das Gericht im Rahmen der Führungsaufsicht Probanden Weisungen erteilen. Die Weisungen des 68b StGB lassen sich in zwei Gruppen aufteilen. Die des § 68b Abs. 1 StGB sind in einem Katalog einzeln benannt und über § 145a StGB strafbewehrt. Nicht strafbewehrte Weisungen sind nach der generalklauselartigen Regelung des § 68 Abs. 2 StGB möglich. Als Reaktion auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) zur nachträglichen Sicherungsverwahrung[1] ergänzte der Gesetzgeber den Katalog strafbewehrter Weisungen um § 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 12 StGB. Diese Weisung ermöglicht es seit dem 1.1.2011,[2] bestimmte Straftätergruppen im Rahmen der Führungsaufsicht elektronisch zu überwachen (sog. elektronische Aufenthaltsüberwachung – EAÜ).[3]

In der Gesetzesbegründung zum Reformvorhaben 2011 ist zu lesen, die EAÜ wirke spezialpräventiv und füge sich daher ohne Brüche in das Recht der Führungsaufsicht mit seiner maßregeltypisch doppelten Zielsetzung (Besserung und Sicherung).[4] Mit der EAÜ steige das Entdeckungsrisiko für Weisungsverstöße und erneute Straftaten; dieses erhöhte Entdeckungsrisiko halte den Probanden von weisungswidrigen und sonst strafbaren Handlungen ab (negative Spezialprävention).[5] Gleichzeitig sei die EAÜ ein Instrument, um die Selbstkontrolle des Probanden zu stärken; sie könne deswegen den Probanden auch im Resozialisierungsprozess stützen (positive Spezialprävention).[6] Eine empirische Unterlegung dieser Wirkungsthesen blieb der Gesetzgeber schuldig.[7]

Nach dem bisherigen Regelungskonzept sind mehrere Ausgestaltungsmöglichkeiten der EAÜ denkbar. Der praktisch häufigste Fall ist der Einsatz der EAÜ als Kontrollweisung.[8] Mithilfe der EAÜ wird die Einhaltung aufenthaltsbezogener Weisungen (§ 68 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB) engmaschig kontrollierbar. Genauso ist es rechtlich aber möglich, die EAÜ ohne aufenthaltsbezogene Bezugsweisungen anzuordnen. Die durch die EAÜ gewonnenen Informationen können zur Feststellung und strafrechtlichen Verfolgung von Weisungsverstößen (§ 463a Abs. 4 S. 2 Nr. 1 und Nr. 3 StPO), zur Ergreifung führungsaufsichtsrechtlicher Reaktionen (§ 463a Abs. 4 S. 2 Nr. 2 StPO), zur Verfolgung bestimmter Straftaten (§ 463a Abs. 4 S. 2 Nr. 5 StPO) sowie zur Gefahrenabwehr (§ 463a Abs. 4 S. 2 Nr. 4 StPO) verwendet werden.

Unmittelbar nach der Schaffung der gesetzlichen Voraussetzungen wurde die EAÜ eher zögerlich und zurückhaltend genutzt.[9] Das dürfte insbesondere daran gelegen haben, dass die technische Infrastruktur für die Umsetzung der EAÜ noch nicht bereitstand. Seit der Schaffung der

---

* Der Autor ist Rechtsanwalt in Stuttgart und ab 1. April Juniorprofessor für Strafrecht an der Universität Hamburg. Von 2011 bis 2013 leitete er am Tübinger Institut für Kriminologie (Direktor: *Prof. Dr. J. Kinzig*) das Forschungsvorhaben zur bundesweiten Evaluation der Führungsaufsicht (im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz).

1 *EGMR,* NJW 2010, 2495 ff.; vgl. auch *EGMR,* NJW 2013, 1791 ff. sowie jüngst *EGMR*, Urt. v. 7.1.2016 – 23279/14.

2 Gesetz vom 22.12.2010 (BGBl. I, 2300).

3 Zur geplanten Einführung der EAÜ im neuen BKA-Gesetz (§§ 55, 56 ff. BKAG n.F.), vgl. BT-Drs. 18/11163 vom 14.2.2017.

4 BT-Drs. 17/3403, S. 17; vgl. zur zweifachen Zielsetzung der Führungsaufsicht *Groß,* in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2016), Vorb. § 68 Rn. 1; *Heger,* in: Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. (2014), § 68 Rn. 1; *Stree/Kinzig,* in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 68 Rn. 3

5 BT-Drs. 17/3403, S. 17 und S. 38.

6 A.a.O.

7 Diesbezüglich skeptisch mit Blick auf die empirische Bewährung von Kontrolltheorien *Bräuchle*, Die elektronische Aufenthaltsüberwachung gefährlicher Straftäter im Rahmen der Führungsaufsicht, Tübinger Schriften zur Kriminologie, Band 37, 2016, S. 29 f.

8 A.a.O., S. 110 ff.; zum Konzept der Kontrollweisung vgl. *Baur,* in: Baur/Kinzig, Die reformierte Führungsaufsicht, 1. Aufl. (2015), S. 334.

9 Anders als dies vereinzelt vorhergesagt wurde, vgl. dazu u.a. *Brauneisen*, StV 2011, 311 ff.

gemeinsamen Überwachungsstelle der Länder (GÜL)[10] im Jahr 2012 sind technische Umsetzungsschwierigkeiten aus dem Weg geräumt. Dennoch wird von der Praxis auch weiterhin eher zurückhaltend von der EAÜ Gebrauch gemacht.[11] Die Befürchtung, dass die EAÜ inflationär angewendet werden könnte, hat sich bislang nicht bewahrheitet.[12] Die Zahl bundesweit erteilter und umgesetzter EAÜ-Weisungen liegt mittlerweile bei 70 bis 80 mit leicht steigender Tendenz.[13] Anders als diese verhältnismäßig geringe Zahl vermuten ließe, zeigt eine zwischen 2013 und 2015 im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz durchgeführte Evaluation, dass die EAÜ als Instrument der Führungsaufsicht von den Akteuren der Führungsaufsicht überwiegend dennoch eher positiv eingeschätzt wird.[14]

II. Geplante Änderungen zur EAÜ

Die Weisungen des § 68b StGB können grundsätzlich unabhängig von Eintrittsgrund und Anlassdelikt der Führungsaufsicht erteilt werden.[15] Abweichend von diesem Grundsatz formuliert § 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 12 StGB wegen der hohen Eingriffsintensität der Weisung spezifische Voraussetzungen für die Erteilung der EAÜ. Die Regelung sieht bislang vor, dass eine Weisung nach § 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 12 StGB nur in vollverbüßungs- und erledigungsbedingten Führungsaufsichten (§ 68b Abs. 1 S. 3 Nr. 1 StGB) erteilt werden darf. § 68b Abs. 1 S. 3 Nr. 2 StGB grenzt den Anwendungsbereich der EAÜ zusätzlich auf bestimmte Delikte ein und verweist hierzu auf die Anlassdelikte des § 66b Abs. 3 S. 1 StGB. Darüber hinaus muss die Legalprognose ergeben, dass die erneute Begehung gerade solcher Delikte droht (§ 68b Abs. 1 S. 3 Nr. 3 StGB). Schließlich muss eine Interventionsprognose nahelegen, dass sich die verurteilte Person durch die EAÜ von der erneuten Begehung solcher Delikte abhalten lassen wird (§ 68b Abs. 1 S. 3 Nr. 4 StGB). Die Erteilung einer Weisung nach § 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 12 StGB ist derzeit *de lege lata* nur bei bestimmten Verbrechen und Vergehen möglich. Als Anlassdelikte mit unmittelbarem Terrorbezug kommen derzeit vor allem die Verbrechenstatbestände des § 129a Abs. 1 und Abs. 2 StGB (vgl. § 66 Abs. 3 S. 1 in Verbindung mit Abs. 1 S. 1 Nr. 1 lit. b StGB) in Betracht.[16]

Der Gesetzgeber plant mit dem vorliegenden Gesetzentwurf, die Erteilungsvoraussetzungen der EAÜ dreifach auszuweiten:[17] Erstens sollen die fakultative Sicherungsverwahrung und damit im Gleichlauf auch die EAÜ künftig nicht mehr nur auf (schwere) Vergehen aus dem Bereich der Sexualdelikte (§ 66 Abs. 3 S. 1 Alt. 2 StGB) beschränkt sein; der Katalog soll um einzelne staatsschützende und terrorismusbekämpfende Vergehen ergänzt werden.[18] Zweitens soll bei einer Verurteilung wegen einer Straftat des ersten oder siebenten Abschnitts des Besonderen Teils des StGB abweichend von der bisher ausnahmslos geltenden Voraussetzung einer Freiheitsstrafe von mindestens drei Jahren eine reduzierte Freiheitsstrafe von nur noch zwei Jahren genügen. Drittens gibt der Gesetzgeber mit der geplanten Neuregelung den bisherigen Gleichlauf zwischen § 66 Abs. 3 S. 1 StGB und § 68b Abs. 1 S. 3 StGB teilweise auf. Zu den tauglichen Anlassdelikten einer EAÜ sollen in Ergänzung des Katalogs des § 66 Abs. 3 S. 1 StGB nicht nur Straftaten nach § 129a Abs. 5 S. 1 StGB (Unterstützung einer terroristischen Vereinigung), sondern auch Straftaten nach § 129a Abs. 5 S. 2 StGB (Werben für eine terroristische Vereinigung) gehören.[19] Eine Ausweitung der Entfristungsregelungen des § 68c Abs. 3 StGB, um eine EAÜ auch nach Ablauf der fünfjährigen Höchstdauer der Führungsaufsicht zu ermöglichen, sieht der Gesetzentwurf bislang nicht vor.

Die Bundesregierung verfolgt ausweislich der sehr knappen und inhaltlich nicht sonderlich in die Tiefe gehenden Begründung ihres Gesetzesentwurfs mit der EAÜ für extremistische Straftäter mehrere Ziele. Durch die EAÜ soll zunächst die Einhaltung aufenthaltsbezogener Weisungen besser kontrollierbar werden. Bei extremistischen Straftätern könne durch Gebotszonen (§ 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB) gewährleistet werden, dass sie einen vorgeschriebenen Aufenthaltsbereich nicht zur Ausbildung in sogenannten Terrorcamps verließen.[20] Mithilfe von Verbotszonen (§ 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB) könne daneben verhindert werden, dass sich extremistische Straftäter an möglichen Anschlagsorten aufhielten.[21] Sollte sich eine

---

10 Mittlerweile sind sämtliche Bundesländer dem GÜL-Staatsvertrag beigetreten. Anders als vom Gesetzgeber angenommen, liegt die Umsetzung der EAÜ nicht in den Händen der Polizei; § 463a Abs. 4 S. 4 StPO ist damit von der Rechtswirklichkeit überholt.

11 Ebs. *Maltry* in der Anhörung des Rechtsausschusses des Bundestages am 20.3.2017.

12 Zu Befürchtungen einer Ausdehnung der Maßnahme vgl. *Haverkamp/Schwedler/Wößner*, Neue Kriminalpolitik 2012, 62 (63).

13 *Bräuchle*, Die elektronische Aufenthaltsüberwachung gefährlicher Straftäter im Rahmen der Führungsaufsicht, Tübinger Schriften zur Kriminologie, Band 37, 2016, S. 161: („*Nachdem die Anordnungszahlen nach der Einführung der EAÜ im Jahre 2011 zunächst stark anstiegen, haben sie sich Anfang des Jahres 2014 bei einem Wert von etwas über 70 permanent überwachten ehemaligen Straftätern oder Maßregelinsassen eingependelt.*"); vgl. *Baur,* in: Baur/Kinzig, Die reformierte Führungsaufsicht, 1. Aufl. (2015), S. 429. Dabei zeigt sich eine erhebliche Ungleichverteilung in den Fallzahlen zwischen den Bundesländern. Der Effekt lässt sich auch nicht durch eine größere Bevölkerungszahl oder eine höhere Anzahl von Führungsaufsichten erklären. Die unterschiedenen Fallzahlen dürften richtigerweise eine unterschiedliche Anordnungspraxis der Justiz widerspiegeln.

14 *Bräuchle*, Die elektronische Aufenthaltsüberwachung gefährlicher Straftäter im Rahmen der Führungsaufsicht, Tübinger Schriften zur Kriminologie, Band 37, 2016, S. 156 ff.; noch eine kritischere Einschätzung berichtend: *Baur,* in: Baur/Kinzig, Die reformierte Führungsaufsicht, 1. Aufl. (2015), S. 432 ff.

15 Zur normativen Offenheit der Führungsaufsicht, vgl. *Baur,* in: Baur/Kinzig, Die reformierte Führungsaufsicht, 1. Aufl. (2015), S. 37 ff.

16 *Bräuchle*, Die elektronische Aufenthaltsüberwachung gefährlicher Straftäter im Rahmen der Führungsaufsicht, Tübinger Schriften zur Kriminologie, Band 37, 2016, S. 47 mit kriminalpolitischer Bewertung.

17 Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 30.1.2017, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Ausweitung des Maßregelrechts bei extremistischen Straftätern (künftig: Gesetzentwurf der Bundesregierung).

18 Namentlich um § 89a Abs. 1 bis 3, § 89c Abs. 1 bis 3 und § 129a Abs. 5 S. 1 Alt. 1 StGB.

19 Gesetzentwurf der Bundesregierung, S. 6.

20 A.a.O., S. 7.

21 A.a.O., S. 7.

verurteilte Person dennoch in einer Verbotszone aufhalten, würde dies umgehend als Gefährdungslage erkannt und es könnten Gegenmaßnahmen ergriffen werden.[22] Schließlich erhöhe die EAÜ allgemein die Entdeckungs- und Aufklärungswahrscheinlichkeit von Weisungsverstößen und anderen strafbarer Handlungen; dies könne auch bei extremistischen Straftätern dazu beitragen, diese von weisungswidrigem und strafbarem Handeln abzuhalten.[23]

III. Bewertung der geplanten Änderungen

Es ist zweifelhaft, ob durch die Ausweitung der EAÜ alle in der Gesetzesbegründung formulierten Zielsetzungen erreichbar sind. Die Bundesregierung selbst scheint gewisse Zweifel an der praktischen Geeignetheit der EAÜ zu hegen. Sie geht davon aus, dass die EAÜ für extremistische Straftäter die Ausnahme bleiben wird.[24] Auch wenn bei steigenden Verurteilungszahlen die formellen Voraussetzungen häufiger als bisher erfüllt sein sollten, sei nicht automatisch davon auszugehen, dass eine Weisung nach § 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 12 StGB von den Gerichten auch tatsächlich erteilt werde.[25]

1. Erleichterung der Aufsicht und Abschreckung durch die EAÜ?

Am ehesten wird man den Aufenthalt verurteilter Personen in Terrorcamps durch eine mit der EAÜ kontrollierte *Gebotszone* unterbinden können.[26] Durch die EAÜ wäre die Führungsaufsichtsstelle zuverlässig über den Aufenthaltsbereich[27] eines extremistischen Straftäters informiert und könnte überwachen, wohin sich der Proband bewegt, wenn er die Gebotszone – mit oder ohne Erlaubnis der Führungsaufsichtsstelle – verlässt. Damit würde die Aufsicht über die verurteilte Person erleichtert. Bei extremistischen Straftätern wird es in der Regel auch rechtlich zulässig sein, die Erlaubnis zum Verlassen der Bundesrepublik zu verweigern.[28]

Die Gefahr terroristischer Anschläge mithilfe elektronisch kontrollierter *Verbotszonen* zu senken, scheint hingegen kaum realistisch. Ein lückenloser Schutz aller denkbaren Anschlagsziele ist mit den Mitteln der Führungsaufsicht nicht möglich, sondern lässt sich nur durch eine intramurale Unterbringung verwirklichen.[29] Zu bedenken ist zunächst, dass es eine nicht überschaubare Vielzahl möglicher Anschlagsorte gibt,[30] die Zahl von Verbotszonen, die mit der EAÜ kontrolliert werden könnten, aber rechtlich und technisch begrenzt ist. Sollte im Übrigen das Misserfolgsrisiko eines Anschlags an einem bestimmten Ort durch eine engmaschig kontrollierte Verbotszone erhöht werden, wird ein extremistischer Straftäter ohne größere Mühe auf ein anderes Anschlagsziel ausweichen.[31] Schließlich dürfte auch die Vorstellung illusorisch sein, durch die EAÜ erfolgreich auf konkrete Gefährdungslagen reagieren zu können. Ein Alarm wird im Rahmen der automatischen Datenerhebung (§ 463a Abs. 4 S. 1 und S. 3 StPO) erst dann ausgelöst, wenn sich ein extremistischer Straftäter bereits innerhalb einer Verbotszone – also an einem möglichen Anschlagsort oder in unmittelbarer Nähe eines möglichen Anschlagsorts – befindet.[32] Sollen Verbotszonen nicht unangemessen groß definiert werden, wird für eine effektive Gefahrenabwehr häufig kaum noch Zeit bleiben.

2. Wirkungsvolle Kontrolle kriminogener Einflüsse?

Anders als bei Sexualstraftätern fällt es bei extremistischen Straftätern schwer, eine Kriminalitätshypothese zu bilden, auf die mit punktuellen Verbotszonen sinnvoll reagiert werden kann. Mag es bei Sexualstraftätern ausgehend vom *modus operandi* ihrer Straftaten und unter Berücksichtigung ihrer sexuellen Neigungen möglich sein, Orte mit besonderer kriminogener Anreizwirkung zu identifizieren, muss dies bei der charakteristischen Beliebigkeit potentieller Anschlagsorte ungleich schwerer fallen. Mit Anschlagszielen ist nämlich gerade keine konkrete und spezifische kriminogene Anreizwirkung verbunden, vor der der Straftäter abgeschirmt werden müsste, um das Risiko erneuter Straffälligkeit zu senken.

Eher im Einklang mit dem bisherigen Verständnis aufenthaltsbezogener Weisungen nach § 68b StGB stünde es, extremistischen Straftätern den Aufenthalt an solchen Orten zu verbieten, die sie der Gefahr weiterer Radikalisierung aussetzen. In Betracht kämen zu diesem Zweck auch Kontaktverbote nach § 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB, deren Kontrolle durch die EAÜ nur mittelbar möglich ist. Überraschenderweise nennt die Regierungsbegründung diese Einsatzmöglichkeit der EAÜ gerade nicht.[33]

---

22 A.a.O., S. 7.

23 Gesetzentwurf der Bundesregierung, S. 7.

24 A.a.O., S. 9 f.

25 A.a.O., S. 10.

26 Ob das zulässig ist, ist teilweise umstritten; vgl. *H. Schneider,* in: LK-StGB, 12. Aufl. (2008), § 68b Rn. 20 und *Stree/Kinzig,* in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 68b Rn. 5, wonach die Weisung nur zu Aufsichtszwecken erteilt werden dürfe. Die Gegenansicht bestreitet umgekehrt die Zulässigkeit von Weisungen nach § 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB zu reinen Aufsichtszwecken; vgl. *Bräuchle*, Die elektronische Aufenthaltsüberwachung gefährlicher Straftäter im Rahmen der Führungsaufsicht, Tübinger Schriften zur Kriminologie, Band 37, 2016, S. 38 f., die sich auf *BGH*, NStZ 2014, 203 (205) und eine unveröffentlichte Entscheidung des *OLG Jena* (Beschl. v. 25.9.2013 – 1 Ws 340/13) stützt. Richtigerweise kann die Weisung Aufsichtszwecken und der Reduzierung kriminogener Einflüsse gleichermaßen dienen; ebs. *Groß,* in: MüKo-StGB, § 68b Rn. 12 und zutreffend verstanden im Ergebnis auch *BGH,* NStZ 2014, 203 (205). Dieser Auffassung folgt nunmehr auch implizit der Gesetzgeber.

27 Zu eng dürfen Gebotszonen nicht definiert sein; vgl. *Groß,* in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2016), § 68b Rn. 12; *H. Schneider,* in: LK-StGB, 12. Aufl. (2008), § 68b Rn. 20; *Stree/Kinzig,* in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 68b Rn. 5.

28 *H. Schneider,* in: LK-StGB, 12. Aufl. (2008), § 68b Rn. 20; *Stree/Kinzig,* in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 68b Rn. 5; krit. *Groß,* in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2016), § 68b Rn. 12.

29 Zum möglichen Sicherheitsniveau der Führungsaufsicht vgl. *Baur,* in: Baur/Kinzig, Die reformierte Führungsaufsicht, 1. Aufl. (2015), S. 32 f.

30 Die Gesetzesbegründung nennt beispielhaft Flughäfen, Bahnhöfe, Kraftwerke oder Sportstadien; vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung, S. 7.

31 Ebs. *Kinzig* in der Anhörung des Rechtsausschusses des Bundestages am 20.3.2017.

32 Ebs. *Kinzig* in der Anhörung des Rechtsausschusses des Bundestages am 20.3.2017.

33 Im Einzelfall stieße eine entsprechende Weisung wohl auf Bedenken im Hinblick auf Art. 4 GG und führte zur Unzumutbarkeit der Weisung i. S. des § 68b Abs. 3 StGB.

3. Besserungswirkung der EAÜ?

Schon weil die grundsätzliche Resozialisierungsfähigkeit extremistischer Straftäter zweifelhaft erscheint, muss die plausible Herleitung einer positiv-spezialpräventiven (bessernden) Wirkung der EAÜ bei dieser Tätergruppe schwerfallen. Die Vorstellung, dass sich die EAÜ allgemein fördernd auf die Eigenkontrolle auswirke und dadurch das Rückfallrisiko nachhaltig reduziert werden könne,[34] ist erkennbar auf Sexualstraftäter gemünzt und lässt sich so wohl nicht auf extremistische Straftäter übertragen. Anders als Sexualstraftäter, bei denen eine Verstärkung der Impulskontrolle durch die Erhöhung des Entdeckungsrisikos durchaus gelingen kann, ist ein derartiger Wirkmechanismus bei extremistischen Straftätern nicht zu vermuten.

Wird die EAÜ bei extremistischen Straftätern in der Praxis so umgesetzt, wie es die Regierungsbegründung nahelegt, dürfte sie rasch an die Zumutbarkeitsgrenzen des § 68b Abs. 3 StGB stoßen. Verbotszonen dürfen nicht zur Folge haben, dass sich die verurteilte Person wegen angrenzender, überlappender oder nahe beieinanderliegenden Verbotszonen kaum noch ohne Weisungsverstoß innerhalb eines bestimmten Gebiets fortbewegen kann.[35] Würde – soweit es technisch möglich ist – eine Vielzahl möglicher Anschlagsorte als Verbotszonen definiert, führte dies zumindest in städtischen Gegenden zu erheblichen Beschränkungen möglicher Aufenthaltsorte und labyrinthartigen Bewegungskorridoren. Verstärkt würden die belastenden Wirkungen noch dadurch, dass insbesondere Orte des sozialen Lebens (z.B. Sportstadien), aber auch fortbewegungsrelevante Einrichtungen (z.B. Bahnhöfe) als Verbotszonen besonders in Betracht kommen.[36]

Nimmt man die Begründung des Gesetzgebers zur Einführung der EAÜ 2011 ernst, lässt sich anhand des dort niedergelegten Maßstabs die geplante Ausweitung kaum rechtfertigen. Gilt nach wie vor die These, dass die EAÜ als eine besonders eingriffsintensive Weisung nur deswegen legitimierbar ist und sich in das Recht der Führungsaufsicht einpasst,[37] weil sie nicht nur der negativen Spezialprävention (Sicherung), sondern auch der positiven Spezialprävention (Besserung) dient, bricht beim aktuellen Gesetzesvorhaben die zweite Legitimationssäule weitgehend in sich zusammen. Zuzugeben ist freilich, dass die Führungsaufsicht im Ausnahmefall auch rein sichernd ausgestaltet werden darf – und zwar immer dann, wenn Besserungsmaßnahmen nicht erfolgversprechend sind.[38] An dieser Stelle wäre wenigstens zu wünschen gewesen, dass die Regierungsbegründung das Kind klar beim Namen nennt und nicht mögliche Besserungseffekte der EAÜ behauptet, die in der Praxis so gut wie nicht zu finden sein dürften.[39]

IV. Schleichender Paradigmenwechsel im Recht der Führungsaufsicht?

Der Gesetzgeber entschied sich bei der Schaffung der Führungsaufsicht 1975 gegen die bis dahin bestehende polizeirechtliche Umsetzung ambulanter Sicherungsmaßnahmen bei Straftätern in Freiheit und gestaltete sie bewusst als Maßregel der Besserung und Sicherung aus, die er strafrechtlichen Grundsätzen unterstellte.[40] Diese strafrechtliche Grundausrichtung der Führungsaufsicht wird auch nicht durch die 2011 eingeführte Möglichkeit zur Verwendung der mithilfe der EAÜ erhobenen Daten zu Zwecken der Gefahrenabwehr in Frage gestellt. § 463a Abs. 4 S. 2 Nr. 4 StPO sieht zwar einen Übergang vom strafrechtlichen zum polizeirechtlichen Datenverwendungszweck vor;[41] diese nur unter bestimmten Bedingungen gegebene Nutzbarkeit zu polizeirechtlichen Zwecken ändert aber nichts daran, dass die EAÜ nur unter den rein strafrechtlich zu beurteilenden Voraussetzungen des § 68b Abs. 1 StGB erteilt werden kann und dabei allein die Zwecke der Führungsaufsicht Berücksichtigung finden dürfen.[42]

Schon bei ihrer Schaffung 2011 stand die EAÜ freilich in einem spannungsreichen Widerspruch zur historischen Grundsatzentscheidung des Gesetzgebers zugunsten einer strafrechtlich ausgerichteten Führungsaufsicht.[43] Der Gesetzgeber führte die EAÜ vor allem auch als kostengünstigere Alternative zur sogenannten „24/7-Überwachung" entlassener Sicherungsverwahrter durch die Polizei ein.[44] Der unmittelbare Austausch einer polizeirechtlichen Maßnahme der Gefahrenabwehr durch eine führungsaufsichtsrechtliche Weisung hatte bereits damals Friktionen und bisweilen eine fragwürdige Verwischung straf- und polizeirechtlicher Maßnahmen zur Folge.[45] Mit der EAÜ für extremistische Straftäter schafft der Gesetzgeber jetzt erstmals ein Instrument innerhalb der Führungsaufsicht, dass beinahe ausschließlich unter einer polizeirechtlichen Handlungslogik sinnvoll einsetzbar ist.[46] Der Gesetzgeber gibt selbst zu, mithilfe der EAÜ solle im Falle extremistischer Straftäter bei Weitem nicht nur auf eine sanktionenrechtlich relevante Kriminalitätsgefährlichkeit, sondern

---

34 BT-Drs. 17/3403, S. 18 und S. 38.

35 Ähnlich *Groß,* in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2016), § 68b Rn 12.

36 Gesetzentwurf der Bundesregierung, S. 7.

37 BT-Drs. 17/3403, S. 17; vgl. *Baur,* in: Baur/Kinzig, Die reformierte Führungsaufsicht, 2015, S. 319 ff.

38 *Stree/Kinzig,* in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 68b Rn 1; *Heger,* in: Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. (2014), § 68b Rn 1.

39 Vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung, S. 7.

40 Zu den Reformüberlegungen der Großen Strafrechtskommission vgl. *Baur,* in: Baur/Kinzig, Die reformierte Führungsaufsicht, 2015, S. 20 f. m.w.N.

41 Vgl. *Coen*, in: BeckOK-StPO, 27. Ed. (1.1.2017), § 463a Rn 11.

42 Mit überzeugender Begründung *Bräuchle*, Die elektronische Aufenthaltsüberwachung gefährlicher Straftäter im Rahmen der Führungsaufsicht, Tübinger Schriften zur Kriminologie, Band 37, 2016, S. 30.

43 Vgl. *Baur*, in: Haynert/Kammeier (Hrsg.)., Wegschließen für immer?, 2012, S. 181 ff.

44 BT-Drs. 17/3403, S. 19; so auch die Begründung des aktuellen Gesetzesentwurfs, vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung, S. 10.

45 Vgl. u.a. *OVG NRW*, Urt. v. 5.7.2013 – 5 A 607/11; krit. auch *Bräuchle*, Die elektronische Aufenthaltsüberwachung gefährlicher Straftäter im Rahmen der Führungsaufsicht, Tübinger Schriften zur Kriminologie, Band 37, 2016, S. 28.

46 Das zeigt auch die geplante Ergänzung des BKAG (§§ 55, 56 BKAG n.F.).

vor allem auf konkrete Gefahrensituationen rechtzeitig reagiert werden können.[47] Dieses Ziel dürfte nur dann zuverlässig zu erreichen sein, wenn der Aufenthaltsort der verurteilten Person jederzeit präventiv überprüfbar und – unabhängig von einem konkreten Weisungsverstoß oder Tatverdacht – vollständige Bewegungsbilder herstellbar wären. Das ist aber nach der bisherigen Rechtslage, die durch eine automatisierte Erhebung und Verarbeitung die Kenntnisnahme der Daten ohne konkreten Anlass verhindert (§ 463a Abs. 4 S. 1 und S. 3 StPO) und dadurch die strikte Einhaltung der Zweckbindung bei der Verwendung der Daten garantieren möchte, gerade nicht möglich.[48]

Angesichts der geplanten Ausweitung der EAÜ kann man sich des Eindrucks kaum erwehren, dass dabei im Kern polizeirechtliche Instrumente der Gefahrenabwehr strafrechtlich geregelt werden, um die weitgehendere Legitimationswirkung des Strafrechts zur Rechtfertigung besonders eingriffsintensiver Maßnahmen zu nutzen. Bei extremistischen Straftätern wird dieser Eindruck noch dadurch befördert, dass die Anlassdelikte einer EAÜ – wie etwa § 129a StGB – weit ins Vorfeld der konkreten Gefährdung oder gar Verletzung geschützter Rechtsgüter ausgreifen.[49] Sollte der Gesetzgeber mit der geplanten Ausweitung der EAÜ tatsächlich einen ersten Schritt hin zu einer lücken- und anlasslosen elektronischen Überwachung bestimmter Straftätergruppen machen oder auch nur die Polizeibehörden künftig besonders großzügig auf die Daten der EAÜ zurückgreifen wollen, müssen – trotz der Bedrohung durch extremistische Straftäter, auf die der Gesetzentwurf der Bundesregierung sicherlich zurecht hinweist – schon jetzt erhebliche straf- und verfassungsrechtliche Bedenken gegen ein solches Vorhaben angemeldet werden.

V. Zusammenfassung und Ausblick

So wie der Gesetzgeber 2011 im Windschatten der Rechtsprechung des *EGMR* und der deswegen drohenden Entlassung Sicherungsverwahrter die EAÜ in der Führungsaufsicht verankert hat, plant die Bundesregierung nun deren Anwendungsbereich unter dem Eindruck der aktuellen Anschläge weiter auszudehnen. Die polizeilich-präventiven Zielsetzungen des Gesetzentwurfs lassen sich dabei allenfalls unter einer gefahrenabwehrrechtlichen Handlungslogik erreichen; insbesondere eine großzügige Verwendung der mithilfe der EAÜ erhobenen Daten zur Gefahrenabwehr ist dabei kritisch einzuschätzen. Ohne das Bedürfnis danach wecken zu wollen, verwundert es im Übrigen, dass die Bundesregierung die Gelegenheit nicht nutzt, auch die Vorschriften zur Entfristung der Führungsaufsicht (§ 68c Abs. 3 StGB) anzupassen, um dadurch die Möglichkeit einer dauerhaften EAÜ zu schaffen.

Die mittlerweile seit Jahrzehnten geführten strafrechtstheoretischen Debatten rund um das Sicherungs- und Feindstrafrecht zeigen, wie schwer dem Strafrecht der Umgang mit extremistischen Straftätern fällt.[50] Auch die kriminologischen Kenntnisse zum angemessenen Umgang mit extremistischen Straftätern sind bei weitem nicht ausreichend, um belastbare (strafrechtliche) Lösungsvorschläge machen zu können.[51] Die Hilfslosigkeit, mit der der Strafrechtsgesetzgeber auf die Gefahren durch extremistische Straftäter reagiert, ist auch im vorliegenden Reformvorhaben mit Händen zu greifen.

---

47 Zur Abgrenzung sanktionenrechtlich relevanter Kriminalitätsgefährlichkeit zum polizeirechtlichen Gefahrbegriff vgl. *Baur,* in: Baur/Kinzig, Die reformierte Führungsaufsicht, 2015, S. 235 f. und *Popp*, in: Beulke u.a. (Hrsg.), Das Dilemma rechtsstaatlichen Strafens, 2009, S. 113 ff.

48 Vgl. dazu auch die Gesetzesbegründung 2011, BT-Drs. 17/3403, S. 45 und *Bräuchle*, Die elektronische Aufenthaltsüberwachung gefährlicher Straftäter im Rahmen der Führungsaufsicht, Tübinger Schriften zur Kriminologie, Band 37, 2016, S. 61; Die Regelungen zur Datenverwendung in den geplanten Neuregelungen des BKAG (§ 56 Abs. 2 BKAG n.F.) stoßen auf ähnliche Bedenken, vgl. BT-Drs. 18/11163, S. 122 ff.

49 Zur Verfassungsmäßigkeit solcher Vorfelddelikte vgl. *BGH,* NStZ 2014, 703 (704); ebs. auch *König* in der Anhörung des Rechtsausschusses des Bundestages am 20.3.2017.

50 Vgl. *Arnold*, HRRS 2006, 303 ff.; *Bung*, HRRS 2006, 63 ff.; *Jacobs*, ZStW 97 (1985), 751 ff.; *Bung*, HRRS 2006, 63 ff.; jüngst mit Bezug zum Terrorismus: *Leitmeier*, HRRS 2015, 128 ff.

51 Vgl. zur Reintegration baskischer Terroristen in Spanien zuletzt *Stelzel*, Reintegration haftentlassener Terroristen in die Gesellschaft, Tübinger Schriften zur Kriminologie, Band 36, 2016.

BUCHBESPRECHUNGEN

Oliver Harry Gerson: Das Recht auf Beschuldigung. Strafprozessuale Verfahrensbalance durch kommunikative Autonomie

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2016, Verlag De Gruyter, Berlin, ISBN: 978-3-11-048980-4, S. 1084, Euro 179,95.

Die an der Juristischen Fakultät der Universität Passau bei *Prof. Dr. Esser* als Erstgutachter eingereichte Dissertation hat einen monumentalen Umfang von über 1000 Seiten, was für eine Dissertation doch eher ungewöhnlich ist. Der Umfang sollte den Leser aber nicht abschrecken, liest man sich doch – auch dank des flüssigen Schreibstils – sehr schnell in die Arbeit und das spannende Thema ein. *Gerson* macht schon zu Beginn deutlich, dass es in seinen Ausführungen weniger um die Rechte *des* Beschuldigten, als vielmehr um das Recht *auf* Beschuldigung geht. Da der Beschuldigte dem Strafverfahren als Anlass und Auslöser vorgelagert ist, erstaunt es den Autor, dass dieser „Vorfeldfrage“ so wenig Bedeutung zukomme (S. 2). Daher zeigt er zunächst sechs „Baustellen“ auf, die einer Neuordnung des Verständnisses des Beschuldigten im Wege stehen bzw. den Blick verstellen auf Begriff, Stellung, Status, Funktion und Rolle des Beschuldigten. Als „normative Baustelle“ macht *Gerson* die fehlende Legaldefinition des Beschuldigtenbegriffs aus. Es mutet in der Tat tautologisch an, wenn Beschuldigter derjenige ist, gegen den als Beschuldigter ein Strafverfahren betrieben wird. Auch wenn *Gerson* es für nachvollziehbar hält, dass der Tatverdacht bei der Entwicklung und Begründung der Beschuldigteneigenschaft eine entscheidende Rolle spielen muss, so sei doch nicht geklärt, wie sich die Verknüpfung aus Tatverdacht und strafverfolgungsrelevanten Schlussfolgerungen verhält oder verhalten sollte. Als „praktische Baustelle“ wird die Realitätsferne der Beschuldigtendefinition beschrieben, da sich aus der Melange von Verdacht und Verfolgungswille ein Netz aus Ermittlungsmaßnahmen entspinne, um den Beschuldigten im Rahmen des Vorverfahrens zu überführen. „Dogmatische Baustelle“ sei zudem der schwache Schutz des Beschuldigten durch Allgemeinplätze, wie der Phrase, ihm dürfe sein Beschuldigtenstatus nicht willkürlich vorenthalten werden. „Faktische Baustelle“ sei der Grundsatz der Effektivität der Strafverfolgung als „Gegenspieler“ der Beschuldigtengleichstellung. *Gerson* tut gut daran, hier mahnend den Zeigefinger zu heben und gleichzeitig klarzumachen, dass nicht im juristischen Elfenbeinturm nach einem übersteigerten Beschuldigtenschutz gerufen wird. Auch das Schlagwort des partizipatorischen Strafverfahrens fällt hier (noch) nicht. Allerdings zeigen neuere Entwicklungen in der Gesetzgebung, dass die Effektivierung des Strafverfahrens häufig zu Lasten des Beschuldigten geht oder zumindest Rechte nicht angeglichen werden. Dies verdeutlicht die Entwicklung des jüngsten Gesetzes zur praxistauglicheren und effektiveren Ausgestaltung des Strafverfahrens.

Während im Referentenentwurf dem Beschuldigten – endlich – ein eigenes Antragsrecht auf Pflichtverteidigung im Ermittlungsverfahren zugesprochen wurde, hat der Regierungsentwurf dieses Recht kurzerhand wieder aus § 141 StPO herausgestrichen. Die „soziologisch-interdisziplinäre Baustelle“ weist auf einen durch den Untertitel der Dissertation deutlich gemachten Schwerpunkt der Arbeit hin, nämlich die Kommunikation und Rollenautonomie als vergessene Leitprinzipien des Strafverfahrens. Schließlich wird die „sprachpsychologische Baustelle“ der Narrative und Sprachverhexungen aufgezeigt. Narrative Nebelkerzen verschleierten und rechtfertigten Dinge, die eigentlich erst dogmatisch, rechtlich, sittlich, moralisch, philosophisch und soziologisch begründet werden müssten.

Nach Abstecken dieser „hinderlichen Baustellen“ macht *Gerson* deutlich, dass es ihm um die Darlegung eines Rechts auf Beschuldigung geht und darum, Inhalt und Grenzen abzustecken und die dogmatischen Verflechtungen offenzulegen (S. 18). Dazu untergliedert er seine Arbeit in vier Teile. Im ersten klärt er den status quo, d.h. auf welche Weise und durch welche Vorgänge der Betroffene zum Beschuldigten wird. Dies umfasst eine Analyse seiner Stellung als Beschuldigter sowie seiner Rolle im Verfahren. Durch die Überschrift „Recht auf Beschuldigung als Verfahrensrolle: Beschuldigtenstellung als Zirkelschluss“ wird deutlich gemacht, dass *Gerson* zahlreiche Ungereimtheiten enttarnt. Was dieses und die anderen Kapitel so lesenswert machen, sind die als „Mikrostudien“ bezeichneten kleinen Inseln interdisziplinärer Exkurse, die den Leser in den Bann ziehen und den Blick des Betrachters weiten, um aus schier unerschöpflich scheinenden Wissensquellen anderer Disziplinen Erkenntnisgewinn auch für die Rechtswissenschaft im Allgemeinen und die Forschungsfragestellung im Besonderen zu ziehen. Und so steht schon an vorderer Stelle der Monografie der Hinweis auf den „ebenso ehrgeizigen wie selbstkritischen Versuch“, „intra- und interdisziplinäre Grundlagenforschung zur Erkenntnisgenerierung im Strafprozessrecht fruchtbar zu machen“ (S. 25).

Im zweiten Teil entwickelt der Autor unter dem Titel „Recht auf Beschuldigung als Verfahrensstatus: Verfahrensbalance durch kommunikative Autonomie“ Lösungsalternativen, um die Schieflage im geltenden Strafverfah-

rensrecht wieder zu begradigen und eine Ausgeglichenheit der Strafverfolgung als Ganzes zu erreichen. Der dritte Teil dient dann in kriminalpolitischer Perspektive unter dem Titel „Das hypothetische Recht auf Beschuldigung de lege ferenda“ dazu, das Recht auf Beschuldigung als Grund- und Menschenrecht herauszuarbeiten, eine Neudefinition der Beschuldigtenstellung zu entwickeln und einen Gesetzesvorschlag für ein Recht auf Beschuldigung zu unterbreiten. Daneben werden weitere Reformvorschläge entwickelt, die das Recht auf Beschuldigung zu einem effektiven Mechanismus der Verfahrensbalance ausgestalten können. Im vierten Teil werden in den „Schlussbetrachtungen“ die Erkenntnisse aus den vorherigen Teilen zusammengeführt und bewertet. Doch dazu nun genauer:

Im ersten Abschnitt des ersten Teils gibt uns *Gerson* unter dem Titel „Interdisziplinarität als Chance für die Rechtsdogmatik“ einen Vorgeschmack auf die Fülle interdisziplinärer Annährungen, ohne es zu versäumen, auch auf die Gefahren und Schwierigkeiten in Umgang und Transfer der Erkenntnisse der unterschiedlichen Disziplinen auf die Rechtswissenschaften aufmerksam zu machen. Doch auch wenn interdisziplinäre Arbeit mit „Übersetzungsfehlern“ verbunden sei, so müsse doch das Recht als Instrument des „social engineering“ seine grundsätzliche Systemoffenheit durch einen Abgleich mit verwandten Disziplinen dauerhaft beweisen. Um in die interdisziplinäre Auseinandersetzung einzusteigen, legt *Gerson* im zweiten Abschnitt die dogmatische Basis und beschreibt den Beschuldigtenbegriff im geltenden deutschen Recht. Er enttarnt die objektive und subjektive Beschuldigtendefinition als unvollkommen. Auch der objektiv-subjektiven Beschuldigtendefinition wird als „dogmatisches“ Sorgenkind (S. 98) die Tauglichkeit abgesprochen und eine „Definitionskrise“ des Beschuldigtenbegriffs ausgemacht (S. 101). Der Trick der Rechtsprechung, den Beschuldigtenstatus durch retrospektive Näherung vom Eingriff aus praxistauglich zu gestalten und zu formulieren, dass der Beschuldigtenstatus nicht willkürlich vorenthalten werden dürfe, helfe nicht weiter, weil sich so doch wieder an der Intensität des Tatverdachts orientiert würde, dessen Beurteilung dem Ermessensspielraum der Ermittlungsbehörde unterliege. Um die Untauglichkeit der herrschenden Definition des Beschuldigten nach der objektiv-subjektiven Definition deutlich zu machen, zeigt *Gerson* Grenzfälle auf, in denen die Anwendung der Beschuldigtendefinition durch Vorenthaltung oder gänzliche Nichtanerkennung zu heiklen Friktionen führen kann. So versage der objektiv-subjektive Beschuldigtenbegriff bei informatorischen Befragungen, Spontanäußerungen, Vorfeldermittlungen und bei heimlichen sowie verdeckten Ermittlungsmaßnahmen (S. 104-147). Die Beschuldigtendefinition fungiere hier entweder als Türöffner, Vehikel oder sogar als Auslöser der Friktionen. Gefährdet allerdings die Anwendung der Beschuldigtendefinition den Ermittlungserfolg, so werde auf Vernehmungsbegriffe oder die Abgrenzung von Prävention und Repression ausgewichen. Die größte Schwäche der Beschuldigtendefinition läge daher darin, dass sie als dogmatisches Instrument nicht ernst genommen und kaum zur Anwendung gebracht werde. Daher wird in einem dritten Abschnitt die Strafverfolgung aus sozialpsychologischer Perspektive beleuchtet. Denn das Recht auf Beschuldigung als Recht eines Menschen auf Behandlung in seiner Rolle als Beschuldigter käme nicht umhin, sich dem Phänomen der Beschuldigung aus soziologischer und psychologischer Perspektive zu nähern (S. 152). *Gerson* geht zunächst der Frage nach, wie sich im Laufe des Ermittlungsverfahrens gebildete, verfahrensrelevante Hypothesen verselbstständigen können. Dazu erklärt er den Inertia- oder Perseveranzeffekt, der die Selbstbestätigung von Hypothesen beschreibt, um dann immer tiefer in die Wahrnehmungspsychologie einzutauchen. Dies führt zu dem Schluss, dass das Vertrauen in die Justizförmigkeit des Verfahrens ins Wanken gerät, wird doch durch vielfältigste Beispiele und Experimente nachgewiesen, wie vorurteilsbehaftet die Akteure des Strafverfahrens sind. *Gerson* hält fest: „Einmal `abgestempelt´, klebt die Beschuldigung an seinen (des Beschuldigten) Fersen und zieht sich fortan durch die gesamte Ermittlung. Diesen verhängnisvollen Weg gilt es weiter zu verfolgen“ (S. 184).

Weiterhin wird die Sprache als Mittel der Vorverurteilung untersucht. *Gerson* zeigt empirische Versuche zur Beeinflussbarkeit durch Sprache auf und erläutert den Primacy Effekt, der die Weiche für jede weitere Reizverarbeitung bildet und allein durch Platzierung von Schlüsselbegriffen zu positiven oder negativen Verstärkungen führen kann. Zudem werde der Beschuldigte an zahlreichen Stellen des Strafverfahrens mit Sprachwirrnissen konfrontiert, das Juristendeutsch könne den Beschuldigten überfordern, außerdem sei das, was gesagt und wie es rezipiert werde, von entscheidender Bedeutung für den gesamten Verfahrensverlauf. Daher schließt *Gerson* einen Unterabschnitt zum Tatverdacht als pars pro toto der Wahrnehmungsfehlinterpretation an (S. 208 ff.) und kommt zu der Feststellung, dass der Tatverdacht trotz seiner angeblich objektiven Ausgestaltung ein zutiefst subjektives Element sei, dass sich nahezu ausschließlich am Bauchgefühl und der Erfahrung des Urteilenden orientiert. Daher scheitere die Beherrschung des Tatverdachts an seiner Vagheit, er sei die Sollbruchstelle der emotionalen Konstruktion von Delinquenz, die sich durch Wahrnehmungsverzerrungen erst erschaffe (S. 215). Nach diesen Grundlagen zu Fehlern und Verzerrungsfaktoren in der Wahrnehmung wird in einem weiteren Abschnitt den einzelnen Verfahrensakteuren auf Verfolgerseite und deren Bedeutung für die Beschuldigtenrolle nachgegangen. Was die Polizei anbelangt, so sucht *Gerson* zwar nicht einseitig die Fehler für die Verfahrensschieflage zu Lasten des Beschuldigten bei der Polizei, doch macht er auf das ungesunde Wechselspiel aus Kompetenzüberlastung und Machtüberfülle der Polizei in Kombination mit der Tendenz zur Verantwortungsabgabe der Staatsanwaltschaft aufmerksam. Die Polizei sei somit zumindest „ein gefährdender Faktor für den Beschuldigten“ (S. 246). Die faktische Übermacht der Polizei im Ermittlungsverfahren und die immense Vorprägung der sozio-psychologisch determinierten Hypothesenbildung in Verbindung mit dem in weiten Teilen vorherrschenden „Ermittlungsklima“ werde zu einem Fallstrick für den Schutz des Betroffenen vor Fehlermittlungen. Auch die Staatsanwaltschaft sei für den Beschuldig-

ten weder Scharnier für die schnelle Inkulpation noch Puffer zur Wahrung von Objektivität und Rechtsstaatlichkeit. Sie sei vielmehr die Türhüterin vor dem Gesetz, die zwischen Einstellung und Anklage pendelt (S. 254 f.). Der Richter – wie jeder Mensch seinen Wahrnehmungsverzerrungen unterlegen – sei mit seiner Rolle zwangsläufig überfordert, so dass seine Rolle und Bedeutung im Strafverfahren einer Neuorientierung bedürfe. Durch Aktenkenntnis und Perpetuierung der auftretenden Verzerrungsfaktoren setze sich der kafkaeske Zustand und die Treibjagd des Beschuldigten fort. Der Beschuldigte gerate in einen Strudel der sich selbst bestätigenden Strafrechtspflege (S. 312). Zudem gehe durch die Stärkung des Opfers im Strafprozess ein Verlust an Rationalität des Verfahrens einher. Psychologisch bedeute die Annahme eines Opfers – man erinnere sich an die Ausführungen zum Priming und zur Perseveranz – das Anerkennen einer Schuld des Täters (S. 297). Auch der Spagat aus Medienpartizipation und –exklusion verlaufe zu Lasten des Beschuldigten, wenn aus der Berichterstattung eine tendenziöse Verdachtserstattung oder eine mediale Parallelverhandlung entstehe (S. 311). Insgesamt konstatiert *Gerson*, dass der Zirkelschluss der Beschuldigung zum Teufelskreis der Strafverfolgung werde (S. 313).

Teil 2 widmet sich dann der Frage, wie mit den aufgezeigten Defiziten umzugehen ist, um eklatante Verstöße gegen die Gleichheit und die Fairness des Verfahrens zu vermeiden (S. 321 ff.). Erklärtes Ziel dieses Teils ist dabei, das Recht auf Beschuldigung dogmatisch als Recht auf Verfahrensbalance zu belegen und dabei gleichzeitig grundlegende Denkalternativen für bestehende Dysbalancen des Strafverfahrens zu entwerfen. Um ein Fundament für dieses Ziel zu legen, beleuchtet *Gerson* zunächst, welche Verfahrensphilosophie hinter dem Recht auf Verfahrensbalance durch kommunikative Autonomie steht. Nach Darstellung der grundlegenden Theorien der Verfahrensgerechtigkeit wird deutlich, dass die Notwendigkeit der Stärkung der Verfahrensbalance nicht allein aus philosophischen und soziologischen Erwägungen begründbar ist, sondern die intendierte Verfahrensbalance als übergeordneter Topos zu verstehen ist, der auf einer Meta-Ebene – mit Blick auf die Theorien von *Habermas*, *Luhmann* und *Rawls* – auch das Selbstverständnis und die Legitimation des Strafverfahrens in theoretischer und praktischer Weise beeinflusst. Danach stellt *Gerson* eigenständige Modelle vor, die die theoretischen Konzepte für das Strafverfahren handhabbar zu machen versuchen: *Jahns* Modell des partizipatorischen, *Schünemanns* Modell des kompensatorischen Verfahrens, das dialektische Modell nach *Demko* und das „realistische" Modell von *Salas*, verwoben mit Ansätzen von *Packer*, *Weßlau* und *Greco*. In einem nächsten Schritt entwirft der Autor ein eigenes Modell der Verfahrensbalance durch Stärkung der kommunikativen Autonomie des Beschuldigten (S. 393 ff.). Dabei ist dieses Modell kein eigenständiges „Verfahrensmodell" im engeren Sinne, sondern die Beschreibung einer erkenntnistheoretischen und sozio-psychologischen Betrachtungsweise in Form des Perspektivenwechsels. Ausgehend vom konstruktivistischen Denken, dass die subjektive Wirklichkeitskonstruktion des Individuums beschreibt, wird diese Subjektivität fruchtbar gemacht durch eine Stärkung der kommunikativen Autonomie der Beteiligten und eben auch des Beschuldigten. Kommunikative Autonomie sei danach nicht lediglich Vehikel, um Gleichheit und Verfahrensgerechtigkeit zu generieren, sondern erste Prämisse (S. 430). Eine Stärkung der kommunikativen Autonomie bedinge zugleich eine stärkere Einbindung des Beschuldigten und wäre geeignet, die positiven Effekte sprachlicher Interaktion zu erfüllen (S. 432).

Das Konzept der kommunikativen Autonomie wird in den folgenden Abschnitten dogmatisch untermauert. Hierzu wird zunächst das Recht auf Beschuldigung in Bezug zur Waffengleichheit untersucht (S. 433 ff.). Nach Herleitung der Waffengleichheit aus Art. 6 EMRK und Art. 20 Abs. 3 GG kommt *Gerson* recht schnell zu dem Ergebnis, dass es wirkliche Waffengleichheit i.S. einer Verfahrensbalance im Strafverfahren bislang nicht gibt. Allerdings sei die Waffengleichheit als Mindeststandard unabdingbar, um das Recht auf Beschuldigung als Recht auf Verfahrensbalance durch Stärkung der kommunikativen Autonomie zu stützen. Gleich von Beginn des Verfahrens an müsse es auf Augenhöhe stattfinden, da ansonsten jede Form der Verfolgung zur Unterwerfung und Inquisition verkomme (S. 496). Um die Ungleichheit exemplarisch deutlich zu machen, wird im Folgenden auf die Beschuldigtenvernehmung eingegangen (S. 497 ff.). *Gerson* zeigt auf, dass Zeitpunkt, Ausgestaltung und Inhalt der Vernehmung von kriminaltaktischen Erwägungen durchwachsen sind, die der Überführung des Beschuldigten dienen. Es bedürfe kompensierender Schutzmechanismen, die sich im Recht auf Beschuldigung als Recht auf Verfahrensbalance durch die Stärkung der kommunikativen Autonomie vereinen lassen. Daher sollte z.B. der Anspruch auf rechtliches Gehör trotz beachtlicher kriminalistischer Gegeneinwände vollumfänglich bereits im Ermittlungsverfahren gelten. Des Weiteren sollte die Pflicht eingeführt werden, die Beschuldigtenstellung zu eröffnen. In der Chronologie des Verfahrens wäre somit die Entstehung der Beschuldigteneigenschaft der Beginn, der die Mitteilung dieser Eigenschaft nachfolgt, wiederum gefolgt von Belehrung, Mitteilung des Tatvorwurfs und Vernehmung. Die Vernehmung an sich würde bislang der kommunikativen Autonomie nicht gerecht, ganz im Gegenteil müsse man von einer kommunikativen Entmündigung ausgehen, wie schon Beispiele zulässiger kriminalistischer List im Rahmen der Vernehmung deutlich machen würden. Der müßige Streit um die richtige „Nuance" an zulässiger List würde verkennen, dass bereits kleinste Einwirkungen auf die kommunikative Autonomie des Betroffenen diesen in eine Rechtfertigung in einer „Meta-Wirklichkeit" zwingen, die konstruierte Ergebnisse erzeugt (S. 581 f.).

In einem weiteren Abschnitt werden der nemo-tenetur-Satz und die Unschuldsvermutung als letzte Bausteine der kommunikativen Autonomie auf ihren kommunikativen Gehalt hin untersucht (S. 582 ff.). Es wird herausgearbeitet, dass der nemo-tenetur-Grundsatz ein weiterer Mindeststandard zum Schutz der kommunikativen Autonomie ist. Sinn und Zweck sei es, die kommunikative Entmündigung des Beschuldigten zu verhindern, indem dieser nicht dazu gezwungen wird, seine eigene Überführung aktiv zu fördern oder seine Schuld zu verbalisieren. Daneben solle

durch die Unschuldsvermutung objektiv-rechtlich eine Desavouierung des Verfahrens durch Schuldantizipation verhindert werden. *Gerson* resümiert, dass in der Zusammenschau alle Gleichheitsrechte objektiv-rechtliche Wertungsmaßstäbe und individuelle Schutzgarantien für die kommunikative Autonomie des Beschuldigten beinhalten würden. Ihr Manko läge aber darin, dass sie nur bruchstückhaft gelten, nicht alle Verfahrensstadien umfassen und zum Teil durch Praxis und Lehre in eine bestimmte Richtung gelenkt wurden. Kommunikative Autonomie könne daher als Konzept und Mechanismus eine Aufwertung der Subjektstellung des Beschuldigten bewirken, die dessen Recht auf Selbstdarstellung als ureigenen Ausdruck der Menschenwürde wahrt und dem grundlegenden Erfordernis der Verfahrensbalance im Sinne des Kampfes auf Augenhöhe gerecht werde (S. 622).

Im nächsten Abschnitt beleuchtet *Gerson* verdeckte Ermittlungen und Verfahrensabsprachen als Anwendungsfälle des Konzepts der kommunikativen Autonomie (S. 622 ff.). Bei verdeckten Ermittlungen durch verdeckt agierende Ermittler oder V-Leute werde der Beschuldigte permanent belogen und durch die Manipulationen in eine „gelenkte Wirklichkeit" geschickt, die ihn kommunikativ wehrlos stellt, da er ihre Eigengesetzlichkeiten nicht kennen kann. Der Fortbestand verdeckter Ermittlungen konterkariere somit die kommunikative Autonomie des Beschuldigten aufs Höchste und sei damit unbestreitbar ein Störfaktor der Verfahrensbalance. Trotz dieses Befundes geht der Verfasser nicht so weit, nun für eine Einstellung dieser Ermittlungspraxis einzutreten. Vielmehr möchte er in einem ersten kleinen Schritt den „Wildwuchs" eindämmen und zumindest auch die V-Personen autonom neben den verdeckten Ermittlern in der StPO normieren, um so ihre Existenz und Ausgestaltung endlich auf rechtsstaatliche Bahnen zu lenken. Diese Forderung ist nicht neu und wurde zuletzt von der Expertenkommission gestellt, die Justizminister *Maas* zur effektiveren und praxistaugliche-ren Ausgestaltung des Strafverfahrens ins Leben gerufen hatte. Allerdings wurde diese Forderung weder im entsprechenden Referenten- noch im Regierungsentwurf aufgegriffen, so dass zumindest in nächster Zukunft eine gesetzliche Fixierung nicht erfolgen wird. Dennoch, so stellt *Gerson* zutreffend fest, werde die V-Person erst durch die gesetzliche Anerkennung „Rechtsrealität", „die dann wiederum im Sinne der Verfahrensbalance rekonstruiert werden kann" (S. 682).

Als positives Beispiel des Versuchs der Stärkung der kommunikativen Autonomie benennt der Autor dann die – aufgrund ihrer praktischen Schwächen immer wieder kritisierte – Verständigung. Nicht übersehen werden dürfe aber, dass es sich bei diesem Instrument um ein genuin konsensuales, d.h. die kommunikative Autonomie förderndes Element der Verfahrensbeendigung handeln könnte, sofern in der Ausgestaltung der Praxis stärker auf die Verfahrensbalance und die kommunikative Beteiligung des Beschuldigten hingewirkt werden würde.

Im letzten Abschnitt des zweiten Teils untersucht *Gerson* unter der Überschrift „Kommunikative Autonomie im Konflikt mit Wahrheit, Gerechtigkeit und Schuld" einige grundlegende „Dogmen" des Strafverfahrens auf ihre Kohärenz zur Verfahrensbalance und zur kommunikativen Autonomie (S. 683 ff.). Er stellt fest, dass es keine erfahrbare Wahrheit neben der intersubjektiven, kommunikativen Ausprägung gäbe und auch die Ergebnisse der Hauptverhandlung lediglich Wahrnehmung von der Wahrnehmung, also Resultate eines künstlichen Herstellungsaktes seien. Wahrheit bedürfe es weder für die Genese von Gerechtigkeit, noch zur nachhaltigen Erzeugung von Rechtsfrieden (S. 740). Auch Schuld als zugeschriebene Wirklichkeit zweiter Ordnung sei eine Fiktion, so dass der Streit um den Determinismus des menschlichen Willens müßig sei (S. 765). Hier auf Zuschreibungsprozesse abzustellen, erscheint mir allerdings etwas kurz gegriffen, geht es doch nicht nur um Fiktionen, sondern ebenso um die Feststellung tatsächlich vorhandener Fähigkeiten. Diese zuzuschreiben, ohne dass sie in der Wirklichkeit existieren, würde das Strafverfahren erst recht zu einem autopoietischen System machen, das der Verfasser noch an anderer Stelle kritisiert (S. 47).

Schließlich spricht sich *Gerson* für kommunikative Modelle der Wahrheit und Schuld aus, die den Prozess der Devianz als ein Infragestellen der Normgeltung verstehen und die Strafzwecke in ihrer Starrheit zu überwinden versuchen. Nur ein kommunikatives Wahrheitsmodell in Kombination mit einem kommunikativen Schuldmodell seien geeignet, die Verfahrensbalance nachhaltig und dauerhaft wiedererstarken zu lassen (S. 765).

Im dritten Teil widmet sich der Verfasser dann Reformvorschlägen zur Verbesserung der Verfahrensbalance durch Stärkung der kommunikativen Autonomie und entwickelt das Recht auf Beschuldigung de lege ferenda (S. 779 ff.). Hierzu entwickelt *Gerson* einen eigenen Ansatz einer neuen Beschuldigtendefinition, wobei er Anleihen in anderen Ländern und der EMRK zu nehmen versucht. Dabei bestätigt die Auswertung ausländischer Rechtsordnungen, europäischer und menschenrechtlicher Vorgaben, dass der Inkulpationswille ein reines Spezifikum der deutschen StPO darstellt und sich die anderen Rechtsordnungen von jeglicher Form subjektiver Einfärbung des Beschuldigtenbegriffs distanzieren. Daher resümiert *Gerson*: „Der Eintritt der Beschuldigtenstellung kann und darf nicht von einem (in der Regel zu fingierenden) `Willen´ abhängen" (S. 813). Praxistauglicher und dogmatisch schlüssiger sei das Abstellen auf die tatsächliche Handlung des Ermittlers bei Vorliegen eines subjektiven Tatverdachts. Dazu möchte *Gerson* die Definition des Beschuldigten zwar mithilfe des Tatverdachts, jedoch ohne den Inkulpationswillen konstruieren. Neu ist dies nicht, auch *Rzepka* hat bereits diese Forderung erhoben. Abgestellt werden soll rein tatsächlich auf das Erfordernis einer faktischen Verfolgung, d.h. sobald eine Person verdächtig ist und tatsächlich gegen sie ermittelt wird, ist sie Beschuldigter. Die verdachtsabhängig-faktische Definition des Beschuldigten nach *Gerson* lautet demnach: „Beschuldigter ist, gegen wen aufgrund eines Tatverdachts ein Strafverfahren geführt wird" (S. 814). Auch wenn der Verfasser darauf hinweist, dass es jetzt nicht mehr auf den Willen der Ermittlungsbehörden ankommt, so greift dieser Hinweis zumindest in der Hinsicht zu kurz, als dass

der Tatverdacht nach wie vor subjektiv von den Ermittlungsbehörden bestimmt wird. Lediglich der nächste Schritt, nämlich das Führen eines Strafverfahrens aufgrund dieses Verdachts ist objektiver Natur. Von daher suggeriert die verdachtsabhängig-faktische Definition etwas, das sie nicht halten kann, nämlich frei von subjektiven Einflüssen zu sein. Das erkennt auch *Gerson,* sieht aber in der subjektiven Bestimmung keinen Nachteil, weil mit subjektiv empfundenem Verdacht und tatsächlichem Einschreiten des Ermittlers der Verdächtige automatisch in die Beschuldigtenstellung eintrete – also zum frühest möglichen Zeitpunkt, nämlich dem Beginn der ersten Ermittlungsmaßnahme. Die Abgrenzung vom tatverdächtigen Zeugen erfolgt über die konkrete Handlung des Ermittlers. Dadurch könnten auch kritische Grenzfälle gelöst werden, da der Eintritt in die Beschuldigtenstellung automatisiert und von subjektiven Missbrauchselementen befreit würde (S. 822).

Im Anschluss an diese rechtsdogmatische und –theoretische Fundierung des eigenen Ansatzes des Rechts auf Beschuldigung, entwickelt *Gerson* de lege ferenda einen konkreten Formulierungsvorschlag (S. 823 ff.). In § 157 StPO-E definiert er den Beschuldigten und legt den Zeitpunkt der Beschuldigteneigenschaft und Mitteilungspflichten fest (S. 825). Nach der Legaldefinition folgt eine Beschreibung der unterschiedlichen Rechte, die dem Beschuldigten aufgrund seines Status und seines allgemeinen Rechts auf Beschuldigung erwachsen: das Recht auf Anerkennung des Beschuldigtenstatus, das Recht auf Mitteilung und Registrierung des Beschuldigtenstatus und das Recht auf Beibehaltung und Aktualisierung des Beschuldigtenstatus auch über nationale Grenzen hinweg. Nicht umfasst und ausdrücklich ausgeschlossen wird der hypothetische Anspruch, ein Strafverfahren gegen einen Dritten als Beschuldigten zu betreiben. Das grundlegende Recht auf Beschuldigung als Recht auf Verfahrensbalance wird durch den Passus normiert, dass der Position des Beschuldigten in besonderem Maße unter Wahrung seiner kommunikativen Autonomie Rechnung zu tragen sei. Nach dieser Spezifizierung eines Rechts auf Beschuldigung de lege ferenda erfolgt die Einordnung dieses Rechts in die Grund- und Menschenrechtsdogmatik (S. 835 ff.). *Gerson* versteht das Recht auf Beschuldigung als ein Rahmenrecht, dass zahlreiche Gleichheitsrechte und Mindestverbürgungen grundrechtlicher, unionaler und menschenrechtlicher Provenienz miteinander kombiniert und funktional verknüpft (S. 853). Das Recht auf Beschuldigung sei ein funktionaler Hebel der Verfahrensbalance, der aufgrund seiner objektiv-rechtlichen Wirkungsmacht die Qualität einer menschenrechtlichen Verbürgung einnimmt (S. 854).

Aus dem Recht auf Beschuldigung fordert *Gerson* in einem weiteren Schritt auch eine verbesserte Schulung der Polizei und kurzfristige Reformen im Strafverfahrensrecht, um die Verfahrensbalance durch Stärkung der kommunikativen Autonomie zu verbessern (S. 856 ff.). Neben einer Ausweitung der audiovisuellen Dokumentation spricht er sich für eine frühestmögliche anwaltliche Vertretung des Beschuldigten aus. Erster wichtiger Schritt sei eine Stärkung der Verteidigerstellung durch die Möglichkeit der Bestellung eines Pflichtverteidigers durch das Gericht, wenn die Staatsanwaltschaft dies nicht beantragt hat. Diese Forderung ist im Gesetzentwurf zur effektiveren und praxistauglicheren Gestaltung des Strafverfahrens in § 141 StPO-E umgesetzt worden. Des Weiteren plädiert *Gerson* für die Verankerung des kommunikativen Moments der Verteidiger-Mandanten-Beziehung in § 148 StPO und möchte die Kommunikation zwischen Beschuldigtem und rechtlichem Beistand „in jedem Abschnitt des Verfahren dem größtmöglichen Schutz“ unterstellen (S. 972). Mittelfristig fordert der Verfasser eine Modifikation des Ermittlungs- und des Zwischenverfahrens. Neben einer Hinwendung zum partizipatorischen Verfahren sehen seine angedachten Reformen eine Stärkung der Einzelakteure vor, z.B. durch eine Stärkung der Leitungsbefugnis der Staatsanwaltschaft. Das immer wieder und vielfach in der Literatur kritisierte Zwischenverfahren möchte *Gerson* entweder ganz abschaffen oder eine personale Verschiedenheit der zur Entscheidung Berufenen etablieren. In der Hauptverhandlung solle ein kommunikativer Verhandlungsstil präferiert werden, um wahrnehmungspsychologische Verzerrungseffekte zu eliminieren und die Partizipation des Angeklagten durch „Mitsprache“ zu ermöglichen. Als langfristige Optimierung schließt der Verfasser den Kreis zu seinen interdisziplinären Ausführungen und empfiehlt die stete Rückbesinnung auf den „Faktor Mensch“ mit seinen Schwächen und Fehlern.

In einem 4. Teil folgen Schlussbetrachtungen, wobei für jeden Abschnitt der Monografie eine Frage formuliert und einer Antwort zugeführt wird (S. 982 ff.). So wird die Frage nach der Fehlerhaftigkeit der bestehenden Beschuldigtenbegriffe – was nicht verwundert – ebenso bejaht wie die beschränkte menschliche Wahrnehmungsfähigkeit mit Blick auf Wahrnehmungsfehlinterpretationen und Wahrnehmungsverzerrungen. Die kommunikative Autonomie dagegen sei kein Ideal und müsse als vergessenes Faktum nicht erfunden, sondern gefunden werden. Auf die Frage, ob die von *Gerson* entwickelte neue Definition des Beschuldigten alle Probleme löse, ist der Autor ehrlich und verneint sie, nennt die Definition allerdings einen Schritt in die richtige Richtung, da sie Unschärfen bisheriger Konzeptionen vermeide.

Der Input, den diese Dissertation liefert, ist immens, was nicht nur diese lange Rezension deutlich macht. Die Dissertation ist innovativ und rechtspolitisch interessant, auch wenn diverse Forderungen nicht neu sind. Neu ist der Kontext, in dem diese Forderungen stehen, der Entwicklung des Rechts auf Beschuldigung, die dogmatische, grundrechtliche Einbettung und die Anleihen aus anderen Disziplinen, die die Grundlegungen der Arbeit untermauern. So erhält der Leser viele neue Denkanstöße und wird durch zahlreiche Verweise auf Aufsätze und Bücher motiviert, sein Spektrum zu erweitern. Die Literatur, die *Gerson* für seine Arbeit rezipiert hat, nimmt – kleingedruckt – fast 80 Seiten ein. Eine Fußnote führt zur nächsten und der Autor zeigt – gerade in interdisziplinärer Hinsicht – viele schwarze Löcher auf, die es auch in Zukunft zu erhellen gilt.

Rebekka Popadiuk: Der Abrechnungsbetrug im GOÄ-Liquidationsbereich

von Rechtsanwältin Dr. Kerstin Stirner

2016, Verlag Dr. Kovač, Hamburg, ISBN: 978-3-8300-9068-7, S. 201, Euro 88,90.

Das Gesundheitswesen gehört zu den bedeutendsten Wirtschaftsfaktoren in unserer Gesellschaft. Nicht überraschend ist daher, dass sich Straftaten im Gesundheitswesen längst nicht mehr im Bereich der klassischen Körperverletzungs- und Tötungsdelikte bewegen, sondern in jüngerer Vergangenheit zunehmend Bedeutung im Wirtschaftsstrafrecht gewonnen haben. Der ärztliche Abrechnungsbetrug nimmt hierbei einen nicht unbeachtlichen Anteil ein. Lange hatten sich die Gerichte allerdings nur mit dem vertragsärztlichen Abrechnungsbetrug zu befassen. Erst mit der Entscheidung des 1. Strafsenats vom 25.01.2012 (*BGH,* NJW 2012, 1377) ist auch der privatärztliche Abrechnungsbetrug in den Fokus von Rspr. und Lit. gerückt. Dieses Thema greift *Rebekka Popadiuk* in ihrer vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Trier 2016 als Dissertation angenommenen und von *Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. Hans-Heiner Kühne* betreuten Arbeit auf.

I. *Popadiuk* hat ihr Werk in sechs Kapitel unterteilt. Nach einer Einleitung, die dem Leser einen Überblick über den Gang der Untersuchung verschafft, bespricht sie im anschließenden Kapitel die Grundlagen des privatärztlichen Abrechnungssystems, wobei insbesondere das Vertragsverhältnis zwischen Arzt und Patient und das daran anknüpfende Vergütungssystem hervorgehoben werden (S. 7 ff.). Dieser wesentliche Unterschied zum gesetzlichen Krankenversicherungssystem hat zur Folge, dass Geschädigter des privatärztlichen Abrechnungsbetrugs in der Regel der Patient und nicht – wie im vertragsärztlichen Bereich – die Krankenversicherung ist. Bei der Darstellung des GOÄ-Liquidationssystems geht *Popadiuk* insbesondere auf das Gebot der persönlichen Leistungserbringung ein (S. 12 ff.) und macht damit zugleich kenntlich, dass die strafrechtliche Bewertung fehlerhaften Abrechnungsverhaltens im Folgenden auf Fälle beschränkt wird, in denen die persönliche Leistungserbringung im Sinne von § 4 Abs. 2 GOÄ zweifelhaft ist. Die Verfasserin konzentriert sich dabei auf die in jüngerer Vergangenheit vielfach diskutierten Fälle der Abrechnung von Wahlleistungen, der Abrechnung von Laborleistungen und der Abrechnungen von Leistungen innerhalb einer Chefarztambulanz.

Die Autorin beschreibt zunächst die aus § 4 Abs. 2 GOÄ resultierende Pflicht des Privatarztes, Gebühren nur für selbständige ärztliche Leistungen zu berechnen, die er selbst erbracht hat oder die unter seiner Aufsicht nach fachlicher Weisung erbracht wurden (eigene Leistungen). Hierbei geht sie ausführlich auf die Möglichkeiten der Delegation von Behandlungsleistungen an ärztliches und nichtärztliches Personal ein und gelangt zu dem zutreffenden Ergebnis, dass sog. *Kernleistungen* nicht delegierbar sind. Es sei aber unklar, welche Leistungen im Einzelfall zu den nicht delegierbaren Kernleistungen gehören (S. 22).

Weiter thematisiert die Verfasserin die Möglichkeiten der Stellvertretung bei der Erbringung ärztlicher Behandlungsleistungen und stellt dabei heraus, dass eine Stellvertretung unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls sowohl in Form einer formularmäßigen als auch in Form einer individuellen Vereinbarung zulässig ist (S. 34 ff.). Stellung nimmt *Popadiuk* dabei auch zu der von der höchstrichterlichen Rspr. bislang noch nicht entschiedenen Frage nach der Anzahl der in einer Stellvertretervereinbarung zu benennenden *ständigen ärztlichen Vertreter* (S. 36 ff.). In Übereinstimmung mit dem *OLG Celle* (Urteil v. 15.06.2015 – 1 U 97/14) gelangt sie zu dem Ergebnis, dass die Anzahl nicht auf eine Person beschränkt, sondern dies nach den Gegebenheiten im jeweiligen Krankenhaus zu beurteilen sei. In diesem Zusammenhang wird ferner die Pflicht zur persönlichen Leistungserbringung im Rahmen der Chefarztambulanz thematisiert (S. 41 ff.). Mit *Dahm* (MedR 2012, 367) sowie weiteren Stimmen im Schrifttum (so auch *Stirner*, Der privatärztliche Abrechnungsbetrug (2015), S. 111 ff.) äußert die Verfasserin zutreffend Kritik an der Entscheidung des *OLG Frankfurt a. M.* (MedR 2012, 396).

Diesem Abschnitt schließen sich umfassende Ausführungen zur Pflicht der persönlichen Leistungserbringung bei der Abrechnung von Laborleistungen an (S. 47 ff.). Dabei gelangt die Autorin zu dem Ergebnis, dass der liquidierende Arzt lediglich im Anschluss an die Erstellung der Analyse zur persönlichen Validierung der Ergebnisse im Labor anwesend sein müsse (S. 54 ff.).

II. Das nächste Kapitel, der Hauptteil der Arbeit, befasst sich mit den strafrechtlichen Folgen von Verstößen gegen § 4 Abs. 2 GOÄ. *Popadiuk* subsumiert in diesem Kapitel die zuvor herausgearbeiteten Fälle fehlerhafter Abrechnungen unter die einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 263 StGB (S. 57 ff.).

Im Rahmen des objektiven Tatbestands erfolgt zunächst eine Erörterung des Täuschungsmerkmals (S. 59 ff.). Zutreffend stellt *Popadiuk* heraus, dass die Einordnung von Abrechnungen unter Verstoß gegen § 4 Abs. 2 GOÄ als Täuschung über *Tatsachen* umstritten ist. Angesichts der

Auslegungsbedürftigkeit von § 4 Abs. 2 GOÄ und des damit einhergehenden weiten Interpretationsspielraums für die abrechnenden Ärzte wird im Schrifttum vielfach vertreten, dass sich eine fehlerhafte Abrechnung regelmäßig als straflose Kundgabe einer Rechtsmeinung darstelle (vgl. etwa *Gercke/Leimenstoll*, MedR 2010, 695, 698; *Mahler*, wistra 2013, 44, 45). Dies jedenfalls dann, wenn die Abrechnung auf einem zumindest im Ansatz vertretbaren Auslegungsergebnis beruhe (so *Dann*, in: AG Medizinrecht im DAV/IMR, Brennpunkte des Arztstrafrechts, 31, 33; *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht in der Praxis, Rn. 1138 ff.) Dieser Auffassung hält die Verfasserin eine Entscheidung des *BGH* vom 09.06.2009 (*BGH*, NStZ 2009, 506) entgegen. Der 5. Strafsenat hielt darin fest, dass eine Täuschung über Tatsachen auch dann vorliege, wenn sich aus einer Rechnung unmittelbar keine falsche Tatsachenbehauptung ergebe. Da sich der Inhalt einer Erklärung nach dem Empfängerhorizont richte, werde konkludent miterklärt, dass die der Rechnung zugrunde liegenden Tarife unter Beachtung der geltenden Rechtsvorschriften ermittelt wurden und sie mithin auf einer zutreffenden Bemessungsgrundlage beruhen würden. Unberücksichtigt bleibt allerdings, dass dem vom 5. Strafsenat entschiedenen Fall ein Sachverhalt zugrunde lag, in welchem die fehlerhafte Abrechnung nicht auf der falschen Auslegung einer auslegungsbedürftigen Norm, sondern auf einer manipulativen Bildung der Bemessungsgrundlage beruhte. In Fällen, in denen das Gesetz eine unmissverständliche Abrechnungsgrundlage enthält, entspricht deren „richtige" Anwendung dem objektiven Empfängerhorizont. Lässt eine Norm aber mehrere vertretbare Auslegungsergebnisse zu, kann allenfalls erwartet werden, dass derjenige, der seinen Anspruch darauf stützt, eine dieser Auslegungsergebnisse schlüssig behauptet, nicht aber, dass er ein bestimmtes Auslegungsergebnis, insbesondere nicht das von der h. M., vertritt (vgl. *Lindemann*, NZWiSt 2012, 334, 336). *Popadiuk* ist insoweit jedoch zuzugestehen, dass sie sich mit ihrem Ergebnis auf einer Linie mit dem 1. Strafsenat bewegt, der – allerdings ohne Auseinandersetzung mit den Argumenten des Schrifttums – bei einer Abrechnung unter Verstoß gegen § 4 Abs. 2 GOÄ von einer Täuschung über Tatsachen ausgeht (*BGH*, NJW 2012, 1377, 1379).

Die Autorin befasst sich sodann mit der Frage, ob durch eine Abrechnung unter Verstoß gegen § 4 Abs. 2 GOÄ ein Irrtum beim Patienten erregt wird (S. 69 ff.). Zutreffend bemerkt sie, dass Patienten mangels medizinischer und juristischer Vorbildung in der Regel nicht beurteilen können, ob die Abrechnungsvorschriften der GOÄ eingehalten wurden. Unter Zugrundelegung der Rechtsfigur des *sachgedanklichen Mitbewusstseins* gelangt *Popadiuk* zu dem Ergebnis, dass ein Irrtum des Patienten zu bejahen sei. Der Annahme eines Irrtums stehe nicht entgegen, dass dem Patienten die gebührenrechtlichen Einzelheiten der Rechnung völlig unbekannt seien (S. 74 f.). Diese Auffassung entspricht zwar der Rspr. des *BGH* (so *BGH*, NJW 2012, 1377, 1382), unberücksichtigt bleibt aber, dass die regelmäßige Unkenntnis der Patienten von den Abrechnungsvorschriften und die damit einhergehende fehlende Prüfungsmöglichkeit einen erheblichen Unterschied zu den üblichen Anwendungsfällen des sachgedanklichen Mitbewusstseins darstellt.

Zutreffend setzt sich *Popadiuk* sodann unter Einbeziehung der Entscheidung des 1. Strafsenats vom 25.1.2012 (*BGH*, NJW 2012, 1377) mit dem Eintritt eines Vermögensschadens als „Kern der Diskussion einer Strafbarkeit wegen Abrechnungsbetruges im GOÄ Liquidationsbereich" auseinander (S. 76 ff.). Dabei geht sie zunächst auf die Anwendung der *streng formalen Betrachtungsweise* im Bereich des vertragsärztlichen Abrechnungsbetrugs ein, wonach eine Leistung insgesamt nicht erstattungsfähig sei, wenn sie auch nur in Teilbereichen nicht den gestellten Anforderungen genüge. Daran knüpft konsequent die Frage an, ob die streng formale Betrachtungsweise auf den Bereich der Privatliquidation zu übertragen sei. Dies verneint die Verfasserin im Rahmen einer kritischen Auseinandersetzung mit der Entscheidung des 1. Strafsenats. Gegen die darin liegende Normativierung des Schadensbegriffs spreche insbesondere der Untreue-Beschluss des *BVerfG* (wistra 2010, 380). Für die Fälle fehlerhafter Abrechnungen von Speziallabor- und wahlärztlichen Leistungen komme es hierauf aber letztlich nicht an, da der Eintritt eines Vermögensschadens auch ohne Übertragung der streng formalen Betrachtungsweise selbst bei medizinisch indizierten und lege artis erbrachten Behandlungsleistungen zu bejahen sei, sofern ein (formaler) Verstoß gegen den Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung vorliege. Eine im Rahmen der Gesamtsaldierung vorzunehmende Kompensation durch die erbrachten Leistungen komme in beiden Fällen nicht in Betracht: im Falle der fehlerhaften Abrechnung von Speziallaborleistungen nicht, da „das Opfer den Gegenwert von dritter Seite" erhalte (S. 85); im Falle der fehlerhaften Abrechnung wahlärztlicher Leistungen nicht, da sich Leistung und Gegenleistung des Arztzusatzvertrages bei Missachtung der Pflicht zur persönlichen Leistungserbringung nicht ausgleichend gegenüber stehen würden (S. 89 ff.).

III. Im vierten Kapitel bespricht die Autorin strafrechtlich relevante Sachverhalte bei Einschaltung privatärztlicher Verrechnungsstellen (S. 141 ff.). Angesichts der zunehmenden Auslagerung der Rechnungslegung auf private Verrechnungsstellen wird dieses Thema voraussichtlich an Relevanz gewinnen. Neben den von der Verfasserin aufgeworfenen Problemen wird sich hier insbesondere die Frage nach persönlichen Verantwortlichkeiten stellen.

IV. Im letzten Kapitel ihrer Arbeit schlägt *Popadiuk* unter Zugrundelegung ihrer vorangegangenen strafrechtlichen Würdigung die Einführung eines Straftatbestands des Abrechnungsbetrugs (§ 263b StGB) vor (S. 147 ff.). Ein solcher sei erforderlich, um die Nachweisschwierigkeiten zu beseitigen, die derzeit im Hinblick auf den Betrugstatbestand bestünden. Anlehnen will die Verfasserin den neu zu schaffenden Straftatbestand an den des Subventionsbetrugs, der vom Gesetzgeber aus vergleichbaren Gründen geschaffen worden sei.

Unberücksichtigt bleibt hierbei indes, dass der Grund für die häufig anzunehmende Straflosigkeit fehlerhafter Abrechnungen im privatärztlichen Bereich weniger in Nach-

weisschwierigkeiten als vielmehr in Auslegungsschwierigkeiten der anzuwendenden Abrechnungsvorschriften besteht. Diese werden mit dem Entwurf der Verfasserin lediglich von der GOÄ auf das StGB verlagert, das eigentliche Problem hierdurch aber nicht beseitigt. Tatsächlich strafwürdiges Verhalten, so etwa bei der Abrechnung von Luftleistungen oder bewussten Verstößen gegen Abrechnungsvorschriften, wird bereits jetzt von § 263 StGB erfasst. Nicht zuletzt vor dem Hintergrund des ultima-ratio-Gedankens des Strafrechts erscheint das Erfordernis der Einführung eines Straftatbestands des Abrechnungsbetrugs zum Zwecke der Ahndung fehlerhafter Anwendung von Abrechnungsvorschriften insoweit zweifelhaft.

V. *Popadiuk* geht in ihrer Arbeit auf die wesentlichen Probleme im Bereich des privatärztlichen Abrechnungsbetrugs ein. Die Befassung mit diesen erfolgt allerdings zum Teil oberflächlich und auch die einschlägige Literatur wird nicht vollständig berücksichtigt. Gleichwohl ist das Werk geeignet, jedenfalls einen ersten Überblick über die grundlegenden Probleme in diesem Bereich zu verschaffen.

Nico Herold: Whistleblower – Entscheidungsfindung, Meldeverhalten und kriminologische Bewertung

von Rechtsanwalt Christian Heuking

2016, Nomos Verlag, Baden-Baden, ISBN: 978-3-8487-2691-2, S. 396, Euro 98,00.

Das Begriffspaar Whistleblowing/Whitsleblower hat sich im allgemeinen Sprachgebrauch und in der deutschen Rechtswissenschaft etabliert. Die fremdsprachigen Standardbegriffe haben, wie *Herold* zutreffend feststellt, den Vorteil einer gewissen Abstraktheit im Sinne eines neutralen Terminus technicus. Dafür einen deutschen Standardbegriff zu suchen, ist auch im wissenschaftlichen Kontext nicht lohnenswert. Gerade aber weil solche Begriffe das Potential haben, sprachlich leicht die Komplexität der durch sie beschriebenen Realität zu verschleiern und die Probleme zu verbergen, die bei einer Übertragung des Instruments von einem in den anderen Rechtskreis auftreten, ist es wichtig, das so griffig bezeichnete Phänomen zu hinterfragen und wissenschaftlich zu behandeln. Diese(r) Aufgabe hat sich *Nico Herold* gestellt. Und, um es vorweg zu nehmen, er hat diese Aufgabe in jeder Hinsicht überzeugend und mit hohem Erkenntnisgewinn gelöst.

Das konkret mit der Arbeit verfolgte Ziel ist es, aus kriminologischer Perspektive den Whistleblowing-Entscheidungsprozess in seiner objektiven Gesamtheit und in seiner jeweiligen subjektiven Detailtiefe nachzuzeichnen. So soll derjenige Geschehensablauf besser verstanden werden, der in seiner subjektiven Ausprägung einen Missstandszeugen dazu bringt, sich für mindestens eine Meldung gegenüber einem bestimmten Adressaten zu entscheiden. Wie der Autor an späterer Stelle zutreffend hervorhebt, kann nur mit diesen Einsichten in den Entscheidungsverlauf die Funktionsweise interner und externer Whistleblower-Systeme beurteilt werden.

Ausgangspunkt ist mit Kapitel 2 die umfassende Auffächerung des Phänomens des Whistleblowing als einem bereits seit der Antike bekannten Verhaltensmuster, das Unternehmen und Staat jeweils für ihre Zwecke nutzbar zu machen versuchen, indem sie die Entscheidungsfindung des Whistleblowers hin zu einem internen bzw. externen Meldeverhalten beeinflussen. Durch die Einbeziehung der nach aktueller Gesetzeslage, und zwar auch für das Ausland, geltenden Anforderungen an, der Chancen und der Risiken für den Meldenden wird das Spannungsfeld gut aufbereitet und eine gleichermaßen verständliche wie tragfähige Grundlage für die weitere Untersuchung gelegt.

Es folgt in Kapitel 3 ein intensiver und in vielerlei Hinsicht aufschlussreicher Blick auf den aktuellen Stand der Forschungs- und Erkenntnislage zum Entscheidungsverhalten von Whistleblowern: Bemerkenswert und dankenswert ist zunächst, dass der Autor die Forschungserkenntnisse zu einzelnen Themenbereichen in tabellarischer Form zusammen- und im Anhang zur Verfügung stellt. Der durch die insgesamt sechzehn Tabellen gegebene Überblick zur Forschung ist hilfreich und aufschlussreich. Dies gilt gerade deshalb, weil die jeweilige nationale Herkunft und der institutionelle Kontext berücksichtigt werden. Durch die inhaltliche Aufbereitung wird deutlich, wie gering die Durchdringung des Themas im Hinblick auf die Entscheidungssituation des Whistleblowers noch ist, was sich an diversen Inkonsistenzen belegen lässt, die der Autor aufzeigt. Angesichts der zuvor herausgearbeiteten Aspekte des Whistleblowings ist dies ein überraschender Befund.

Auf der Grundlage dieser Auseinandersetzung mit dem Forschungsstand wird das verfolgte Forschungsziel in Kapitel 4 nochmals konkretisiert, was gerade an dieser Stelle durchaus hilfreich ist: Allgemein soll auf nationaler Ebene eine empirisch gestützte Grundlage für die Whistleblower-Forschung unter dem Gesichtspunkt der Kontrolle gelegt werden, ferner soll ein nationaler Einblick in die Funktion von Individuum und Kontext gewonnen werden, wozu ein Entscheidungsverlaufsmodell entwickelt wird. Das konkretisierte Ziel liegt im Verständnis der Art und Weise wie sich die Faktoren aus personalen, situativen und organisatorischen Bedingungen in der subjektiv empfundenen Handlungsnotwendigkeit so niederschlagen, dass sich der Insider zu einer Mitteilungshandlung entschließt.

In Abgrenzung zu den dargestellten empirischen Arbeiten und ihren Ergebnissen wird die durch den Autor gewählte und in ihrer Ausgestaltung näher begründete Methodik, nämlich die des gestützten Einzelinterviews, verständlich. Sie ist in besonderer Weise geeignet, die auf der subjektiven Ebene liegenden Faktoren für das Forschungsanliegen verwertbar zu ermitteln. Mit 28 Personen, die als Zeugen von Missständen externe Adressaten kontaktiert hatten, wurden Einzelinterviews geführt. Von den interviewten Whisteleblowern kamen sechzehn aus dem Gesundheitswesen, die weiteren zwölf Interviewten kamen aus unterschiedlichen Branchen und Hierarchiestufen, sie konnten über einen Aufruf gewonnen werden. Ergänzende Interviews hat der Autor mit insgesamt elf operativ tätigen Experten geführt. Die Interviews von ca. 90 bis 250 min Länge wurden in drei Phasen (Einzelfallanalyse, generalisierende Analyse, Feinstrukturierung) ausgewertet.

Die Forschungsresultate sind in Kapitel 5 in jeder Hinsicht strukturiert und sorgfältig aufbereitet: Überzeugend ist zunächst das erarbeitete Verlaufsmodell, das der Autor sozusagen vor die Klammer gezogen hat. Es besteht in Fortschreibung der zuvor dargestellter Grundmodelle aus vier Stufen und gibt in hohem Maße Aufschluss zum Whitleblowing in seinem idealtypischen Kausalverlauf, wie er nach außen mit folgenden Elementen, aber im Buch leider grafisch schlecht lesbar, in Erscheinung tritt: Die Wahrnehmung des Initialmissstandes (I) als notwendiges, aber nicht notwendigerweise die Meldung auslösendes Ereignis; die misstandsbezogene Ersthandlung (II), mit denen noch unterhalb der Meldung liegend Nachforschungen unternommen oder Gespräche geführt werden; es folgt die interne Erst-/Folgemitteilung (III), wenn in der Organisation Adressaten vorhanden sind, die eine Korrektur erwarten lassen; schließlich die externe Erst-/Folgemitteilung (IV), mit der der Meldende die Grenze von der Selbstkontrolle der Organisation nach außen überschreitet und externe Stellen anruft, womit die höchste Hemmschwelle verbunden ist. Dieser Prozess ist, wie auch im subjektiven Verlauf deutlich wird, in hohem Maße durch die repressive Gegensteuerung der Betroffenen gekennzeichnet, die sich gegen die von dem Whistleblower intendierten Korrekturen wehren. Der Exkurs auf die Perspektive der internen und die externen Annahmestellen als Ergebnisse entsprechender Experteninterviews rundet die Überlegungen zum objektiven Verlaufsmodell ab.

Den Stadien des objektiven Prozessverlaufs hat der Autor sodann die festgestellten Verläufe der den Interviews zugrunde liegenden Fälle zugeordnet, mit dem Ergebnis, dass immerhin zehn Fälle diesem idealtypischen Verlauf entsprachen. Die acht Fälle, in denen nur externe Meldungen abgegeben wurden, konnten damit erklärt werden, dass außer dem Vorgesetzten keine Anlaufstelle vorhanden war. Nur eine geringe Zahl von fünf Personen hat es bei einer internen Meldung belassen, ist aber dann selbst aus der Situation ausgeschieden. An dieser Stelle, lag dann auch der Schwerpunkt des subjektiven Verlaufsmodells: Warum und wie wird der Whistleblower von dem Element der organsiationsintenen Selbstregulierung durch den Schritt nach außen zum Element der externen Kontrolle?

Im subjektiven Verlaufsmodell (Handlungsimpuls/Kontext-Modell) hat der Autor die innere Entscheidungsfindung unter den vier Dimensionen Handlungsveranlassung, Persönlichkeitsebene, situative Ebene und Organisationsebene systematisch kategorisiert und betrachtet. Der Autor weist nach, wie sich aufgrund der äußeren Umstände und Reaktionen die interne Motivation des Whistleblowers wandelt. Steht am Anfang – altruistisch – der Wunsch des Meldenden nach einer intern im Konsens erreichten Beseitigung eines Missstandes, so wandelt sich diese Motivation infolge der – gerade auch repressiven – Reaktionen der Organisation zu einem – egoistischen – Zwang nach Selbsterhaltung, der den Whistleblower schließlich die hohe Schwelle nach außen überwinden lässt. Dabei ist zu beachten, wie der Autor darstellt, dass – spiegelbildlich – auch bei dem Missstandverantwortlichen die gleichen Faktoren wirken, also je nach Persönlichkeitsstruktur in gleicher Weise Ängste bestehen.

Die Erkenntnisse zum Zusammenwirken der unterschiedlichen subjektiven Dimensionen im Zusammenspiel mit den Stationen des objektiven Verlaufs fasst der Autor grafisch in dem subjektiven Verlaufsmodell zusammen. Die geschlossene Darstellung eines beispielhaften Falles verdeutlicht die Zusammenhänge eindrucksvoll.

Die für die Situation in Deutschland gefundenen Ergebnisse gleicht der Autor mit dem in Teil 2 dargestellten Stand der internationalen Forschung ab. Fazit: „Die starre Whistleblowing/Schweigen-Dichotomie verschwimmt deutlich im Konglomerat der einzelfallkonkreten Handlungschronologie (…) und den dazugehörigen Interaktionen“. Wie schon eingangs angemerkt, verdecken Begriffe leicht die Komplexität der Realität.

Im 6. Kapitel zieht der Autor die Folgerungen seiner Ergebnisse: Aus kriminologischer Sicht ist Whistleblowing als Kontrollinstrument bedingt geeignet, da es nur nutzbar gemacht werden kann, wenn die bestehenden Einflussmöglichkeiten auf das positive Meldeverhalten genutzt werden und alle Organisationen, intern wie extern, ein gleichermaßen hohes Interesse an der Meldung wie auch Kompetenz in ihrer Verwertung aufweisen. Gerade hinsichtlich des Interesses stellt der Autor nachvollziehbar fest, dass interne und externe Organisationen gegenläufige Interessen haben. Die internen Stellen haben in dem Konkurrenzkampf einen deutlichen Vorteil, wenn die nötigen organisatorischen Voraussetzungen bestehen. Für den staatlichen Kontrollansatz ist dies ein Dilemma, das sich auch de lege ferenda letztlich nicht beheben lässt, auch wenn der Autor dafür plädiert, die Voraussetzungen zur Zulässigkeit externen Whistleblowings zu senken.

Abschließend bleibt festzustellen, dass das Vorgehen des Autors fundiert, gründlich, sehr gut abgeleitet und immer zielorientiert ist. Die im Praxisteil wiedergegebenen Zitate aus den geführten Interviews ermöglichen es, die durch den Autor gezogenen Schlüsse konkret nachzuvollziehen. Dadurch werden die Ergebnisse greifbar und die Erkenntnisse zudem unmittelbar für andere Zusammenhänge nutzbar. Erschwert wird der Umgang mit den Interviews dadurch, dass wirklich jede Äußerung der Gesprächsteilnehmer in die schriftliche Wiedergabe einbezogen wird. Unter dem so erreichten Höchstmaß an Authentizität leidet partiell die Lesbarkeit dieser Passagen. Gleichwohl: Die Arbeit ist aufgrund der guten Auffächerung der Relevanzen ein äußerst erkenntnisreicher Beitrag zur Diskussion über das Phänomen des Whistleblowings und den Möglichkeiten seiner Nutzbarmachung durch Unternehmen bzw. den Staat.

Die Arbeit ist trotz ihres hohen wissenschaftlichen Gehaltes und über die durch den Autor unmittelbar behandelte Perspektive hinaus auch für Praktiker von Interesse, weil sie diesen hilft, das Phänomen des Whistleblowing in seiner Mehrdimensionalität zu begreifen, die Akteure und ihre Motive zu verstehen sowie das Stadium objektiv einordnen zu können, um so das eigene situative Verhalten

darauf einzustellen. Die in ihrem empirischen Teil enthaltenen Aussagen, die Hinweise auf Ursachen, Ausprägungen und Folgen mangelhaften Führungsverhaltens geben, sind für unternehmensintern verantwortliche Aufsichtspersonen von Interesse, die sich für diejenigen äußeren Faktoren interessieren, welche für die Meldung von Missständen in Unternehmen und Organisationen von Bedeutung sind.

Yvonne Conzelmann: Zur Notwendigkeit einer Reform des § 238 StGB. Eine kritische Würdigung des Straftatbestandes vor dem Hintergrund der aktuellen Rechtsprechung

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2016, Peter Lang GmbH, Frankfurt a. M., ISBN: 978-3-631-67853-4, S. 266, Euro 66,95.

Erst 2007 ist der Straftatbestand der Nachstellung in das Strafgesetzbuch eingefügt worden, um das Phänomen des Stalkings wirksam bekämpfen zu können. Doch schon kurz nach der Einführung wurde Kritik an eben dieser Wirksamkeit der Vorschrift des § 238 StGB laut. Mittlerweile hat die Bundesregierung einen Entwurf zur Änderung des Paragrafen in den Bundestag eingebracht. Dieser wurde am 15.12.2016 durch den Bundestag gegen das Votum der Opposition in der vom Rechtsausschuss geänderten Fassung (BT-Drs. 18/10654) angenommen. Am 10.2.2017 hat der Bundesrat den Gesetzentwurf schließlich gebilligt. Das Gesetz tritt am Tag seiner Verkündung in Kraft.

Conzelmann geht in ihrer Dissertation zunächst der Entstehungsgeschichte der Norm nach (S. 5 ff.), um sich dann dem Phänomen des Stalkings zu widmen (S. 11 ff.). Sie beschreibt die Genese des Begriffs des Stalkings und versucht Stalking von sozialadäquatem Verhalten abzugrenzen. In der Arbeit werden Erscheinungsformen und Verbreitung des Stalkings benannt und eine Kategorisierung nach der Intensität des auftretenden Stalking-Verhaltens aber auch nach der Täter-Opfer-Beziehung und auf psychopathologischer Ebene vorgenommen. Anschließend charakterisiert *Conzelmann* Täter und Opfer und nimmt jeweils eine Typologisierung vor. Das Ergebnis dieses Abschnitts lässt zugleich das Dilemma der Vorschrift deutlich zu Tage treten, nämlich dass es keine eindeutige Regelung gibt, ab wann von Stalking gesprochen werden kann, so dass die Abgrenzung zum noch sozialadäquaten Verhalten im Alltag nicht immer einfach sei. Der Begriff des Stalkings sei daher nicht mehr und nicht weniger als ein Oberbegriff für ein sehr vielschichtiges Täterverhalten, dessen Facettenreichtum zu Abgrenzungsproblemen mit legalem Verhalten führe (S. 40).

Im nächsten Teil ihrer Arbeit fragt *Conzelmann* generell nach der Notwendigkeit eines Stalking-Straftatbestands im Strafgesetzbuch (S. 43 ff.). Hierzu analysiert sie zunächst die in Betracht kommenden Schutzgüter. Neben dem von der Rechtsprechung und h.M. anerkannten Rechtsgut der persönlichen Lebensgestaltung in Form der Handlungs- und Entschließungsfreiheit plädiert die Autorin für eine Aufnahme der Psyche als Schutzgut des § 238 StGB, eine Forderung, die auch andere Stimmen in der Literatur unterstützen. Danach überprüft sie andere in Betracht kommende Straftatbestände auf ihre Wirksamkeit, ausreichenden Opferschutz vor Stalkern zu bieten. Nach ihrer Auffassung ist keine der anderen strafrechtlichen Vorschriften geeignet, das Phänomen des Stalkings in all seinen Facetten zu erfassen, da keine Norm dem Spezifikum des Stalkings ausreichend Rechnung trägt. Es könnten durch diverse Straftatbestände zwar bestimmte einzelne Handlungen erfasst, nicht aber das Gesamtbild des Stalkings ausreichend gewürdigt werden. Durch die isolierte Betrachtung werde aber das Gefahrenpotenzial des Stalkings unterschätzt (S. 98). Auch dem präventiven Einschreiten der Polizei bei Bedrohungsszenarien seien Grenzen gesetzt, so dass die Einführung eines Stalking-Straftatbestands im Strafgesetzbuch auf jeden Fall zu begrüßen sei (S. 99).

Im nächsten Kapitel widmet sich *Conzelmann* der Frage, ob es sich bei § 238 StGB um eine geglückte oder um eine missglückte Reaktion des Gesetzgebers auf das Phänomen Stalking handelt (S. 101 ff.). Nach einer dezidierten Analyse kommt sie zu der Einschätzung, dass durch die materiell- und verfahrensrechtliche Ausgestaltung des Nachstellungsparagrafen der intendierte Opferschutz nur ungenügend umgesetzt werde. Dies sei vor allem das Resultat der erheblichen rechtspraktischen Beweis- und Nachweisschwierigkeiten. Tatbestandliche Schwachstellen und prozessuale Hürden werden aufgedeckt und angemahnt diese Hürden aufzubrechen, um einen Opferschutz auch wirksam werden zu lassen. Eine Auswertung des Zahlenmaterials bekräftigt dieses ernüchternde Ergebnis und macht ebenfalls klar, dass die Norm wenig praxistauglich und effizient ist. Die Zahl der Angeklagten liegt deutlich unter der Zahl der Tatverdächtigen, die Anklagequote schwankte zwischen den Jahren 2012 und 2009 zwischen 2,9 und 4,3 %. Dies ist im Vergleich zu der Anklagequote bei klassischer Kriminalität ohne Verkehrsdelikte erschreckend niedrig, da letztere bei rund 37,9 % liegt (S. 182 f.). Es ist daher nicht erstaunlich, dass *Conzelmann* die Vorschrift des § 238 StGB so wie viele andere als misslungen bewertet. Kein Wunder also, dass nicht nur die Forderung nach einer Nachjustierung der Norm laut wurde, sondern nun ganz konkret ein Regierungsentwurf vorliegt, der bald Gesetz werden soll.

In einem weiteren Abschnitt nimmt die Verfasserin eine kritische Bestandsaufnahme gerichtlicher Entscheidungen zu § 238 StGB vor (S. 193 ff.). Dazu werden die Sachverhalte und Entscheidungsgründe jeweils kurz zusammengefasst und dann einer kritischen rechtlichen Würdigung unterzogen. Die wiedergegebenen Entscheidungen machen deutlich, dass die Gerichte die Tatbestandsmerkmale

des § 238 StGB restriktiv auslegen. Zwar seien Bemühungen erkennbar, dem schwammigen und unpräzisen Tatbestand Konturen zu verleihen, jedoch könne noch bei weitem nicht von Rechtssicherheit im Umgang mit dem Straftatbestand gesprochen werden. Insbesondere die hohe Hürde der Annahme einer schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung sei nach den dargestellten Gerichtsurteilen erst sehr spät überschritten. Insgesamt erweise sich § 238 StGB als nach wie als wenig praktikabel in seiner Anwendung und es sei stets vom Einzelfall und der Gesamtwürdigung abhängig, ob man eine Strafbarkeit bejahe oder verneine. Der Ausgang eines Strafverfahrens sei so nicht kalkulierbar, so dass eine zur Unvorhersehbarkeit führende kasuistische Rechtsprechung drohe. Zudem kritisiert *Conzelmann*, dass es der *BGH* versäumt habe, im Hinblick auf die Verfassungsmäßigkeit des § 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB Stellung zu beziehen.

Wegen der ausgemachten Schwachstellen der Norm gab es schon bald den Ruf nach einer Novellierung des Straftatbestands, so dass die Verfasserin im nächsten Teil ihrer Arbeit die Novellierungsvorschläge der Vergangenheit vorstellt (S. 221 ff.). Neben Vorschlägen aus der Politik geht *Conzelmann* Änderungsvorschlägen seitens der Literatur nach. Dies ist sehr informativ und zeichnet ein gutes Bild der unterschiedlichen Ansätze nach. Leider ist es dem Bearbeitungsstand der Dissertation geschuldet, dass der derzeitige Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung des Schutzes gegen Nachstellung (BT-Drs. 18/9946) nicht mehr berücksichtigt werden konnte. Innovativ ist der eigene Gesetzesvorschlag von *Conzelmann*, die – im Gegensatz zum Regierungsentwurf – den Begriff des Nachstellens ganz wegfallen lassen möchte, da ihm kein eigener Aussagegehalt innewohne. Sie möchte viel mehr die Tathandlungen erweitern, um dem § 238 StGB mehr Kontur zu verleihen und zu präzisieren (S. 235 ff.). Zum einen soll durch die Begrenzung der räumlichen Nähe auf den Wahrnehmungsbereich und die beispielhafte Nennung der Möglichkeit des Aufsuchens der räumlichen Nähe die Tathandlung nach § 238 Abs. 1 Nr. 1 StGB ihre Abstraktheit verlieren und praxistauglicher werden. Daneben spricht sich die Verfasserin für eine Erweiterung der Tathandlungsalternativen in § 238 Abs. 1 Nrn. 2, 3 und 4 StGB sowie eine Streichung von § 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB aus. Anstelle des Tatbestandsmerkmals „beharrlich“ seien die Substantive „Qualität“, „Intensität“ und „Häufigkeit“ in den Tatbestand aufzunehmen, um eine Abgrenzung zu sozial tolerierbarem Verhalten besser möglich zu machen. Außerdem ist *Conzelmann* für die Ausgestaltung des § 238 StGB als Eignungdelikt, eine Untergruppe der abstrakten Gefährdungsdelikte.

Schließlich überprüft *Conzelmann* ihren Gesetzentwurf anhand der bislang ergangenen Entscheidungen und subsumiert die Sachverhalte der zuvor in Teil 6 ausführlich wiedergegebenen Entscheidungen unter ihren novellierten Nachstellungsparagrafen (S. 257 ff.). Dabei kommt sie in der Auswertung knapp, aber überzeugend zu dem Ergebnis, dass ihr Novellierungsvorschlag den bislang bestehenden Unzulänglichkeiten des § 238 StGB in seiner jetzigen Ausgestaltung entgegenwirkt.

Leider hat der Gesetzgeber so kurz vor der Ziellinie den aktuellen Gesetzentwurf nicht um die Vorschläge von *Conzelmann* angepasst. Allerdings wäre es zumindest interessant, den verabschiedeten Entwurf an den Gerichtsentscheidungen der Vergangenheit zu messen und wie *Conzelmann* zu überprüfen, ob der Regierungsentwurf ebenfalls bislang bestehenden Unzulänglichkeiten des § 238 StGB in seiner bisherigen Fassung wirksam begegnen wird.

TAGUNGSBERICHT

„Hass trifft Helfer“ Bericht über das 19. Kriminologische Forum in Mainz

von Tamara Großmann, M.A., Prof. Dr. Dr. Hauke Brettel und Dr. phil. Matthias Rau

Am 9. Februar 2017 fand in Mainz zum 19. Mal das „Kriminologische Forum“ statt, für das einmal im Jahr Beschäftigte aus den Bereichen Justiz, Sozialarbeit, Polizei, Ärzteschaft, Psychologie, Kriminologie, Universität u. a. zusammenkommen, um in einem Wissenschafts-Praxis-Austausch kriminologische Themen zu diskutieren. Den Auftakt machen dabei jeweils Impulsreferate, die sich diesmal unter dem Titel „Hass trifft Helfer“ der Gewalt gegen Funktionsträger des Gemeinwesens widmeten. Gehalten wurden sie von der Kriminologin Dr. *Janina Lara Dressler*, dem Rettungsdienstmitarbeiter *Christoph Kröhl*, dem Polizeibeamten *Markus Moog* sowie dem Rechtsanwalt Dr. *Christoph Schallert.*

I. Einführung

Zuvor ging der Inhaber des Lehrstuhls für Kriminologie an der Universität Mainz, Prof. Dr. Dr. *Hauke Brettel*, in seiner Einführung auf den Gesetzesentwurf des Bundeskabinetts[1] ein, der unter anderem einen neuen Straftatbestand (§ 114 StGB) zur Ahndung von „tätliche[n] Angriffe[n] auf Vollstreckungsbeamte“ vorsieht. Diese Personengruppe, so *Brettel*, solle mit den Neuregelungen nicht nur – wie bisher durch die strafrechtliche Erfassung eines Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte in § 113 StGB – besonderen strafrechtlichen Schutz im Zusammenhang mit Vollstreckungshandlungen, sondern während ihrer gesamten Dienstzeit genießen. Auch setze eine Bestrafung nach dem neuen § 114 StGB nicht mehr voraus, dass die Tathandlung zu einer konkreten Verletzung des Opfers geführt habe. Und statt einer Geldstrafe (wie bisher) seien drei Monate Haft als Mindeststrafe sowie eine Strafschärfung für das bloße Mitführen eines gefährlichen Werkzeugs vorgesehen. Justizminister *Heiko Maas* habe dazu (im Einklang mit Forderungen von Polizeigewerkschaften und Landesinnenministern) verlauten lassen, dass es „höchste Zeit“ für einen wirkungsvolleren Schutz sei, denn – so *Maas* in einer Pressemitteilung:[2] „Alle Einsatzkräfte riskieren Gesundheit und Leben, um unseren Rechtsstaat zu verteidigen und anderen zu helfen. Dafür haben sie unsere Wertschätzung und unsere Unterstützung verdient.“ Vor allem aber steige die Zahl der Angriffe auf Polizisten und Rettungskräfte und Polizisten würden „alltäglich brutal attackiert“.

Die ersten Reaktionen auf diese Gesetzesinitiative, so *Brettel*, seien unterschiedlich ausgefallen. So habe der Vorsitzende der Deutschen Polizeigewerkschaft (DPolG) *Rainer Wendt* von „guten Bestimmungen“ gesprochen, bei deren Anwendung es jetzt der Justiz obliege, daraus „harte Urteile zu machen, damit die Wirkung nicht verfehlt wird“. Allerdings werde das zugrunde liegende Problem nach Auffassung von Wendt durch die Neuregelung nicht gelöst, schon weil die Strafverschärfung nicht weit genug gehe und noch erheblich größere Anstrengungen „etwa für bessere Erziehung und Wertevermittlung“ unternommen werden müssten.[3] In der Presseberichterstattung, so *Brettel*, habe es demgegenüber unter anderem geheißen, der von der Regierung behauptete Regelungsbedarf ließe sich nicht mit Daten in der polizeilichen Kriminalstatistik (PKS) belegen. So sei darüber berichtet worden, dass im Jahr 2011 noch 22.839 Fälle von „Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte“ in der PKS erfasst worden seien, während es im Jahr 2015 nur noch 21.945 gewesen seien.[4] Mit Blick darauf sei die Notwendigkeit von Strafverschärfungen in diesem Bereich von Medienvertretern in Frage gestellt und ein „weil alles immer schlimmer wird“ eher als „politische Sichtweise“ eingeordnet worden.[5] Und soweit es tatsächlich vermehrt Angriffe gegen Vollstreckungsbeamte geben sollte, stünden nach einer in den Medien geäußerten Auffassung mit den Nötigungs-, Beleidigungs- und Körperverletzungstatbeständen bereits ausreichende Bestrafungsmöglichkeiten bereit.[6] Zudem, so ein anderer Kommentar, habe „Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte einiges damit zu tun […], mit welcher Massivität Polizisten bei ihren Einsätzen

1 Http://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Schutz_Vollstreckungsbeamte.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (zuletzt abgerufen am 17.3.2017).

2 Http://www.bmjv.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2017/02082017_Kabinett_Schutz_Polizei.html (zuletzt abgerufen am 17.3.2017).

3 Http://www.derwesten.de/politik/polizeigewerkschaft-will-noch-haertere-strafen-fuer-angreifer-id209538947.html (zuletzt abgerufen am 17.3.2017).

4 Http://www.sueddeutsche.de/politik/gesetzesverschaerfung-haertere-strafen-fuer-angriffe-auf-polizisten-1.3369557 (zuletzt abgerufen am 17.3.2017).

5 Http://www.tagesspiegel.de/politik/gewalt-gegen-ordnungshueter-polizisten-sind-zu-schuetzen-aber-auch-nicht-mehr-als- andere-buerger/19366314.html (zuletzt abgerufen am 17.3.2017).

6 Vgl. dazu http://www.lto.de/recht/nachrichten/n/widerstand-gegen-vollstreckungsbeamte-stgb-verschaerfung-polizisten-angriffe/ (zuletzt abgerufen am 17.3.2017).

auftreten und vorgehen."[7] In diesem Betrachtungszusammenhang sei auch der Hinweis ergangen, dass die geltende Strafvorschrift des „Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte" nach § 113 StGB als Privilegierung gegenüber der Nötigung nach § 240 StGB gedacht sei.[8] Denn die Betroffenen von einer Vollstreckungsmaßnahme befänden sich nach Auffassung des Gesetzgebers in einem „begreiflichen Erregungszustand"[9] und seien wegen dieses erhöhten Konfliktpotenzials milder als bei einer Nötigung nach § 240 StGB zu bestrafen. Schon die Änderungen des § 113 StGB im Jahr 2011 hätten jedoch das Regelungsanliegen stärker in Richtung Individualschutz für Polizisten verschoben, was jetzt nicht noch weiter fortgesetzt werden dürfe.

Widerspruch in der Presse habe auch die Regierungsbegründung für die Neuregelung hervorgerufen, dass eine bürgernahe Polizei besonders schutzbedürftig sei und nicht durch das ständige Tragen von Helm und Schutzkleidung „eine ungewollte Distanz zum Bürger aufbauen" dürfe.[10] Denn (so Christian Rath in der „taz"): „Wir alle laufen jeden Tag auf der Straße ohne Helm und Protektoren herum!"[11] Tatsächlich seien Polizisten nach seiner Auffassung „eher weniger schutzbedürftig als normale Bürger". Denn Polizisten seien für den Dienst gerüstet, auf Konfrontationen vorbereitet, körperlich gut trainiert sowie ausgebildet für Prügelei und Deeskalation. Auch hätten sie als berufsmäßig Gefährdete eher etwas mehr hinzunehmen als andere. Dies aber verkehre der jetzige Regierungsentwurf nun ins Gegenteil, indem er aus den Ordnungshütern „Unberührbare" machen wolle. Damit werde nicht zuletzt das verfassungsrechtliche Prinzip herausgefordert, dass vor dem Gesetz alle gleich seien. Denn Polizeibeamte sollten nunmehr durch unterschiedliche Strafdrohungen gegen tätliche Angriffe besser geschützt werden als normale Bürger. Darin liege zugleich ein strafrechtlicher Paradigmenwechsel, indem erstmals die körperliche Unversehrtheit einer bestimmten Gruppe von Menschen stärker gewichtet werde als die anderer Personen. Weder seien nur Angriffe auf Polizisten – wie von Heiko Maas betont – „völlig inakzeptabel", noch würden lediglich Polizisten „alltäglich brutal attackiert". Vielmehr gelte dies für alle Bürger, wobei bestimmte Gruppen wie Flüchtlinge, Lehrer oder Mitarbeiter der Arbeitsämter sogar vermehrt das Ziel von Tätlichkeiten seien.[12]

Auch seien in der Presse, so *Brettel*, grundsätzliche Zweifel daran geäußert worden, dass der bezweckte Schutz von Vollstreckungsbeamten mit einer Strafrahmenerhöhung erreicht werden könne. Denn Strafrahmen, so die Begründung, böten nur durch eine Abschreckungswirkung Schutz. Polizisten und andere Vollstreckungsbeamte würden jedoch vor allem von Personen angegriffen, die sich in (z. B. konflikt- oder alkoholbedingten) Erregungszuständen befänden und deshalb für die Abschreckungswirkung gesetzlicher Strafdrohungen nicht mehr zugänglich seien.[13] Deshalb, so eine Schlussfolgerung, sehe Wertschätzung für Polizisten anders aus als eine Strafrahmenerhöhung, die „kein Orden [sei], den man bestimmten Berufsgruppen umhängt."[14] Klüger sei es, die Polizei „mit reichlich qualifiziertem Personal und zeitgemäßem Material auszustatten, um derlei Gesetze zu erübrigen."[15]

II. Forschung zur Gewalt gegen Rettungskräfte

Im Anschluss an den – von *Brettel* bewusst nicht kommentierten – Überblick über die Gesetzesinitiative und die Reaktionen darauf stellte Dressler ihre Studie zu „Gewalt gegen Rettungskräfte – Eine kriminologische Großstadtanalyse"[16] vor, die sich mit körperlichen und verbalen Übergriffen gegen Angehörige von Rettungsdiensten und Feuerwehren im Rahmen einer Opferbefragung befasst. Entsprechenden Forschungsbedarf leitete *Dressler* daraus ab, dass erst seit 2011 Hellfelddaten zu den untersuchten Gewaltphänomenen vorlägen, während Befunde zum Dunkelfeld gänzlich fehlten. Dressler führte deshalb zwischen Ende 2014 und Anfang 2015 eine Onlinebefragung bei den Berufsfeuerwehren in Hamburg, Berlin, Köln sowie München durch und ergänzte ihre Erhebungen durch qualitative Interviews auf 25 Feuer- und Rettungswachen (n = 1659). Die Rücklaufquote bei der Onlinebefragung habe (bei einer Varianz von 5 % und 58 %) wohl deshalb großen Schwankungen unterlegen, weil das Thema auf den einzelnen Wachen für unterschiedlich bedeutsam gehalten worden sei. Brennpunktwachen beispielsweise wären vergleichsweise häufig von Zwischenfällen betroffen, weshalb man hier wahrscheinlich auch auf eine große Auskunftsbereitschaft bei der Frage nach Gewalt gegen Rettungskräfte treffe. Auch seien bei den Rücklaufquoten große regionale Unterschiede (etwa zwischen Berlin und München) aufgefallen.

Zu den Studienergebnissen berichtete *Dressler*, dass 93,4 % der Befragten Opfererfahrungen mit Beleidigungen, Beschimpfungen und Bespucken und 74,8 % mit Bedrohungen bejahten. In Berlin und Hamburg hätten die Betroffenen dabei durchschnittlich 3,3 Mal pro Jahr körperliche Angriffe erlitten, in Köln hingegen 2,7 Mal und

7 Http://www.tagesspiegel.de/politik/gewalt-gegen-ordnungshueter-polizisten-sind-zu-schuetzen-aber-auch-nicht-mehr-als-andere-buerger/19366314.html (zuletzt abgerufen am 17.3.2017).

8 Dazu http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/widerstand-gegen-vollstreckungsbeamte-laengere-strafen-nur-gesetzgeberischer-aktionismus/ (zuletzt abgerufen am 17.3.2017).

9 Vgl. BT-Drs. VI/502, S. 3 f.

10 S. dazu „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs – Stärkung des Schutzes von Vollstreckungsbeamten und Rettungskräften", S. 9, https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Schutz_Vollstreckungsbeamte.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (zuletzt abgerufen am 17.3.2017).

11 Http://www.taz.de/!5379862/ (zuletzt abgerufen am 17.3.2017).

12 Dazu http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/polizei-und-buerger-die-pruegelknaben-14868245.html (zuletzt abgerufen am 17.3.2017).

13 Dazu http://www.lto.de/recht/nachrichten/n/widerstand-gegen-vollstreckungsbeamte-stgb-verschaerfung-polizisten-angriffe/ unter Hinweise auf http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/widerstand-gegen-vollstreckungsbeamte-laengere-strafen-nur-gesetzgeberischer-aktionismus/ (zuletzt abgerufen am 17.3.2017).

14 S. dazu http://www.lto.de/recht/presseschau/p/presseschau-09-02-2017-polizisten-koerperverletzung-parteispenden-filesharing/?r=rss (zuletzt abgerufen am 17.3.2017).

15 Http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/polizei-und-buerger-die-pruegelknaben-14868245.html (zuletzt abgerufen am 17.3.2017).

16 *Dressler*, Gewalt gegen Rettungskräfte. Eine kriminologische Großstadtanalyse, 2017.

in München 1,8 Mal pro Jahr. Insgesamt sei für das Jahr 2014 von 4.383 Übergriffen berichtet worden. TäterInnen seien nach den vorliegenden Daten häufig die Patienten selbst sowie deren Angehörige und Freunde gewesen, während sich Schaulustige oder Unbeteiligte dagegen (außer in Berlin) seltener an Übergriffen beteiligt hätten. Die Studie ließe zwar keinen Rückschluss auf einen prozentualen Anteil zu, doch habe sich ergeben, dass Übergriffe unter Alkoholeinfluss ein weit verbreitetes Problem zu sein scheinen. Insbesondere eine Kombination aus starker Alkoholisierung und weiterem Rauschmitteleinfluss habe nach den vorliegenden Ergebnissen gravierende Auswirkungen auf die (auch verbale) Gewaltbereitschaft und würde die Unberechenbarkeit steigern, die mit derartigen Vorkommnissen einhergehe. Zum Alter der TäterInnen gaben die Befragten an, nach eigener Einschätzung vor allem von Personen im Alter zwischen 20 und 39 Jahren angegriffen worden zu sein. Danach wäre die Tätergruppe hier im Durchschnitt älter als beim Gesamtaufkommen der Kriminalität, wo der Höhepunkt der Kriminalitätsbelastungskurve bei unter 21-Jährigen liege. Darüber hinaus schienen nach den Befragungsergebnissen soziales Milieu und kultureller Hintergrund Einfluss auf das Risiko zu haben, in Übergriffe auf Rettungskräfte involviert zu sein.

Zu Präventionsmöglichkeiten führte *Dressler* aus, dass ein Großteil der gravierendsten Angriffe, die die Beteiligten jeweils erlebt hätten, überraschend erfolgt sei und deshalb von den Rettungskräften nicht mehr durch deeskalierende Intervention habe abgewendet werden können. In lediglich 10 % der Fälle hätten die Opfer mit einem Angriff gerechnet. Nur ein geringer Teil der Straftaten habe eine Strafanzeige zur Folge gehabt, die ihrerseits meist (nur) zu einer Verfahrenseinstellung mit der Begründung mangelnden öffentlichen Interesses geführt habe. Die Anzeigebereitschaft der betroffenen Rettungskräfte dürfte dies weiter herabsetzen und dazu beitragen, dass die Aktualität und Brisanz des Themas Öffentlichkeit und Politik nicht in der gebotenen Weise erreiche.

Bei der Frage nach den gegenwärtigen Ausbildungsstandards bejahten weniger als 4 % der StudienteilnehmerInnen eine gute Vorbereitung auf verbale und physische Übergriffe. Die Zusammenarbeit mit der Polizei hingegen werde überwiegend positiv eingeschätzt; vor allem eine örtliche Nähe zwischen Polizei und Rettungskräften habe hier günstigen Einfluss. 36,7 % der Berliner Befragten hätten auf die Frage „Es gibt in unserer Stadt Einsatzorte, an denen ich nur mit Polizeischutz eingesetzt werden möchte“ mit „trifft voll zu“ und 29 % mit „trifft eher zu“ geantwortet, was demnach insgesamt einer Zustimmung von 65,7 % entspräche. In Hamburg und in Köln hätten jeweils über 50 % diesen Aussagen voll oder eher zugestimmt, in München hingegen nicht einmal 20 %. Zu den Gründen befragt verwiesen in Hamburg und Berlin 50 % sowie in München 22,8 % der befragten Rettungskräfte auf einen Respektverlust. Diese Angaben würden sich ausschließlich auf die Antwortmöglichkeit „trifft voll zu“ beziehen.

Abschließend formulierte *Dressler* Präventionsüberlegungen auf Grundlage von Verbesserungswünschen der Befragten. Diese hätten vor allem Vertrauen und Rückhalt sowie eine Stärkung der Gemeinschaft als zentral bewertet. Zudem entspreche es dem Wunsch der Rettungskräfte, Gewalterfahrungen im Einsatz aufzuarbeiten. Diese Aspekte sollten nach Auffassung von *Dressler* in der Aus- und Weiterbildung von Rettungskräften berücksichtigt und präventiv nutzbar gemacht werden, wobei vor allem die Auseinandersetzung mit Einsatzbedingungen und Schutzmaßnahmen von besonderer Bedeutung sei. Darüber hinaus müsse Gewalt gegen Rettungskräfte stärker in den Fokus der Öffentlichkeit gerückt werden und im Rahmen der Strafverfolgung anders behandelt werden.

III. Erfahrungen mit Gewalt gegen Rettungskräfte

Die Studie von *Dressler* wurde anschließend durch zwei Berichte über eigene Gewalterfahrungen im Dienst ergänzt. Während *Kröhl* dazu Eindrücke aus seinem Alltag als Rettungsdienstmitarbeiter schilderte, berichtete der Polizeibedienstete *Moog* vor allem über einen gravierenden Übergriff im Zusammenhang mit einem Fußballspiel.

Verbale Gewalt, so *Kröhl*, sei regelmäßiger Bestandteil seiner Tätigkeit gewesen. Personen unter Alkohol- und Drogeneinfluss seien dabei besonders durch Aggressivität aufgefallen, weshalb er entsprechende Zustände im Laufe der Zeit als Warnsignal für einen wahrscheinlichen Übergriff gewertet habe. Neben Substanzmittelmissbrauch sei ein typischer Auslöser für Spannungen vor allem, dass ein Einsatzablauf nicht den Vorstellungen des Patienten entsprechen würde (etwa in Bezug auf die gewünschte Anzahl von möglichen Begleitpersonen oder hinsichtlich einer Kostenübernahme bestimmter Leistungen). Daneben seien sowohl Demenzkranke als auch Personen über 50 Jahre überdurchschnittlich häufig in Gewalthandlungen involviert gewesen. Aggressionen hätten sich nicht ausschließlich gegen Personen gerichtet, sondern auch gegen Sachmittel wie Rettungsfahrzeuge. *Kröhl* formulierte dazu die These, dass der Anblick von Uniformen an sich schon eine gewisse Bereitschaft zu Übergriffen provoziere. Verstärkte Vorsicht bis zu Vermeidungsverhalten seien Konsequenzen aus den Gewalterfahrungen.

Moog schilderte daran anschließend, wie er 2009 im Zusammenhang mit dem Aufstiegsspiel von Mainz 05 gegen Rot-Weiß-Oberhausen Opfer eines gewaltsamen Angriffes geworden sei. Er und weitere Polizeibeamte seien unerwartet aus einer Gruppe von Fußballanhängern heraus mit teilweise brennenden Gegenständen und klebenden Chemikalien aggressiv und anhaltend attackiert worden. Als Folge habe *Moog* Verletzungen am Auge erlitten, die zum Glück mittlerweile restlos ausgeheilt seien. Doch habe sich im Nachgang sein Problembewusstsein in Bezug auf Gewalt gegen die Polizei deutlich verändert. Während die lokale Presse von dem Vorfall unmittelbar berichtet habe, sei eine offizielle Stellungnahme durch die Polizei zunächst ausgeblieben. Er habe Strafanzeige erstattet, von der Justiz aber keine Rückmeldung über den Ausgang des Verfahrens erhalten. Er persönlich halte eine konsequente und zeitnahe Umsetzung des geltenden (Straf-)Rechts für die effektivste Reaktion auf derartige Übergriffe.

IV. Zwischenruf zu Gewalt gegen Rettungskräfte

Den Abschluss der Impulsbeiträge bildete ein Zwischenruf von *Schallert* unter dem Titel: „Wer sich verhält wie ein Cop, darf sich nicht wundern, wenn er behandelt wird wie ein Cop“. *Schallert* vertrat die Ansicht, dass ein respektvoller Umgang stets auf Gegenseitigkeit beruhe. Zur Wahrheit gehöre eben auch, dass sich Polizeibeamte nicht selten selbst respektlos gegenüber Bürgern verhalten und damit zur Eskalation von sowieso schon angespannten Situationen beitragen. Er untermauerte seine Aussage mit Berichten aus der Presse, etwa einem Fall, in dem ein SEK irrtümlich eine falsche Wohnung gestürmt und nach Erkennen des Fehlers wortlos die Fesseln der Bewohner gelöst und sie ohne Entschuldigung einfach liegengelassen habe. Oder der Aussage eines Polizei-Ausbilders: was für den Friseur der Kamm sei, sei für den Polizisten die Waffe. Auch er selbst habe schon Beamte bei Polizeikontrollen und -einsätzen erlebt, die sich ohne Anlass respektlos und provozierend verhalten hätten. *Schallert* stellte die weitere These in den Raum, dass auch das (neue) äußere Erscheinungsbild der Polizei ein neues Selbstverständnis ausdrücke und die Chance erhöhe, als „Cop“ wahrgenommen und behandelt zu werden, und belegte dies mit einem Vergleich offizieller Polizeibilder: Während auf früheren Bildern Beamte in grün-beige-braunen Uniformen Funkgeräte in der Hand hielten und als „Schutzmann“ erschienen, würden sie auf den neuen Bildern in ihren (an die amerikanische Polizei erinnernden) blauen Uniformen oft mit ihrer Hand an der Waffe und deutlich distanzierterer Körperhaltung gezeigt. Schon solche Äußerlichkeiten könnten beim Gegenüber negative Emotionen auslösen und zum Eskalieren von Situationen beitragen. Insgesamt sei es die Aufgabe einer professionell ausgebildeten Polizei, ggf. trotz Provokationen deeskalierend auf das Gegenüber einzuwirken und Widerstände für einen kommunikativen Prozess zu nutzen, etwa in Form des „Verbalen Judos“, das auch amerikanische Polizeibeamte mittlerweile lernen und mit großem Erfolg anwenden würden.

V. Diskussion

In der anschließenden Plenumsdiskussion wurde immer wieder auf den – als unklar eingestuften – Begriff der Respektlosigkeit und auf mögliche Zusammenhänge mit emotionalen Ausnahmezuständen Bezug genommen. *Moog* gab zu bedenken, dass eine gewisse Verantwortungs- und Respektlosigkeit gegenüber der Gesellschaft bereits dadurch zum Ausdruck käme, dass jemand sich selbst in einen Zustand des Kontrollverlustes bringe. Mehrere TeilnehmerInnen der Diskussion vertraten die Ansicht, dass Angriffe auf Polizei, Rettungskräfte, Feuerwehrangehörige und zivile Personen auf ganz unterschiedliche Gründe zurückzuführen wären. Neben Respektlosigkeit sollten auch politische Hintergründe, psychische Notlagen oder eine allgemeine Unzufriedenheit als mögliche Motivlagen thematisiert werden. Differenziert werden müsse darüber hinaus zwischen verschiedenen Gruppen von Funktionsträgern (wie z. B. Polizei einerseits und Feuerwehrleuten andererseits). Auch käme es entscheidend auf die Situation an, in der die Übergriffe entstünden. Unterstrichen wurde überdies von Angehörigen der Polizei bzw. der Rettungsdienste aus dem Publikum der hohe präventive Stellenwert, der einer Verantwortungswahrnehmung durch den Dienstherrn und kontinuierlichen Schulungen zuteil werde. Auch diskutierte die Zuhörerschaft über unterschiedliche Risikoprofile innerhalb einzelner Berufsgruppen. So gebe es Einzelne, die überdurchschnittlich häufig Opfer von gewaltsamen Übergriffen würden, was die Frage nach deren Verantwortungsbeitrag zu einer Eskalation aufwerfe. In der Diskussion kristallisierte sich zudem heraus, dass Handlungsbedarf vor allem im Hinblick auf die Behandlung von Gewalttaten gegen Rettungskräfte durch Staatsanwaltschaften und Gerichten bestehe. Eine bessere personelle Ausstattung der Justiz könnte beispielsweise zu kürzeren Strafverfahren beitragen. Abschließend wurde von einem Veranstaltungsteilnehmer auf die – von Vertretern der Polizei, der Rettungsdienste und der Feuerwehr getragenen – Kampagne „Helfer sind tabu“ aufmerksam gemacht, die von der Kreisverwaltung Mainz-Bingen koordiniert werde. Sie wolle die Öffentlichkeit für Gewalt gegen Rettungskräfte sensibilisieren, Betroffene (symbolisch) unterstützen und Schulungen zur Gewaltprävention etablieren.[17]

[17] Siehe http://www.asb-mainz.de/news-lesen/helfer-sind-tabu-gemeinsame-kampagne-von-rettungsdiensten-polizei-und- feuerwehr.html (zuletzt abgerufen am 17.3.2017).