

# 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. Neha Jain  
Prof. Dr. Doaqian Liu  
Prof. Dr. Dr. h.c. Francisco  
Munoz-Conde  
Prof. Dongyieli Syn PhD  
Prof. Dr. Davi Tangerino  
Prof. Dr. Sheng-Wei Tsai  
Prof. Dr. Merab Turava  
Prof. Dr. Dr. h.c. Yener Ünver

### ALLGEMEINE BEITRÄGE | 225 – 252

- 225 | **Auf dem Weg zu einer Regulierung des automatisierten Fahrens**  
*von Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf*
- 230 | **Cannabis als Medizin**  
*von Rechtsanwalt Dr. Oliver Tolmein*
- 237 | **Die Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung**  
*von Rechtsanwalt Markus Meißner*
- 244 | **Das Gesetz zur Einführung eines Wettbewerbsregisters**  
*von Rechtsanwalt Dr. Christopher Wolters*

### ENTSCHEIDUNGEN | 253 – 264

- 253 | **Strafaussetzung zur Bewährung bei fahrlässiger Tötung durch illegale Autorennen**  
*BGH, Urt. v. 6.7.2017 – 4 StR 415/16*
- 257 | **Rechtmäßigkeit sogenannter legendierter Kontrollen**  
*BGH, Urt. v. 26.4.2017 – 2 StR 247/16*

### BUCHBESPRECHUNGEN | 265 – 273

- 265 | **Maximilian Immig: Selbstbestimmungsaufklärung im Arztstrafrecht**  
*von Prof. Dr. Gunnar Duttge*
- 268 | **Magda Wicker: Cloud Computing und staatlicher Strafanspruch**  
*von Prof. Dr. Anja Schiemann*
- 271 | **Dieter Dölling/Gunnar Duttge/Stefan König/Dieter Rössner (Hrsg.): Gesamtes Strafrecht. StGB, StPO, Nebengesetze**  
*von Prof. Dr. Frank Zieschang*

### TAGUNGSBERICHT | 274 – 276

- 274 | **„Das genetische Foto“ – Interdisziplinäres Symposium in Mainz**  
*von Wiss. Mit. Maren Wegner*

## EDITORIAL

Heft 4 der KriPoZ beinhaltet drei Aufsätze zu unlängst in Kraft getretenen Gesetzen. Seit dem 21.6.2017 gelten durch das Achte Gesetz zur Änderung des Straßenverkehrsgesetzes neue Regelungen zum automatisierten Fahren (BGBl I 2017, S. 1648 ff.), mit denen sich *Hilgendorf* in seinem Beitrag auseinandersetzt.

*Tolmein* beleuchtet in seinem Aufsatz Hintergründe und Inhalt des bereits am 10.3.2017 in Kraft getretenen Gesetzes zur Änderung betäubungsrechtlicher und anderer Vorschriften. Durch das Gesetz ist es möglich geworden, dass Cannabisarzneimittel als Therapiealternative im Einzelfall eingesetzt werden können. Patienten können getrocknete Cannabisblüten und Cannabisextrakte in kontrollierter Qualität auf ärztliche Verschreibung hin in Apotheken erhalten.

*Meißner* beschäftigt sich in seinem Beitrag mit dem seit 1.7.2017 in Kraft getretenen Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung. Es gibt den Terminus des Verfalls vollständig auf und geht einheitlich von Einziehung aus. Durch das Gesetz wird die strafrechtliche Vermögensabschöpfung komplett neu geregelt.

Ein weiterer Aufsatz von *Wolters* beschäftigt sich mit Gesetz zur Einführung eines Wettbewerbsregisters. Am 7.7.2017 hat der Bundesrat den Gesetzentwurf zur Einführung eines Wettbewerbsregisters in der geänderten Fassung des Wirtschaftsausschusses gebilligt und auf die Einberufung des Vermittlungsausschusses verzichtet.

Ferner finden sich drei Buchbesprechungen und ein Tätungsbericht im Heft.

Im Juni und Juli (Stand: 10.7.) sind wieder einige Gesetze in Kraft getreten. Seit dem 9.6.2017 gilt Art. 2 des Gesetzes zur Neustrukturierung des Bundeskriminalamtgesetzes (BGBl I 2017, S. 1354). Hierzu zählt auch die Regelung der elektronischen Fußfessel für Gefährder. Im Übrigen tritt das Gesetz am 25.5.2018 in Kraft. Das Steuerumgebungsbekämpfungsgesetz trat mit Ausnahme der Art. 7 und 8 am 25.6.2017 in Kraft. Die Regelungen zur Änderung des Einkommensteuergesetzes und zur Änderung des Bundeskindergeldgesetzes treten erst am 1.1.2018 in

Kraft. Am 26.6.2017 ist das Gesetz zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie, zur Ausführung der EU-Geldtransferverordnung und zur Neuorganisation der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen in Kraft getreten (BGBl. I 2017, S. 1822). Das erste Gesetz zur Änderung des Europol-Gesetzes trat am 30.6.2017 mit Ausnahme des Art. 2 in Kraft. Dieser gilt erst ab dem 25.5.2018.

Am 1.7.2017 ist das Dreiundfünfzigste Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Ausweitung des Maßregelrechts bei extremistischen Straftätern in Kraft getreten (BGBl I 2017, S. 1882). Am 6.7.2017 ist Art. 7 des Datenschutz-Anpassungs- und -Umsetzungsgesetzes EU in Kraft getreten. Alle übrigen Artikel treten erst am 25.5.2018 in Kraft.

In Kraft treten sollen demnächst nach Unterzeichnung vom Bundespräsidenten zudem noch einige weitere Gesetze. So billigte der Bundesrat am 7.7.2017 den Gesetzesbeschluss des Bundestages zur Abschaffung der Majestätsbeleidigung und zur Strafverschärfung bei Wohnungseinbruchsdiebstahl. Darüber hinaus stimmte der Bundesrat der Rehabilitierung verurteilter Homosexueller und den umfangreichen Änderungen im Straf- und Strafprozessrecht zu. Hier wurde der Regierungsentwurf „zur Änderung des Strafgesetzbuchs, des Jugendgerichtsgesetzes, der Strafprozessordnung und weiterer Gesetze“ in das Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens integriert. Außerdem wurden quasi in letzter Minute die sehr umstrittenen Regelungen zum Einsatz von Spionage-Software zwecks Quellen-TKÜ und Onlinedurchsuchung gesetzlich verankert.

Ferner stimmte der Bundesrat für die Ratifizierung des Übereinkommens zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen. Darüber hinaus wurde das Netzwerkdurchsetzungsgesetz beschlossen. Außerdem hat der Bundesrat am 7.7.2017 auf die Einberufung des Vermittlungsausschusses verzichtet und dem Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Änderung des Strafgesetzbuches, um den Vereinigungsbegriff in § 129 StGB legal zu definieren, zugestimmt.

*Prof. Dr. Anja Schiemann*

## ALLGEMEINE BEITRÄGE

## Auf dem Weg zu einer Regulierung des automatisierten Fahrens: Anmerkungen zur jüngsten Reform des StVG

von Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf\*

### Abstract

Mit der jüngsten Reform des StVG ist es dem Gesetzgeber gelungen, eine tragfähige Grundlage für das automatisierte Fahren zu schaffen. Neben begrifflichen Festlegungen wurden vor allem Bestimmungen über die Zulässigkeit des automatisierten Fahrens eingeführt und Rechte und Pflichten des Fahrzeugführers definiert. Es handelt sich allerdings nur um eine "kleine Lösung", der in Zukunft weitere gesetzgeberische Maßnahmen folgen müssen.

### I. Automatisiertes Fahren als regulative Herausforderung

Selten hat eine technologische Entwicklung so viel öffentliche Aufmerksamkeit auf sich gezogen wie das automatisierte Fahren. Dabei überwiegen derzeit – jedenfalls in der veröffentlichten Meinung – eher die skeptischen Stimmen. In der Kakophonie von Verheißungen, Befürchtungen, Verdächtigungen und Skandalisierungen gehen Sachargumente leicht unter. Der Medienrummel um das automatisierte Fahren hat wohl zum einen damit zu tun, dass Autofahren in Deutschland nicht bloß mit Mobilität verbunden wird, sondern auch Ausdruck eines besonderen Lebensgefühls ist, in dem sich die Dokumentation des eigenen Status, Sehnsucht nach Freiheit, Freude an Sport und gelegentlich auch Lust auf Abenteuer verbinden. Automatisierung verträgt sich damit schlecht. Zum anderen sind die Umwälzungen, die die Mobilität gerade erfährt, nur ein Teil jener „Digitalen Transformation“, die seit einigen Jahren unsere gesamte Lebens- und Arbeitswelt mit offenbar steigendem Tempo verändert. Das „automatisierte Fahrzeug“ wirkt deshalb fast wie ein Phantom, auf das die Verheißungen, aber auch die mit der Digitalisierung und Automatisierung verbundenen Befürchtungen unserer Gesellschaft projiziert werden.

Es liegt auf der Hand, dass es in einer solchen Lage für den Gesetz- und Verordnungsgeber nicht einfach ist, die technische Entwicklung mit der nötigen Zurückhaltung und dem erforderlichen Augenmaß zu kontrollieren und zu steuern. Das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI) hat es dennoch für erforderlich gehalten, bereits jetzt eine Neuregelung des StVG in die Wege zu leiten. Sie ist am 21.6.2017 in Kraft getreten.<sup>1</sup> Der Bundesverkehrsminister spricht vom „modernste[n] Straßenverkehrsrecht der Welt“,<sup>2</sup> obwohl bereits im Vorfeld der Gesetzesentwurf auf scharfe und teilweise geradezu polemische Kritik gestoßen war – überwiegend zu Unrecht, wie im Folgenden zu zeigen sein wird. Verkürzt lassen sich vier zentrale Problembereiche unterscheiden: Zulassungs- und Verhaltensrecht, zivilrechtliche Haftung, strafrechtliche Verantwortung und Datenschutz.

### II. Zum wesentlichen Inhalt des Gesetzesentwurfs

Ziel des Gesetzes ist es, Rechtsgrundlagen für das hoch- und vollautomatisierte Fahren zu schaffen und so Rechtssicherheit zu gewährleisten. Damit führt die Gesetzesinitiative die im September 2015 beschlossene „Strategie automatisiertes und vernetztes Fahren – Leitanbieter bleiben, Leitmarkt werden, Regelbetrieb einleiten“<sup>3</sup> fort. In § 1a Abs. 1 StVG n.F. wird die Kernbestimmung formuliert: der Betrieb eines Kraftfahrzeuges mittels hoch- oder vollautomatisierter Fahrfunktion soll zulässig sein, wenn die Funktion „bestimmungsgemäß“ verwendet wird. So dürfe ein Fahrzeug etwa „nicht mittels einer automatisierten Fahrfunktion auf Landstraßen betrieben werden, wenn das System nur für den Einsatz auf Autobahnen vorgesehen ist“.<sup>4</sup> Der Ausdruck „bestimmungsgemäß“ stellt, wie auch das Beispiel zeigt, auf die seitens der Hersteller erfolgende Zweck- und Nutzungsbestimmung ab. Dies steht im Einklang mit der Verwendung des Wortes „bestimmungsgemäß“ in anderen rechtlichen Kontexten.<sup>5</sup>

\* Der Autor ist Leiter des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtstheorie, Informationsrecht und Rechtsinformatik sowie der Forschungsstelle „RobotRecht“ an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg.

<sup>1</sup> BGBl. I 2017, S. 1648.

<sup>2</sup> Pressemitteilung des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur 065/2017 vom 21.5.2017.

<sup>3</sup> <http://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Publikationen/DG/broschuere-strategie-automatisiertes-ernetztes-fahren.html> (zuletzt abgerufen am 6.7.2017).

<sup>4</sup> Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 69/17 vom 27.1.2017, S. 13 f. Im Internet unter <http://www.bundesrat.de/SharedDocs/beratungsvorgaenge/2017/0001-0100/0069-17.html> (zuletzt abgerufen am 6.7.2017).

<sup>5</sup> Vgl. etwa die Definition des „Ingebrauchnehmens“ eines Fahrzeugs in § 248b StGB als „bestimmungsgemäße Benutzung als Fortbewegungsmittel“, Kindhäuser, StGB – Lehr- und Praxiskommentar, 7. Auflage (2017), § 248b Rn. 7.

Sodann folgen in Abs. 2 einige begriffliche Festlegungen. Kraftfahrzeuge mit hoch- oder vollautomatisierter Fahrfunktion im Sinne des Gesetzes sind danach solche Fahrzeuge, die über eine technische Ausstattung verfügen, die zur Bewältigung der Fahraufgabe das Kraftfahrzeug steuern kann und außerdem „in der Lage ist, während der hoch- oder vollautomatisierten Fahrzeugsteuerung den an die Fahrzeugführung gerichteten Verkehrsvorschriften zu entsprechen“. Des Weiteren muss die Fahrfunktion „jederzeit durch den Fahrzeugführer manuell übersteuerbar oder deaktivierbar“ sein, sie muss „die Erforderlichkeit der eigenhändigen Fahrzeugsteuerung durch den Fahrzeugführer erkennen“ können und in der Lage sein, dem Fahrer „das Erfordernis der eigenhändigen Fahrzeugsteuerung rechtzeitig optisch, akustisch, taktil oder sonst wahrnehmbar“ anzuzeigen. Schließlich muss das Fahrzeug die Fähigkeit besitzen, „auf eine der Systembeschreibung zuwiderlaufende Verwendung“ hinzuweisen.

Es ist bemerkenswert, dass der Gesetzgeber diese Bestimmungen nicht als Gebot formuliert, sondern in Form einer Definition eingeführt hat. Dies bedeutet, dass Fahrzeuge, die den genannten Voraussetzungen nicht entsprechen, nicht als hoch- bzw. vollautomatisierte Fahrzeuge gelten, so dass die neuen Vorschriften auf sie nicht anwendbar sind (vgl. auch § 1a Abs. 3 StVG n.F.). Es verbleibt dann bei den allgemeinen Regeln, wie sie im StVG und der StVO festgelegt sind.

Abs. 4 stellt fest, dass Fahrzeugführer auch derjenige ist, „der eine hoch – oder vollautomatisierte Fahrfunktion im Sinne des Abs. 2 aktiviert und zur Fahrzeugsteuerung verwendet, auch wenn er im Rahmen der bestimmungsgemäßen Verwendung dieser Funktion das Fahrzeug nicht eigenhändig steuert.“ Daraus folgt, dass die Bestimmungen des Straßenverkehrsrechts, die für Fahrzeugführer gelten, auch auf die Fahrer von hoch- bzw. vollautomatisierten Fahrzeugen anwendbar sind.

In § 1b StVG n.F. werden Pflichten des Fahrzeugführers bei der Nutzung hoch- oder vollautomatisierter Fahrfunktionen festgelegt: „Der Fahrzeugführer ist verpflichtet, die Fahrzeugsteuerung unverzüglich wieder zu übernehmen, (1) wenn das hoch- oder vollautomatisierte System ihn dazu auffordert oder (2) wenn er erkennt oder auf Grund offensichtlicher Umstände erkennen muss, dass die Voraussetzungen für eine bestimmungsgemäße Verwendung der hoch- oder vollautomatisierten Fahrfunktion nicht mehr vorliegen.“ Es liegt auf der Hand, dass damit der Pflichtenkreis eines Fahrzeugführers nicht vollständig beschrieben wird; vielmehr gelten, da auf den Fahrer eines hoch- oder vollautomatisierten Fahrzeugs auch die übrigen Vorschriften der StVG bzw. der StVO anwendbar sind, grundsätzlich auch alle anderen für den Fahrzeugführer geltenden Bestimmungen. § 1b StVG n.F. hat im wesentlichen klarstellende Funktion.

In § 1c StVG n.F. wird eine umfassende Evaluierung der Anwendung der §§ 1a und 1b nach Ablauf des Jahres 2019 festgeschrieben.

Schließlich regelt das Gesetz die Einführung eines neuen Abschnitts über die Datenverarbeitung im Kraftfahrzeug. Im neuen § 63a StVG („Datenverarbeitung bei Kraftfahrzeugen mit hoch- oder vollautomatisierter Fahrfunktion“) heißt es dazu, dass Positions- und Zeitangaben festzuhalten sind, wenn ein Wechsel der Fahrzeugsteuerung vom menschlichen Fahrer zum technischen System oder umgekehrt erfolgt. Gespeichert werden soll auch, „wenn der Fahrzeugführer durch das System aufgefordert wird, die Fahrzeugsteuerung zu übernehmen oder eine technische Störung des Systems auftritt“, § 63a Abs. 1 S.2 StVG n.F. Die gespeicherten Daten dürfen den nach Landesrecht für die Ahndung von Verkehrsverstößen zuständigen Behörden übermittelt werden, § 63a Abs. 2 S. 1 StVG n.F.

### III. Bewertung

Mit der vorstehend skizzierten Gesetzesänderung hat der Gesetzgeber zentrale Fragen des automatisierten Fahrens geregelt. Es handelt sich um eine bewusst knapp gehaltene Normierung, die lediglich derzeit besonders drängende Fragen erfasst: Begriffliche Klärungen des hoch- und vollautomatisierten Fahrens und des Begriffs des „Fahrzeugführers“; die Bestätigung der grundsätzlichen Zulässigkeit derartiger Systeme auf deutschen Straßen<sup>6</sup> sowie grundsätzliche Bestimmungen zu den Sorgfaltsanforderungen, die den Führern derartiger Fahrzeuge obliegen. Eine große, umfassende Lösung sämtlicher mit dem automatisierten Straßenverkehr verbundener Fragen wurde nicht angestrebt.<sup>7</sup>

Angesichts der vielfältigen, häufig noch gar nicht klar identifizierten Probleme im Umkreis des automatisierten Fahrens scheint mir diese Zurückhaltung nicht nur nachvollziehbar, sondern auch vernünftig zu sein. Der automatisierte Straßenverkehr ist nur ein Beispiel für die zahlreichen neuen Anwendungsmöglichkeiten autonomer technischer Systeme, wie sie sich etwa auch in der industriellen Produktion (Industrie 4.0), der Medizin (e-Health), der Service-Robotik und im Unterhaltungsbereich finden. Damit ist eine revolutionäre technische Umwälzung verbunden, die sich mit den drei Schlagworten „Digitalisierung“, „Automatisierung“ und „Vernetzung“ umschreiben lässt.

Die „Digitale Transformation“, wie dieser Vorgang oft genannt wird, enthält viele Herausforderungen für die überkommene Rechtsordnung, vom Verfassungsrecht über das zivile Haftungsrecht und Strafrecht bis hin zum Datenschutz, dem Versicherungsrecht und dem Zulassungsrecht.<sup>8</sup> Es wäre verfehlt zu versuchen, alle diese Fragen ausschließlich im Kontext der Mobilität lösen und re-

<sup>6</sup> Einen Überblick über das aktuelle Zulassungsrecht geben *Arzt/Ruth-Schumacher*, NZV 2017, 57 ff. Zur Änderung des Wiener Übereinkommens, welche die bis dahin bestehenden Probleme aus Art. 8, 13 WÜ beseitigt hat, siehe nur *Lutz*, DAR 2016, 55 f.; gegen die Zulässigkeit hoch- und vollautomatisierter Systeme weiterhin von *Bodungen/Hoffmann*, InTeR 2017, 85 ff.

<sup>7</sup> Noch knapper mein eigener Normierungsvorschlag in meinem Gutachten für den 53. Verkehrsgerichtstag in Goslar, vgl. *Hilgendorf*, Automatisiertes Fahren und Recht, in: Deutscher Verkehrsgerichtstag, Veröffentlichung der auf dem 53. Deutschen Verkehrsgerichtstag vom 28. bis 30. Januar 2015 in Goslar, 2015, S. 55 – 72 (Fn. 57).

<sup>8</sup> *Hilgendorf*, Recht und autonome Maschinen. Ein Problemaufriss, in:

geln zu wollen, auch wenn zuzugeben ist, dass die Verwendung autonomer Systeme in Fahrzeugen derzeit technologisch einer der wichtigsten Treiber der skizzierten Entwicklung sein dürfte. Angesichts der derzeit nicht einmal ansatzweise überschaubaren Auswirkungen der Digitalisierung dürfte nur ein derartiges schrittweises Vorgehen des Gesetzgebers der Problemlage angemessen sein.

Da sich der Gesetzgeber auf eine knappe Regelung beschränkt und sich offensichtlich bemüht hat, den Problembereich der automatisierten Mobilität in das überkommene Straßenverkehrsrecht einzufügen, bleiben die übrigen Regelungen des Straßenverkehrsrechts anwendbar und greifen auch für den Fall automatisierten Fahrens ein. Unverändert bleibt vor allem die Grundstruktur des Haftungsregimes im Straßenverkehrsrecht: Zivilrechtlich wird die Verschuldenshaftung nach § 823 BGB und § 18 StVG ergänzt durch die Gefährdungshaftung des Halters nach § 7 StVG, wonach wegen der vom Fahrzeug ausgehenden Betriebsgefahr grundsätzlich der Halter für alle entstehenden Schäden in Haftung genommen werden kann, ohne dass es auf ein Verschulden ankommt.<sup>9</sup> Diese Gefährdungshaftung wird durch eine Pflichtversicherung des Halters ergänzt, § 1 PflVG. Dies bedeutet, dass sich im Schadensfall der Verletzte direkt an die Versicherung des Halters wenden kann, von ihr eine Leistung erhält, und sodann die Versicherung ihrerseits versuchen wird, Rückgriff auf weitere potentielle Haftungssubjekte zu nehmen.

Dieses Haftungssystem hat sich in Deutschland seit langem bewährt und bedarf auch angesichts neuer Formen der Mobilität vorerst keiner grundlegenden Änderung. Das etablierte System ist nicht bloß sozial angemessen (auch und gerade im Hinblick auf das Erstattungsinteresse des Opfers), sondern schafft auch Rechtssicherheit. Es spricht wenig dafür, ein Haftungsregime, welches sich im Rechtsbewusstsein so fest verwurzelt hat, für den Bereich des neuen automatisierten Fahrens über Bord zu werfen.<sup>10</sup> Es überrascht deshalb, dass der Gesetzesvorschlag der Bundesregierung in der Presse als ein „Anschlag auf den Straßenverkehr“ und geradezu als strafwürdig bezeichnet wurde.<sup>11</sup> Der Verfasser des Artikels behauptet, der Gesetzentwurf nehme bei einem Unfall den Menschen am Steuer in Haftung, nicht aber den Autohersteller. Dieser Vorwurf ist in mehrfacher Hinsicht irreführend: das Gesetz enthält gerade keine Neufassung des Haftungsregimes für die automatisierte Mobilität,<sup>12</sup> vielmehr bemüht sich der Gesetzgeber, das automatisierte Fahren in das bewährte Haftungsregime einzugliedern. Wie ausgeführt, haftet grundsätzlich der Halter auf Schadensersatz, eine Pflichtversicherung sorgt dafür, dass er auch zahlungsfähig ist, so dass der Verletzte nicht auf seinem Schaden sitzen bleibt. Hinzutreten kann in der Tat eine Haftung des

Fahrers selbst, was aber keinesfalls durch den hier in Frage stehenden Gesetzentwurf neu eingeführt wurde, sondern sich bereits aus § 823 BGB und § 18 StVG ergibt. Auch die Herstellerhaftung lässt die Neuregelung unberührt. Der Hersteller haftet nach § 823 BGB, wenn er vorsätzlich oder fahrlässig eine Ursache für einen Schaden gesetzt hat. Hinzu tritt die Haftung nach § 1 Abs. 1 S. 1 ProdHaftG.<sup>13</sup> Diese Grundsätze werden durch die Regelungen des Produkthaftungsgesetzes ergänzt. Und auch im Hinblick auf die strafrechtliche Verantwortung des Herstellers, also die strafrechtliche Produzentenhaftung (§§ 229, 222 StGB), führt der Gesetzentwurf keine neuen Regelungen ein. Es kann deshalb keine Rede davon sein, dass der Gesetzgeber versucht habe, die Risiken des automatisierten Fahrens auf den Fahrer abzuwälzen.<sup>14</sup>

Auch der Bundesrat hat sich am 10.3.2017 kritisch zum vorgelegten Gesetzentwurf geäußert.<sup>15</sup> Die Initiative des Bundes, die Rechtsgrundlage für das hoch- und voll automatisierte Fahren zu schaffen, wird zwar begrüßt, der Entwurf wird allerdings als unzureichend bezeichnet, zumal „die berechtigten Interessen der Verbraucherinnen und Verbraucher weitgehend unberücksichtigt“ geblieben seien.<sup>16</sup> Für die Rechtssicherheit beim Einsatz automatisierter und vernetzter Fahrzeuge bedürfe es einer weitergehenden Prüfung, welche Verordnungen und Gesetze über das Straßenverkehrsgesetz hinaus zu ändern seien.<sup>17</sup> Dem Bundesrat schwebte dabei also offenbar eine große Lösung vor, die allerdings aus den oben genannten Gründen sehr problematisch ist.

Insbesondere wurde angemahnt, aus Gründen der Rechtssicherheit den Begriff der „bestimmungsgemäßen Verwendung“ in § 1a StVG-Entwurf genauer zu definieren. Es solle überprüft werden, ob die Vorgaben des Herstellers zur Verwendungsbestimmung verbindlich erfolgen müssten und auf welche Vorgaben des Herstellers der Fahrzeugführer sich verlassen dürfe.<sup>18</sup> Diese Anregungen sind durchaus nachvollziehbar, es wird aber nicht hinreichend berücksichtigt, dass es sich bei dem Konzept der „bestimmungsgemäßen Verwendung“ um ein im Recht bereits seit langem immer wieder verwendetes Konzept handelt.<sup>19</sup> Überdies ist schwer zu sehen, wie eine alternative gesetzliche Regelung hätte aussehen können, da viele der Funktionen, die autonome Systeme im Fahrzeug in Zukunft übernehmen werden, heute noch gar nicht absehbar sind.

In der Fachliteratur wurde das Erfordernis der „Wahrnehmungsbereitschaft“ wegen seiner relativen Unbestimmtheit kritisiert.<sup>20</sup> Immerhin macht das Gesetz aber deutlich, dass der Fahrer so wahrnehmungsbereit bleiben muss, dass er seinen Übernahmepflichten nach § 1b Abs. 2

ders./Hötitzsch, Das Recht vor den Herausforderungen der modernen Technik. Beiträge der 1. Würzburger Tagung zum Technikrecht im November 2013, S. 11 – 40 (15 ff.).

<sup>9</sup> Greger, in: ders./Zwickel, Haftungsrecht des Straßenverkehrs. Handbuch und Kommentar, 5. Aufl. (2014), § 3 Rn. 1, zum Hintergrund ebenda, § 1 Rn. 36 ff.

<sup>10</sup> So auch König, NZV 2017, 249 (251), der zu Recht vor „Aktionismus“ warnt.

<sup>11</sup> Süddeutsche Zeitung vom 27.1.2017, <http://www.sueddeutsche.de/auto/autonomes-fahren-ein-gesetz-wie-ein-anschlag-auf-den-strassenverkehr-1.3350581> (zuletzt abgerufen am 6.7.2017).

<sup>12</sup> So auch Müller, InTeR 2017, S. 61.

<sup>13</sup> König, NZV 2017, 249 (251).

<sup>14</sup> So aber Süddeutsche Zeitung vom 27.1.2017 (Fn. 11).

<sup>15</sup> Entwurf eines Gesetzes ... zur Änderung des Straßenverkehrsgesetzes – BT-Drs. 18/11300 – Stellungnahme des Bundesrates und Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 18/11543, S. 1 ff.

<sup>16</sup> A.a.O., S. 2.

<sup>17</sup> A.a.O.

<sup>18</sup> BT-Drs. 18/11534 (Fn. 15), S. 3 f.

<sup>19</sup> S.o. Fn. 5.

<sup>20</sup> So etwa Schirmer, NZV 2017, 253 (255). Der Autor behandelt noch

StVG n.F. nachkommen kann. Welcher Aufmerksamkeitsgrad erforderlich ist, um im Einzelfall wahrnehmungsbereit zu bleiben, hängt vom Einzelfall ab und ist nicht vorab normierbar. Allerdings überrascht es, dass der Gesetzgeber sich nicht zum Verhältnis der neuen Regelung zu § 23 Abs. 1a StVO (Handynutzungsverbot) geäußert hat; man wird anzunehmen haben, dass unter den Voraussetzungen von § 1 lit. a StVG n.F., also bei Nutzung eines hoch- oder vollautomatisierten Fahrsystems, der § 23 Abs. 1 lit. a StVO nicht gilt.

Kritisiert wurde auch, dass es an einer eindeutigen Definition fehle, wann genau die Übernahme der Fahrzeugsteuerung erfolgen müsse und in welcher Weise die Übernahmeaufforderung zu erfolgen habe.<sup>21</sup> Des Weiteren wurde angemahnt, zu konkretisieren, was unter „offensichtlichen Umständen“ im Sinne von § 1b StVG n.F. verstanden werden soll. Denkbar sei etwa die Einfügung von Regelbeispielen. Weiter heißt es: „In diesem Zusammenhang bittet der Bundesrat auch um Prüfung, ob nicht eine Konkretisierung angezeigt ist, was Fahrzeugführerinnen und Fahrzeugführer bei einem Einsatz von hoch- und vollautomatisierten Fahrsystemen in Abhängigkeit vom Automatisierungsgrad des Kraftfahrzeuges tun dürfen und lassen müssen.“<sup>22</sup> Auch hier ist allerdings fraglich, wie der Gesetzgeber diesen Anforderungen hätte nachkommen sollen. Grundsätzlich gilt die Regel des § 1 Abs. 1 StVO, wo „ständige Vorsicht und gegenseitige Rücksicht“ vorgeschrieben werden. Im Übrigen gilt, dass Sorgfaltspflichten für den konkreten Einzelfall bestimmt werden müssen; dies ist Aufgabe der Rechtsprechung.

Der Bundesrat erläutert seine Kritik an dem Rekurs auf „offensichtliche Umstände“ damit, dass nicht geregelt sei, „welchen Grad an Aufmerksamkeit Fahrzeugführerinnen und Fahrzeugführer beim Einsatz von hoch- und vollautomatisierten Fahrsystemen an den Tag zu legen haben.“<sup>23</sup> Es sei nicht erkennbar, ob sie das System die ganze Zeit zu überwachen hätten – dann seien auch schon Umstände als „offensichtlich“ anzusehen wie nicht rechtzeitig erkannte Verkehrszeichen, oder ob das System nur teilweise überwacht werden müsse – dann seien lediglich Umstände wie etwa plötzlicher Schneefall offensichtlich. Würden sich schließlich Fahrzeugführer für die Dauer des hoch- oder vollautomatisierten Fahrens gänzlich abwenden dürfen, dann „wären erst Umstände ... wie das Blinken sämtlicher Warnleuchten in dem Fahrzeug“ offensichtlich.<sup>24</sup>

Die Kritik trifft einen wunden Punkt: Die „Offensichtlichkeit“ eines Ereignisses dürfte in der Tat vom Grad der vorgeschriebenen Aufmerksamkeit abhängen, jedenfalls dann, wenn man auf die Offensichtlichkeit für den konkreten Fahrer abstellt. Der Gesetzgeber ging dagegen wohl eher von einem objektiven Maßstab von „Offensichtlichkeit“ aus. „Offensichtlich“ bedeutet dann so viel wie „für einen durchschnittlichen Fahrer eindeutig erkennbar“. Ein Bezug auf eine derartige Maßfigur ist im

Recht, gerade bei der Bestimmung von Sorgfaltspflichten, durchaus weit verbreitet und hat sich im Großen und Ganzen bewährt. Beim automatisierten Fahren, einem Bereich, in dem gesicherte Erfahrungswerte über die unterschiedlichen Fähigkeiten von Fahrzeugführern noch fehlen, ist der Rekurs auf eine Maßfigur des durchschnittlichen Fahrers und darauf, was für einen solchen Fahrer „offensichtlich“ ist, nicht besonders aussagekräftig.

Man wird die in § 1b StVG n.F. festgelegte Regel so zu interpretieren haben, dass der Führer eines Fahrzeugs mit automatisierten Funktionen sich grundsätzlich darauf verlassen darf, dass das Fahrzeug bei bestimmungsgemäßem Gebrauch ordnungsgemäß, d.h. im Einklang mit den Vorschriften des Straßenverkehrsrechts, fährt. Diese Vermutung greift erst dann nicht mehr rein, wenn im konkreten Einzelfall besondere Umstände deutlich machen, dass ein sicheres Fahren mit dem automatisierten System nicht mehr möglich ist. Damit wird dem Fahrer eine Regel vorgegeben, deren Praktikabilität nicht schon daran scheitert, dass die Rechtsprechung dazu noch keine Kasuistik hat erarbeiten können.

Der Bundesrat drückte sein Bedauern darüber aus, „dass der Gesetzentwurf keinerlei Spezialregelung für die Herstellerhaftung von Fahrzeugen mit hoch- und vollautomatisierten Fahrsystemen“ enthält. Es bleibe „gänzlich unberücksichtigt, dass die Autohersteller für das einwandfreie Funktionieren der von ihnen entwickelten und in Verkehr gebrachten automatisierten Assistenzsysteme verantwortlich sind.“<sup>25</sup> Stattdessen, so der Bundesrat, würden die Verbraucherinnen und Verbraucher durch zusätzliche Pflichten, aber auch durch „die zu erwartende Prämienhöhung im Bereich der Kfz-Haftpflichtversicherung ungebührlich hoch belastet.“<sup>26</sup>

Diese Ausführungen können nicht überzeugen. Wie bereits oben ausgeführt, lässt der Entwurf die Herstellerhaftung unangetastet. Hersteller können schon im Rahmen der überkommenen Produkt- und Produzentenhaftung in Anspruch genommen werden, wenn sie vorsätzlich oder fahrlässig einen Schaden verursacht haben. Hinzu kommen die Regelungen im Produkthaftungsgesetz. Es ist davon auszugehen, dass nach Einführung automatisierter Systeme im Pkw die Schadenersatzverpflichtungen von Herstellern nicht ab, sondern zunehmen werden, weil sie es sind, die die potentiell fehlerträchtigen technischen Systeme gestalten. Auch im hier vorgestellten Gesetz werden die Hersteller mittelbar in die Pflicht genommen, indem an die Programmierung von automatisierten Fahrsystemen detaillierte Anforderungen gestellt werden (§ 1a Abs. 2 StVG). Warum es zu einer rechtlichen Haftungsverringerung oder gar einer Haftungsfreistellung von Herstellern kommen sollte, wie es der Bundesrat offenbar befürchtet hat, ist unerfindlich. Auch für eine Erhöhung der Versicherungsbeiträge spricht derzeit wenig.

die Entwurfsfassung, seine Argumente lassen sich aber mit nur geringen Anpassungen auf die Endfassung des Änderungsgesetzes übertragen.

<sup>21</sup> BT-Drs. 18/11534 (Fn. 15), S. 6.

<sup>22</sup> A.a.O.

<sup>23</sup> A.a.O.

<sup>24</sup> BT-Drs. 18/11534 (Fn. 15), S. 7.

<sup>25</sup> A.a.O., S. 13.

<sup>26</sup> A.a.O.

#### IV. Einige Hinweise auf weitergehende Problemfelder

Es liegt auf der Hand, dass das neue Gesetz nicht sämtliche mit der neuen Mobilität verbundenen Probleme zu lösen vermag. Ein erstes, besonders virulentes Problemfeld ist die Cyberkriminalität: Da das automatisierte Fahrzeug der Zukunft zumindest temporär mit dem Internet verbunden sein wird, liegt die Vermutung nahe, dass sich die Internetkriminalität in Zukunft auch auf den Straßenverkehr ausweiten dürfte. Gegenmaßnahmen sollten zuallererst im Bereich der Technik gesucht werden. Strafrechtlich sind die Urheber der Attacken zur Verantwortung zu ziehen, soweit man ihrer habhaft werden kann. Potentielle Verantwortungssubjekte sind aber auch die Hersteller der Pkw, die in der Pflicht stehen, ihre Systeme so sicher zu gestalten, dass Angriffe soweit wie möglich (und zumutbar) verhindert werden. Die Reichweite der damit angesprochenen Haftung für Sabotagesicherheit dürfte nicht nur im Strafrecht, sondern auch im Zivilrecht zu den großen Themen der Zukunft gehören.

Man sollte aber auch daran denken, die Provider in Haftung zu nehmen, wenn ihre technischen Angebote dafür verwendet werden, den Straßenverkehr anzugreifen. Die in den §§ 7 ff. TMG vorgesehene Haftungsprivilegierung der Provider beruht v.a. auf der Zielsetzung, den Geschäftsverkehr im Internet nicht durch unklare strafrechtliche Risiken zu behindern. Die Straftaten, an die man in der Anfangszeit des Internet dachte, waren etwa die Unterstützung der Verbreitung von extremistischer Propaganda oder von Pornographie. Die Straftaten, die im Straßenverkehr drohen, könnten erheblich schwerwiegender sein, bis hin zur Verursachung von Massenkarambolagen mit Dutzenden von Toten. Man wird deshalb fragen dürfen, ob die Haftungsprivilegierungen der Provider noch unverändert zeitgemäß sind.

Ein drittes Problemfeld, das durch das neue Gesetz nicht geregelt wurde, in Zukunft jedoch geregelt werden sollte, ist die Zuordnung nicht personenbezogener Daten. Es

wird in der Öffentlichkeit oft übersehen, dass das überkommene Datenschutzrecht nur für personenbezogene Daten (§ 3 BDSG) gilt. Daten ohne Personenbezug fallen nicht darunter. Sie werden aber auch vom Sachenrecht nicht erfasst, da Daten keine Sachqualität aufweisen. Folge ist, dass die Zuordnung von nicht personenbezogenen Daten außerordentlich unklar ist. Dass „Abziehen“ solcher Daten aus dem Pkw ist rechtlich bislang kaum reguliert. Angesichts der Tatsache, dass derartige Daten mittlerweile einen erheblichen ökonomischen Wert besitzen können (man denke nur an nicht personenbezogene technische Daten über den Motorenverschleiß relativ zu den gefahrenen Kilometern oder dem durchschnittlichen Fahrtempo), stellt sich die Frage, ob derartige Daten nicht originär dem Halter des Fahrzeugs zugeordnet werden sollen, in dessen Wagen sie immerhin entstehen. Der Halter würde dadurch in die Lage versetzt, mit den Daten zu handeln, eine Ermächtigung zu privatautonomem Verhalten, die in einer sozialen Marktwirtschaft nicht unangemessen erscheint.

Ein letzter Problembereich, dem sich der Gesetzgeber in Zukunft zu stellen haben wird, ist die internationale Rechtsangleichung. So wie die Technik international ist und auch die Fahrzeuge grenzüberschreitend unterwegs sein werden, so müssen auch die rechtlichen Vorgaben einander angenähert werden.

Darüber hinaus stellen sich noch viele andere Zukunftsprobleme, vor allem im Zusammenhang mit selbstlernenden Systemen, also Systemen, die in der Lage sind, im Betrieb (d.h. im Straßenverkehr) ihr Programm auf der Grundlage von Erfahrungen zu verändern.<sup>27</sup> Eine derartige Technik würde es denkbar erscheinen lassen, dass im Verkehr Fahrzeuge mit unterschiedlicher Prägung unterwegs sind. Die dadurch aufgeworfenen Rechtsfragen sind von einer Klärung, geschweige denn Lösung aber noch so weit entfernt, dass ein Tätigwerden des Gesetzgebers auf absehbare Zeit nicht in Frage kommt.

<sup>27</sup> Davon zu unterscheiden sind (einfache) lernende Systeme, bei denen Lerninput und Lernergebnis überprüft werden.

## Cannabis als Medizin – wie Verwaltungsrecht dem Sozial- und Strafrecht die Richtung weist

von Rechtsanwalt Dr. Oliver Tolmein\*

### Abstract

*Das Gesetz zur Änderung betäubungsmittelrechtlicher und anderer Vorschriften, das am 10.3.2017 in Kraft getreten ist,<sup>1</sup> ist drogenpolitisch als Reaktion auf die zunehmenden Legalisierungsforderungen zu sehen. Es stellt zugleich das Gesundheitssystem vor neue Herausforderungen, weil es das sorgsam im Interesse der Leistungsträger austarierte System von Regelleistungen und sehr eng begrenzten Ausnahmemöglichkeiten in Bewegung bringt. Angesichts dessen kann es nicht überraschen, dass mit der Verabschiedung der entsprechenden Normen der Konflikt, der hier gesellschaftlich schwelt, nicht eingedämmt erscheint, sondern nur auf eine neue Stufe gehoben. Dabei kann auch dem Strafrecht, das zeitweilig zurückgedrängt sein dürfte, noch eine Rolle zukommen.*

### I. Das medizinrechtliche Umfeld der Legalisierung von Cannabis als Medizin

Den Ausgangspunkt der rechtlichen Entwicklungen, die zur Freigabe von Cannabis als Medizin führten, bilden im Kern zwei ungelöste Probleme des bundesdeutschen Medizinrechts: Patienten mit schweren Erkrankungen, für die es keine allgemein anerkannten, mit einem Behandlungsstandard verbundenen Behandlungen gibt, haben wenig Chancen, medizinische Behandlungen zu Lasten der Krankenkasse verordnet zu bekommen, selbst dann nicht, wenn ihnen diese Behandlungen tatsächlich oder auch nur subjektiv empfunden helfen. Das betrifft sowohl Arzneimitteltherapien als auch andere Behandlungsmethoden. Diese Patienten bleiben innerhalb des durch das SGB V und die Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses strukturierten Krankenversorgungssystems weitgehend unversorgt. In Zusammenhang damit bemühen sich seit langem Patienten, die unter den erheblichen Nebenwirkungen zugelassener Medikamente zur Behandlung der Symptome ihrer schweren Erkrankungen leiden, andere Substanzen für ihre Therapien einzusetzen. Cannabis mit dem Wirkstoff THC steht auf der Liste der Kandidaten für eine verträglichere Therapie von Schmerzen und anderen schwerwiegenden Symptomen weit oben und gilt vielen als Alternative zu hochwirksamen Opioiden oder als Möglichkeit, andere Medikamente wie Cortison in deutlich reduzierten Dosierungen einsetzen zu können.

2005 veröffentlichten sowohl das *BVerfG* als auch das *BVerwG* jeweils eine Entscheidung, die für diese Konstellationen neue Entwicklungen einleiten sollten: Das *BVerwG* entschied,<sup>2</sup> dass der Antrag auf Erteilung einer Erlaubnis zum Erwerb von Cannabis zur Behandlung einer Multiple-Sklerose-Erkrankung beim Kläger nicht nach § 3 Abs. 2 BtMG (BtMG 1981) mit der Begründung abgelehnt werden könne, eine solche Behandlung liege nicht im öffentlichen Interesse. Eine zu therapeutischen Zwecken erteilte Erlaubnis nach § 3 Abs. 2 BtMG könnte über die Hürde der fehlenden Verkehrsfähigkeit hinweghelfen, nicht aber die Verschreibungsfähigkeit herstellen. Ärzte dürfen die in Anlage I aufgeführten Betäubungsmittel in keinem Fall selbst zur Therapie bei einem Patienten einsetzen. Dem stehe das Verbot des § 13 Abs. 1 S. 3 BtMG entgegen. Das hindere sie aber nicht, einen Patienten medizinisch zu betreuen und zu begleiten, der auf der Grundlage einer Erlaubnis nach § 3 Abs. 2 BtMG solche Mittel im Rahmen der Selbsttherapie bei sich anwendet.

Ging es in dieser Entscheidung um Gesundheitsfürsorge allgemein, befasste sich der Beschluss des *BVerfG* vom 6.12.2005 mit der Frage, inwieweit gesetzlich versicherten Leistungen für die Behandlung einer Krankheit und insbesondere einer lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlichen Erkrankung durch gesetzliche Bestimmungen oder durch deren fachgerichtliche Auslegung und Anwendung vorenthalten werden dürfen. Ausgangspunkt der Verfassungsrichter war dabei die Überlegung, dass der Staat mit dem System der gesetzlichen Krankenversicherung Verantwortung für Leben und körperliche Unversehrtheit der Versicherten übernimmt und daher die Vorsorge in Fällen einer lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlichen Erkrankung unter bestimmten Voraussetzungen zum Kernbereich der Leistungspflicht und der von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG geforderten Mindestversorgung gehört.<sup>3</sup> Im konkreten Fall ging es um einen 1987 geborenen Jungen, der 1992 bis 1994 zur Behandlung seiner Muskeldystrophie Bioresonanztherapie erhielt.

Beide Entscheidungen unterstrichen deutlich, dass Leistungsbegrenzungen im System der GKV zwar grundsätzlich legitim sind, bei schwerkranken Patienten, denen die

\* Der Autor ist Fachanwalt für Medizinrecht in der Kanzlei Menschen und Rechte Hamburg sowie Lehrbeauftragter an der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen.

<sup>1</sup> BGBl I 2017 Nr. 11 vom 9.3.2017, S. 403 ff.

<sup>2</sup> *BVerwG*, Urt. v. 19.5.2005 – 3 C 17/04 –, *BVerwGE* 123, 352.

<sup>3</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 6.12.2005 – 1 BvR 347/98 –, juris. Mit dem mittlerweile geltenden § 2 Abs. 1a SGB V hat der Gesetzgeber diese Rechtsprechung des *BVerfG* umgesetzt: BR-Drs. 456/11, vgl.: *Plagemann*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, 3. Aufl. (2016), § 2 SGB V, Rn. 53-61.

Schulmedizin wenig bis nichts anzubieten hat, unter konkret benannten Umstände aber andere Regeln gelten können.

In diesem rechtlichen Umfeld fand das Widerspruchsverfahren von Michael F. statt, der beim BfArM einen Antrag auf Genehmigung des Eigenanbaus von Cannabis gestellt hatte, weil er sich die 100 Gramm Cannabis der Sorte Bedrocan, die er jeden Monat zur Linderung der Ataxien, die mit seiner Multiplen Sklerose einhergingen, nicht leisten konnte.<sup>4</sup> Während die zuständige Abteilung der Bundesoberbehörde Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM), die Bundesopiumstelle, zu der Auffassung gelangte, dass der beantragte Eigenanbau des Patienten bewilligt werden müsste, untersagte das zu diesem Zeitpunkt vom FDP-Politiker und Arzt *Philip Rösler* geleitete, die Rechts- und Fachaufsicht führende, Bundesgesundheitsministerium 2010 der Behörde die Genehmigung. Das daraufhin betriebene Gerichtsverfahren konzentrierte sich schon bald, nachdem klar wurde, dass der ablehnende Bescheid des BfArM unzutreffender Weise das Vorliegen von Versagungsgründen nach § 5 BtMG annahm, auf die entscheidungserhebliche Frage, ob der Ermessensspielraum, den § 3 Abs. 2 BtMG der Behörde für die Erteilung einer Erlaubnis einräumt, ausnahmsweise auf Null reduziert war<sup>5</sup> oder nicht, ob also die Bundesrepublik nur zur Neubescheidung verurteilt werden<sup>6</sup> oder das Gericht die Erteilung der Erlaubnis vorschreiben konnte. In diesem Zusammenhang spielte auch die Frage eine Rolle, ob nicht das Einheits-Übereinkommen von 1961 über Suchtstoffe in der Fassung der Bekanntmachung vom 4.2.1977 (BGBl. II, S. 111), dem mit Zustimmungsgesetzen vom 4.9.1973 (BGBl. II, S. 1353) und vom 18.12.1974 (BGBl. II 1975, S. 2) innerstaatliche Geltung verliehen worden ist, als völkerrechtliche Verpflichtung einer Entscheidung zugunsten des Klägers entgegenstehe. Diese Position vertrat die Beklagte. War das *OVG NRW* in der Vorinstanz noch davon ausgegangen, dass das Übereinkommen für den Anbau von Cannabis zu medizinischen Zwecken nicht, wie die Bundesrepublik behauptete, die Einrichtung einer Cannabisagentur verlangte, sah das *BVerwG* einen anderen Grund, das Übereinkommen von 1961 nicht als Hindernis für den Anspruch des Klägers zu sehen: Während in der internationalen drogenpolitischen Diskussion der restriktive Charakter des Übereinkommens hervorgehoben werde, setze die Präambel des Übereinkommens einen anderen Akzent und unterstreiche, dass die medizinische Verwendung von Suchtstoffen zur Linderung von Schmerzen und Leiden unerlässlich sei; daher müsse hinreichend Vorsorge getroffen werden, damit Suchtstoffe für diesen Zweck auch tatsächlich zur Verfügung stehen. Auch im Lichte dessen sei es zwingend, die nach § 5 Abs. 2 BtMG zu treffende Ermessensentscheidung zugunsten des Klägers zu treffen. Sein Interesse an der notwendigen medizinischen Versorgung mit Cannabis, die für ihn derzeit nur über den Eigenanbau verfügbar ist, überwiege die Bedenken, die sich aus dem Fehlen einer Cannabis-Agentur ergeben könnten. Zudem könnte sich die Beklagte auf das Fehlen einer solchen

Agentur nicht berufen, denn es liege in ihrem Verantwortungsbereich, wenn sie den im Einheits-Übereinkommen vorgesehenen Weg eines staatlich kontrollierten Cannabisanbaus zu therapeutischen Zwecken nicht beschreite.

Parallel zum verwaltungsgerichtlichen Verfahren, mit dem F. auf die Genehmigung des Eigenanbaus zielte, hatte er auch erfolglos sozialgerichtliche Prozesse durchlaufen, um durchzusetzen, dass die Krankenkasse die Kosten für das THC-haltige Rezepturarzneimittel „Dronabinol“ übernimmt. Da Rezepturarzneimittel nicht zugelassen werden müssen und daher auch weder entsprechend ihrer Zulassung noch im klassischen Sinne off-label eingesetzt werden können, wäre dafür entweder eine Entscheidung des Gemeinsamen Bundesausschusses (G-BA) zur Anerkennung von Dronabinol als neue Therapiemethode im Sinne des § 135 SGB V erforderlich gewesen oder die Feststellung, dass es sich hier um eine Behandlungsmethode handelte, deren Kosten aufgrund einer grundrechtsorientierten Auslegung des Leistungsrechts übernommen werden müssten. Die unterschiedlichen Wirkungsweisen des aus THC bestehenden Dronabinol und der getrockneten Cannabisblüten spielte später im verwaltungsgerichtlichen Verfahren eine wichtige Rolle, weil der Eigenanbau voraussetzt, dass für den Kläger keine zumutbare Behandlungsalternative zur Verfügung steht. Das *OVG NRW* sah Dronabinol anfangs aber als gleichermaßen wirksam wie die Cannabisblüten an und drängte die Krankenkasse die Kosten des Rezepturarzneimittels doch noch zu übernehmen, was sie schließlich auch in gewissem Umfang tat, mit dem Ergebnis, dass sich unterschiedliche Wirkungsweisen ergaben: „Ausgehend von der bei der Frage einer Therapiealternative im Rahmen des § 3 Abs. 2 BtMG gebotenen konkret-individuellen Betrachtungsweise kann aber gegenwärtig nicht festgestellt werden, dass Dronabinol auch beim Kläger genauso wirkt wie Cannabis. Hierauf deutet bereits die im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren vom Kläger vorgelegte Bescheinigung von Dr. T. vom 7.2.2013 hin, wonach Dronabinol auch in hoher Dosierung keine ausreichenden positiven Effekte aufgewiesen habe. Im Rahmen dieses (ambulanten) Umstellversuchs konnte der Kläger mit einer Dosis von 20 Tropfen Dronabinol morgens eine gewisse Reduzierung des täglichen Cannabiskonsums erreichen. Hingegen muss der Versuch, den Cannabiskonsum mit Dronabinol zu ersetzen und den Kläger allein damit zu behandeln, mit den Stellungnahmen seiner behandelnden Ärzte als gescheitert angesehen werden.“

Nach den Äußerungen der sachverständigen Zeugen Dr. T. und Dr. H. bewirkt die erreichte Dosis von derzeit 20 Tropfen Dronabinol beim Kläger keine ausreichende Linderung der spastisch-ataktischen Symptomatik, wohingegen eine dafür erforderliche Dosis nicht erreicht werden kann, weil es durch eine Dosissteigerung zu einer erheblichen Verschlechterung seines psychischen Gesundheitszustands kommt. Die Ärzte haben sich dabei maßgeblich auf ihre bisherigen umfangreichen Erfahrungen bei der

<sup>4</sup> Eine detaillierte Darstellung des Verfahrensgangs findet sich im Tatbestand *OVG NRW*, Urt. v. 11.6.2014 – 13 A 414/11 –, juris.

<sup>5</sup> So erstmals *VG Köln*, Urt. v. 8.7.2014 – 7 K 4450/11 –, juris, in einem anderen, aber ähnlich gelagerten Verfahren um Eigenanbau,

sowie *BVerwG*, Urt. v. 6.4.2016 – 3 C 10/14 –, *BVerwGE* 154, 352. <sup>6</sup> So *VG Köln*, Urt. v. 11.1.2011 – 7 K 3889/09 und *OVG NRW*, Urt. v. 11.6.2014 – 13 A 414/11.

Behandlung des Klägers mit Dronabinol und Cannabis gestützt, die sie dem *Senat* widerspruchsfrei und überzeugend vermittelt haben.<sup>7</sup>

Bereits früher war Michael F., der das von ihm für die medizinische Behandlung erforderliche Cannabis tatsächlich bereits seit langem selbst anbaute, vor dem *AG Mannheim* wegen Verstoß gegen § 29 BtMG angeklagt gewesen. Das strafrechtliche Verfahren hatte mehrere Jahre gedauert, da das *OLG Karlsruhe* als Revisionsinstanz den Freispruch des *AG* zweimal aufgehoben und die Sache ans *AG* zurückverwiesen hatte.<sup>8</sup> Schließlich hatte der dritte Freispruch des *AG Mannheim*<sup>9</sup> Bestand, der den Vorwurf des Besitzes und Anbaus von Betäubungsmitteln als gerechtfertigt im Sinne des § 34 StGB ansah, weil es für die Behandlung der Ataxie keine zugelassenen Therapiealternativen gebe und die AOK die sehr hohen Kosten für das Medikament "Dronabinol", bestehend aus THC, dem Hauptwirkstoff des Cannabis, nicht übernehme.

Noch vor der abschließenden Entscheidung des *BVerwG* in dem ersten Eigenanbau-Verfahren, deren Richtung sich bereits abzeichnete, gab es einen politischen Vorstoß aus dem Bundesgesundheitsministerium, Cannabis für medizinische Behandlungen in weiterem Umfang als durch die Ausnahmegenehmigungen des BfArM zu legalisieren und eine Möglichkeit zur Übernahme der Behandlungskosten durch die Gesetzliche Krankenversicherung zu schaffen.<sup>10</sup> Im ersten Gesetzentwurf der Bundesregierung, der am 7.1.2016 als Referentenentwurf bekannt wurde, fand sich unter „C. Alternativen“ die Motivation für das nunmehr schnelle gesetzgeberische Handeln deutlich benannt: „Ein Eigenanbau von Cannabis durch Patientinnen und Patienten kommt aus gesundheits- und ordnungspolitischer Sicht nicht in Betracht.“<sup>11</sup> Diese Überlegung hat einerseits einiges für sich, denn es ist dem Sachleistungssystem der GKV ein fremder Anspruch, Patienten dazu zu verpflichten, selbst ihre benötigten Medikamente herzustellen.<sup>12</sup> Im Falle von Cannabis werden etliche gerade der schwerstkranken Patienten dazu auch gar nicht in der Lage sein. Andererseits sichert die Möglichkeit zum Eigenanbau den Patienten die Chance im Notfall sich selbst helfen zu können, was angesichts der kritischen Haltung der Krankenkassen zu Cannabis als Medizin (dazu nachfolgend), aber auch der oft monatelangen Lieferengpässen für Cannabis<sup>13</sup> durchaus ein Wert sein kann, den gerade schwerkranke Patienten, die bislang eher schlechte Erfahrungen mit dem Krankenversorgungssystem gemacht haben und die sich eine längere Aussetzung ihrer Therapie nicht zumuten wollen, zu schätzen wissen.

Tatsächlich konnte der Gesetzentwurf, der noch ins gerichtliche Verfahren eingebracht wurde, die Entscheidung des *BVerwG* nicht verhindern; er trug aber dazu bei, dass weitere Hauptsache-Verfahren nicht zum Abschluss kamen und im Ergebnis wohl nur zwei Eigenanbaugenehmigungen tatsächlich erteilt wurden: eine an den Kläger, dessen Verfahren vor dem *BVerwG* entschieden wurde und eine an einen Schmerzpatienten, der nach einer Selbstanzeige wegen Eigenanbaus 2014 vor dem *AG Langen* angeklagt worden war.<sup>14</sup>

## II. Die strafrechtliche Auseinandersetzung um den illegalen Anbau von Cannabis zu medizinischen Zwecken

Die Verfahren um Cannabis als Medizin und die neueren rechtlichen Entwicklungen in diesem Bereich sind auch deswegen bemerkenswert, weil sie im Kontext der breiten gesellschaftlichen und juristischen Debatte über die Strafbarkeit des Cannabiskonsums und auch anderer Drogen zu sehen sind. Tatsächlich haben sich Strafgerichte in den letzten Jahren mehrfach mit der Strafbarkeit von Menschen befasst, die wegen ihrer schweren Erkrankungen zur Linderung ihrer Symptome Cannabis konsumiert haben.

Gleichzeitig erwies sich als ein Problem in den Verwaltungs- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren, in denen es um Ausnahmegenehmigungen ging, die Frage, wie mit dem zum Teil jahrelangen illegalen Konsum von Cannabis umgegangen werden sollte – das vor allem vor dem Hintergrund, dass die Cannabis-Mengen, die Patienten im Eigenanbau herstellen oder die sie sonstwie besessen haben, im Allgemeinen im Sinne des § 29a BtMG „nicht gering“ sind und daher den Verbrechenstatbestand verwirklichen, so dass in diesen Fällen der Weg zu Lösungen nach dem Opportunitätsprinzip versperrt ist.<sup>15</sup> Im Ergebnis wurde der pragmatische und sachlich wohl einzig sinnvolle Weg gewählt, den vorangegangenen illegalen Konsum bei Bedarf als Tatsache zur Kenntnis zu nehmen, beispielsweise wenn es darum ging, ob ein Patient ausreichend Sachkenntnis hat, das benötigte Cannabis zu Hause anzubauen – und stillschweigend anzunehmen, dass das Verhalten des Patienten angesichts der schweren Erkrankung und fehlender Therapiealternativen wohl gerechtfertigt gewesen sein wird.

In den Strafverfahren selbst, die zumeist aufgrund zufälliger Entdeckung eingeleitet wurden, waren die Prüfungsmaßstäbe deutlich strenger. Während die Strafrechtswissenschaft das Vertrauen in das Betäubungsmittelstrafrecht

<sup>7</sup> *OVG NRW*, Urt. v. 11.6.2014 – 13 A 414/11.

<sup>8</sup> Zuletzt *OLG Karlsruhe*, Urt. v. 24.6.2004 – 3 Ss 187/03, NJW 2004, 3645.

<sup>9</sup> *AG Mannheim*, Urt. v. 19.1.2005 – 3 Ls 310 Js 5518/02 AK 74/04.

<sup>10</sup> Die Welt v. 2.2.2015, Drogenbeauftragte: „Mehr Leute sollen Cannabis als Medizin bekommen“, <https://www.welt.de/politik/deutschland/article137033722/Mehr-Leute-sollen-Cannabis-als-Medizin-bekommen.html> (zuletzt abgerufen am 29.6.2017).

<sup>11</sup> [http://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/Downloads/Gesetze\\_und\\_Verordnungen/GuV/C/160108\\_GE\\_Cannabis\\_als\\_Medizin\\_mit\\_Cannabisagentur.pdf](http://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/GuV/C/160108_GE_Cannabis_als_Medizin_mit_Cannabisagentur.pdf) (zuletzt abgerufen am 29.6.2017).

<sup>12</sup> Vgl. auch *Duttge/Steuer*, MedR 2015, 799 (802 f.).

<sup>13</sup> Vgl. <https://sensiseeds.com/de/blog/die-niederlande-konnen-europas-cannabis-patienten-nicht-allein-versorgen/>.

<sup>14</sup> Der erste Teil des Verfahrens war Gegenstand einer teilweise erfolgreichen Verfassungsbeschwerde: *BVerfG*, Beschl. v. 11.2.2015 – 2 BvR 1694/14 –, juris. Das *LG Darmstadt* bestätigte im Nachgang die Richtigkeit seiner Entscheidung und erzwang auch durch gerichtlichen Beschl. die Zulassung der von der Staatsanwaltschaft erhobenen Anklage. Als daraufhin der Angeklagte im Eilverfahren vor dem *VG Köln* die Erteilung einer Eigenanbauerlaubnis durchsetzen konnte, stellte das *AG Dreieich* mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft das Strafverfahren nach § 153 II StPO ein.

<sup>15</sup> Vgl. *Schmidt*, NJW 2016, 2998; *Kotz/Oğlakcioğlu*, NSTz-RR 2016, 265.

(wenn sie es denn je hatte) verloren hat,<sup>16</sup> zeigen die veröffentlichten Entscheidungen, dass die geltenden Regelungen des BtMG konsequent angewandt wurden – und dies offensichtlich nicht im Bewusstsein, hier eigentlich überholte Normen anzuwenden, über die die neueren Entwicklungen im Gesundheits-Recht eigentlich hinweg gegangen sind. Auch die vom Gesetz vorgegebenen Möglichkeiten, im individuellen Verfahren zu steuern und ggf. über die Zubilligung eines rechtfertigenden oder entschuldigenden Notstandes gar nicht zu einer Strafbarkeit zu kommen, wurden nur ausnahmsweise genutzt. Die unterschiedlichen Zweige des Rechtssystems beurteilten insofern die Legitimität sowohl des Normensystems als auch des individuellen Handelns unterschiedlich – eine Diskrepanz, die sich übrigens bis in Behörden hinein auswirkte, so dass das BfArM im verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren, das schließlich 2016 zur Erteilung einer Anbaugenehmigung führte, die Auffassung vertrat, dass Cannabis-Patienten strafrechtlich nicht mehr verfolgt würden, weil ihnen regelmäßig der rechtfertigende Notstand zubilligt werden würde.<sup>17</sup>

Betrachtet man die vorstehend erwähnte Entscheidung des *OLG Karlsruhe* vom 24.6.2004, wird das deutlich, wenn gleich hier der Bezugspunkt der revisionsrichterlichen Ausführungen hauptsächlich die tatsächlichen Fragen des Falles waren: Ausgangspunkt war ein Strafverfahren gegen den an Multipler Sklerose erkrankten Michael F., bei dem 381,99 Gramm Marihuana mit einer Wirkstoffmenge von 12,76 Gramm THC gefunden worden waren. Damit war die Menge nicht gering im Sinne des BtMG. Das *AG Mannheim* hatte dem Angeklagten einen rechtfertigenden Notstand zubilligt und ihn freigesprochen, das *OLG Mannheim* hob dieses Urteil auf und verwies das Verfahren an das *AG* zurück. Um einen rechtfertigenden Notstand anzuerkennen, müsste mindestens folgendes festgestellt werden: Zum einen müsse der Cannabiskonsum geeignet sein, die Symptome, um die es dem Patienten geht, tatsächlich zu lindern; des Weiteren dürfte auch nur so viel Cannabis verwendet werden, wie erforderlich sei, um die lindernde Wirkung herbeizuführen; und die Gesundheitsbeeinträchtigung durch die Erkrankung müsste zudem ein erhebliches Ausmaß erreicht haben.

In der späteren Rechtsprechung spielte die Entscheidung des *OLG Karlsruhe* keine besondere Rolle mehr. Es schoben sich nunmehr andere Fragen in den Mittelpunkt, die vom *KG Berlin* in einem Urteil vom 5.5.2007 herausgearbeitet wurden: „Das Urteil muss ... erkennen lassen, dass die – hier dem Angeklagten ohne den Konsum des Betäubungsmittels – drohende Gefahr so exorbitant und atypisch ist, dass sie in die Erwägungen der speziellen Be-

stimmungen des Betäubungsmittelgesetzes keinen Eingang gefunden hat. Denn nur in diesem Fall dürfte eine Situation vorliegen, in der das individuell beeinträchtigte Interesse das durch die gesetzliche Spezialregelung geschützte wesentlich überwiegt. Um eine revisionsrechtliche Prüfung zu ermöglichen, muss das Urteil daher eine präzise Darstellung der körperlichen und seelischen Verfassung des Angeklagten zum Zeitpunkt der Tat enthalten, die ärztlich verordnete Therapie und deren Wirkung beschreiben und nicht nur eingehend darlegen, welche Versuche der Angeklagte unternommen hat, um sich auf legalem Wege Linderung zu verschaffen, sondern auch mitteilen, ob und in welchem Umfang der Konsum der Betäubungsmittel zu einer nicht nur unerheblichen Verbesserung der Verfassung des Angeklagten geführt hat bzw. hätte führen können“.<sup>18</sup>

Im Fall des Patienten, der sich selbst wegen Eigenanbaus von Cannabis angezeigt hatte, wurden seitens der Justiz die Anforderungen an einen denkbaren rechtfertigenden Notstand noch höher angesetzt. Der Generalbundesanwalt äußerte hier in seiner Stellungnahme zur Verfassungsbeschwerde, dass der Verwaltungsrechtsweg hätte zu Ende beschränkt werden müssen, womit auch die Möglichkeit gemeint war, Eilrechtsschutz zur Erlangung einer Eigenanbau-Genehmigung zu erhalten. Das *BVerfG* selbst erkannte – ohne Erläuterung im Detail –, dass sich ein Notstand nicht derart aufgedrängt habe, um bereits von einem Anfangsverdacht abzusehen.<sup>19</sup>

Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Angeschuldigte in dem seit 2014 geführten Verfahren nicht nur über eine ärztliche Empfehlung<sup>20</sup> verfügte, seine Symptome mit Cannabis zu behandeln. Er verfügte auch über eine Ausnahme-Genehmigung nach § 3 BtMG zum Besitz und Verbrauch von Cannabis durch das Bundesamt für Arzneimittel.<sup>21</sup> Diese Ausnahmegenehmigung erteilte die Bundesoberbehörde nur, wenn Therapiealternativen nicht zur Verfügung stehen und die Schwere der Erkrankung eine Behandlung aber dringend erfordert. Damit stand für den Angeschuldigten fest, dass er keine aussichtsreiche Möglichkeit hatte, auf legalem Wege Cannabis zur Linderung seiner Symptome zu erhalten. Da er sich aber das erforderliche Cannabis, das er auch erwerben, besitzen und konsumieren durfte, als Hartz-IV-Empfänger aus der Apotheke nicht leisten konnte, blieb ihm fürs Erste nur die Alternative, unversorgt zu bleiben oder auf eigene Faust anzubauen. Er hatte in diesem Zusammenhang sogar einen Antrag auch auf die Genehmigung des Eigenanbaus gestellt – dieser konnte aber ohne eine höchstrichterliche Entscheidung zu keinem Erfolg führen. Tatsächlich war auch ein Antrag auf die (zeitlich befristete) Erteilung einer Eigenanbaugenehmigung angesichts der Rechtsprechung

<sup>16</sup> Eindrucksvoll hier die von 122 Strafrechtsprofessorinnen und Strafrechtsprofessoren unterzeichnete Erklärung des Schildower Kreises von 2013, die eine Überprüfung der Wirksamkeit des BtMG verlangt.

<sup>17</sup> Ein Einwand, der für Staatsanwaltschaft und Gericht im Übrigen keinen Anlass gab, mit Blick auf den Angeklagten von der Möglichkeit eines unvermeidbaren Erlaubnisirrtums auszugehen.

<sup>18</sup> *KG Berlin*, Urt. v. 5.5.2007 – (3) 1 Ss 36/07 (20/07), NJW 2007, 2425.

<sup>19</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 11.2.2015 – 2 BvR 1694/14 –, vgl. dazu Anm. Tolmein, medstra 6/2015, 362 f.

<sup>20</sup> Cannabis war zu diesem Zeitpunkt aufgrund seiner Listung in Anlage I des BtMG von der ärztlichen Verordnung ausgeschlossen.

<sup>21</sup> Über einen Fall, in dem die Erlaubnis zum Besitz von Cannabis erst im laufenden Ermittlungsverfahren eingeholt wurde und eine Eigenanbaugenehmigung erst im laufenden Strafverfahren beantragt worden war, entschied das *LG Potsdam*, Urt. v. 6.10.2016 – 27 Ns 54/16 und verurteilte zu 90 Tagessätzen à 30 EUR, da das Gericht auch von zumutbaren Therapiealternativen ausging.

der zuständigen Gerichte zu diesem Zeitpunkt aussichtslos, weil sie davon ausgingen, dass der Behörde ein Ermessensspielraum verbleibe, sie also nicht zur Erteilung einer Erlaubnis verpflichtet werden könnte.<sup>22</sup>

Der Beschuldigte hatte mithin – entgegen der Auffassung des *LG Darmstadt* und des GBA – alle Möglichkeiten ausgeschöpft, sein zur Behandlung seiner Erkrankung erforderliches Tun zu legalisieren. In dieser Situation griff er zusätzlich zu dem Mittel, sich an die politischen Verantwortlichen und an die Polizei zu wenden, um so auf seine verzweifelte Lage aufmerksam zu machen und auch seiner rechtstreuen Gesinnung gemäß zu handeln, der es widerstrebt, im Heimlichen zu verbleiben. Selbst wenn man in dieser Konstellation nicht zwingend davon ausgehen sollte, dass ein rechtfertigender oder entschuldigender Notstand vorliegt, erscheint doch das verwirkte Unrecht angesichts des Vorliegens der Ausnahmegenehmigung und der Beantragung der Eigenanbauerlaubnis sowie der klaren Zweckbestimmung des Eigenanbaus zur medizinischen Selbsttherapie ausgesprochen gering. Den Unrechtsgehalt der in § 29 Abs. 5 BtMG geregelten Fallgruppe konnte es keinesfalls übersteigen, auch wenn es angesichts der medizinischen Erfordernisse des Patienten um größere, aber eben durch den medizinischen Eigenbedarf begrenzte Mengen ging.

In diesem Zusammenhang sollte zumindest die Entscheidung des *BGH* in Strafsachen in den Blick genommen werden, der zufolge die Einfuhr und Überlassung von Betäubungsmitteln, um damit einem schwerkranken Patienten den Suizid zu ermöglichen, im besonderen Einzelfall zu einer Verengung des Ermessens des Tatrichters führen kann, so dass allein eine Verwarnung mit Strafvorbehalt in Betracht kommt<sup>23</sup> – es wäre schwerlich nachvollziehbar, wenn der Unrechtsgehalt einer gezielt zum Tode führenden Suizidassistenten durch einen Verstoß gegen § 29 BtMG geringer bewertet werden dürfte als die unter Verstoß gegen § 29 BtMG erfolgende medizinisch erforderliche Selbstbehandlung eines unter schweren Schmerzen leidenden Patienten, für den diese Form der Selbstbehandlung zu diesem Zeitpunkt die einzige Möglichkeit darstellte.

Das *AG Langen* entschied, die später erhobene Anklage der Staatsanwaltschaft Darmstadt nicht zuzulassen, weil es einen Freispruch wegen entschuldigenden Notstandes als überwiegend wahrscheinlich ansah. Im nachfolgenden Klageerzwingungsverfahren ordnete das *LG Darmstadt* die Zulassung der Anklage an – obwohl mittlerweile auch bekannt war, dass der Gesetzgeber die medizinische Anwendung von Cannabis legalisieren wollte.<sup>24</sup> Angesichts der mit § 31 Abs. 6 SGB V vorhandenen Möglichkeit, Cannabis nicht nur verordnet, sondern auch von der Krankenkasse bezahlt zu bekommen, dürfte sich die Bedeutung von Strafverfahren gegen Patienten, die Cannabis benötigen, zumindest vorerst verringern.

### III. Die Auswirkungen der neuen gesetzlichen Regelung

Die neue gesetzliche Regelung sollte, das lässt sich im Gesetzgebungsverfahren deutlich nachzeichnen, patientenfreundlich ausgestaltet werden. Damit mussten die Rechte der individuellen Patienten gegenüber den Krankenkassen, die als Kostenträger fungieren, gestärkt werden. Das war hier auch deswegen erforderlich, weil das Gesetz in einiger Hinsicht die Bemühungen der Krankenkassen und des G-BA unterläuft, der evidenzbasierten und effizienzorientierten, an Standards ausgerichteten Medizin das Terrain zu bereiten und die tradierte Medizin, in der eine oftmals schwer überprüfbare, stark individuell orientierte Heilkunst dominiert, zurückzudrängen.

Das Gesetz ermöglicht Ärztinnen und Ärzten, Arzneimittel auf Cannabis-Basis (einschließlich getrockneter Blüten und standardisierter Extrakte) zu verschreiben. Dabei ist insbesondere § 13 Abs. 1 Satz 1 BtMG zu berücksichtigen, der die Verschreibung davon abhängig macht, dass der beabsichtigte Zweck auf andere Weise nicht erreicht werden kann. Weiterhin ist die Betäubungsmittelverschreibungsverordnung (BtMVV) einzuhalten. Es ist dabei zu unterscheiden zwischen der Möglichkeit, Arzneimittel auf Cannabis-Basis zu verschreiben, die an keine weitere medizinische Voraussetzung geknüpft ist als an § 13 Abs. 1 S. 1 BtMG, und der Erstattung der Kosten durch die GKV, die die Mitgliedschaft in einer gesetzlichen Krankenkasse und die Voraussetzungen des neuen § 31 Abs. 6 SGB V bedingt.

Als erste Leistungsvoraussetzungen verlangt § 31 Abs. 6 SGB V, dass eine „*schwerwiegende Erkrankung*“ vorliegt. Diese Voraussetzung erscheint sachgerecht – anders als die gegenwärtige Anforderung für Behandlungen im Off-Label-Use in § 2 Abs. 1a SGB V. Dieser verlangt insoweit deutlich weitergehend das Vorliegen einer „regelmäßig tödlichen Erkrankung oder mit einer zumindest wertungsmäßig vergleichbaren Erkrankung.“ Diese Anforderung, zumal in der restriktiven Auslegung des BSG, führt dazu, dass der Anwendungsbereich des § 2 Abs. 1 lit. a SGB V außerordentlich (und unangemessen) eng ist. Das BSG verlangt eine „notstandsähnliche Situation“, d.h. einen „Zeitdruck“, wie er „typisch für akuten Behandlungsbedarf zur Lebenserhaltung“ ist. Es muss eine große Wahrscheinlichkeit des drohenden tödlichen Krankheitsverlaufs innerhalb eines kürzeren überschaubaren Zeitraums vorliegen: „Das bedeutet, dass nach den konkreten Umständen des Falles bereits drohen muss, dass sich der voraussichtlich tödliche Krankheitsverlauf innerhalb eines kürzeren, überschaubaren Zeitraums mit großer Wahrscheinlichkeit verwirklichen wird. Ähnliches kann für den gegebenenfalls gleichzustellenden, nicht kompensierbaren Verlust eines wichtigen Sinnesorgans oder einer

<sup>22</sup> So *VG Köln*, Beschl. v. 13.11.2011 – 7 L 1172/11; *OVG NRW*, Beschl. v. 16.11.2011 – 13 B 1198/11.

<sup>23</sup> *BGH*, Urt. v. 7.2.2001 – 5 StR 474/00, NJW 2001, 1802 ff.

<sup>24</sup> Nachdem im Dez. 2015 angesichts der veränderten Gesamtlage auch der Ausgang eines eA-Verfahrens nicht mehr völlig klar schien, stellte der Angeklagte einen entsprechenden Antrag beim

*VG Köln*, der mit einem Vergleich endete, der die Anbauerlaubnis für den Antragsteller umfasste. Da nunmehr der Angeklagte vor dem *AG Langen* für etwas hätte verurteilt werden müssen, was ihm nunmehr offiziell erlaubt worden war, drängte das *AG* auf Einstellung des Verfahrens nach § 153 StPO.

herausgehobenen Körperfunktion gelten.<sup>25</sup> Schmerzpatienten und andere schwerkranke Patienten mit einer längeren Lebenserwartung – für die sich die rechtliche Unmöglichkeit bei der Kostenübernahme insofern sogar besonders schwerwiegend zeigen, weil sie unter Umständen jahrelang unter den erheblichen Folgen zu leiden haben – hatten und haben daher bis heute allenfalls vereinzelt in Eilverfahren eine Chance auf eine Kostenübernahme auf Basis der Anforderungen des aktuell geltenden § 2 Abs. 1 lit. a SGB V, während § 31 Abs. 6 SGB V hier ein angemessen weiter gefasstes Anwendungsspektrum eröffnet.

Des Weiteren verlangt § 31 Abs. 6 Nr. 1 SGB V, dass eine „allgemein anerkannte, dem medizinischen Standard entsprechende Leistung nicht zur Verfügung steht“ oder dass „im Einzelfall nach der begründeten Einschätzung der behandelnden Vertragsärztin oder des behandelnden Vertragsarztes unter Abwägung der zu erwartenden Nebenwirkungen und unter Berücksichtigung des Krankheitszustandes der oder des Versicherten nicht zur Anwendung kommen kann.“ Zudem muss eine nicht ganz entfernt liegende Aussicht auf eine spürbar positive Einwirkung auf den Krankheitsverlauf oder auf schwer wirkende Symptome bestehen.

Auch diese Anforderungen sind deutlich geringer als in § 2 Abs. 1 lit. a SGB V: Die geplante Formulierung „oder auf schwer wirkende Symptome“ ermöglicht die Erbringung der Leistung zulasten der gesetzlichen Krankenversicherung nicht nur für den bislang geregelten Fall, dass eine nicht ganz entfernt liegende Aussicht auf Heilung oder auf eine spürbare positive Einwirkung auf den Krankheitsverlauf besteht. Sie greift auch, wenn bei schwerkranken Patienten, zum Beispiel Palliativpatienten, die Behandlung rein symptomatisch wirkt und damit den Patienten ihr Leben erleichtert.

Gem. § 31 Abs. 6 S. 2 SGB V bedarf die Leistung bei der ersten Verordnung für eine Versicherte oder einen Versicherten der nur in begründeten Ausnahmefällen abzulehnenden Genehmigung der Krankenkasse, die vor Beginn der Leistung zu erteilen ist. Das Genehmigungserfordernis der Krankenkassen spielte schon bei der Anhörung des Gesetzentwurfes im Gesundheitsausschuss des Deutschen Bundestages eine wichtige Rolle. Einige Experten äußerten die Befürchtung, dass die Gesetzliche Krankenversicherung die Genehmigungserfordernisse nutzen könnten, um die geplante Regelung zu unterlaufen.<sup>26</sup> Der Gesetzgeber strich die Genehmigungserfordernisse zwar nicht, ergänzte den vorgelegten Wortlaut aber um die Regelung, dass eine ärztlich verordnete Behandlung mit medizinischen Cannabis nur abgelehnt werden darf, wenn ein begründeter Ausnahmefall vorliegt. Nach der Empfehlung des Gesundheitsausschusses soll durch den § 31 Abs. 6 S. 2 SGB V so „[...] die Versorgung von Versicherten mit schwerwiegenden Erkrankungen durch den Anspruch auf Cannabis nach S. 1 verbessert werden. Die

Genehmigungsanträge bei der Erstversorgung der Leistung sind daher nur in begründeten Ausnahmefällen von der Krankenkasse abzulehnen. Damit wird auch der Bedeutung der Therapiehoheit des Vertragsarztes oder der Vertragsärztin Rechnung getragen.“<sup>27</sup>

In der Anwendung des neuen Rechts dominieren nun – nicht überraschend – die Probleme: Der Medizinische Dienst der Krankenversicherung (MDK), den die Krankenkassen regelmäßig bei der Prüfung der Erstverordnung hinzuziehen, blendet das vom Gesetzgeber vorgegebene Ausnahme-/Regelverhältnis einfach aus – ohne weitere Begründung verweist er auf einzelnen Medikamente oder Medikamentengruppen, die noch nicht eingesetzt worden seien – und verhindert so die Genehmigung der Verordnung der Cannabismedikation. Zwar liegen keine Zahlen vor, es spricht aber einiges dafür, dass derzeit die Mehrzahl der Anträge nicht genehmigt wird. Selbst die Fälle, in denen das BfArM bereits früher eine Ausnahmegenehmigung nach § 3 BtMG erteilt hat und wo zum Teil jahrelang erfolgreich mit Cannabis behandelt wurde, werden nun unter der Prüfungsägide des MDK neu aufgerollt und mit Verweis auf nicht ausgeschöpfte alternative Behandlungsmöglichkeiten zurückgegeben, was dazu führt, dass eine Vielzahl von Eilverfahren auf den Weg gebracht werden.

Dieser Trend wird dadurch verstärkt, dass Ärzte sich häufig darauf beschränken, in den ihnen übermittelten Arztfragebögen des MDK den Behandlungswunsch der Patienten mit Cannabis wiederzugeben und ansonsten pauschal auf faktische Therapieerfolge mit Cannabis zu verweisen und genauso pauschal darauf hinzuweisen, dass andere Therapien „stark belastende Nebenwirkungen mit sich gebracht“ hätten. Das ist vor allem der Unerfahrenheit vieler behandelnder Ärzte mit Cannabis zuzurechnen – schließlich war Cannabis nie verschreibungsfähig, sein Einsatz spielte weder in der ärztlichen Ausbildung eine Rolle noch gibt es ausreichende, fundierte Fachliteratur, auf die sich die Mediziner stützen könnten. Auch die Forschungslage ist dürftig.

Im Ergebnis wird es nun die sozialgerichtliche Rechtsprechung in der Hand haben, das Gesetz zum Erfolg oder zum Scheitern zu bringen. In den Eilverfahren zeichnet sich derzeit ab, dass mit unterschiedlich hohen Anforderungen an die Darlegung der fehlenden Therapiealternativen bzw. deren Unzumutbarkeit den Krankenkassen oft eine Leistungspflicht auferlegt wird. Bislang gibt es aber keine einzige obergerichtliche Entscheidung dazu und, bei einer Verfahrensdauer von vier bis sieben Jahren bis zum *BSG*, erst recht keine höchstrichterliche Rechtsprechung in der Hauptsache.

Die interessante Frage ist, wohin das führen kann. Die Rechtsprechung des *BVerwG* zum Eigenanbau steht unter der Maßgabe, dass eine Cannabis-Behandlung faktisch für den jeweiligen Patienten nicht zur Verfügung steht, der ihrer bedarf, weil es keine zumutbare Therapiealternative

<sup>25</sup> *BSG*, Urt. v. 16.12.2008 – B 1 KN 3/07 KR R.

<sup>26</sup> Vgl. das Wortprotokoll der 87. Sitzung des Ausschusses für Gesundheit am 21.9.2016, Protokoll 18/87, S. 7 (15).

<sup>27</sup> BT-Drs. 18/10902, S. 20.

gibt. Da grundsätzlich eine Kostenübernahmepflicht der Krankenkassen besteht, wird es schwierig – wenn auch möglicherweise im Einzelfall nicht ausgeschlossen sein, diesen Nachweis zu führen. Ähnlich sieht es auch mit den Strafverfahren aus: Wenn ein dringend behandlungsbedürftiger Patient Cannabis selbst anbaut, weil er es von der Krankenkasse nicht erstattet erhält und auch innerhalb zumutbaren Zeitraumes keine Eigenanbaugenehmigung erhält und weder sozialgerichtlich noch verwaltungsgerichtlich ausreichend schnell Rechtsschutz erreichen kann, müsste das auch weiterhin als rechtfertigender Notstand anerkannt werden – die Chancen dafür stehen allerdings eher schlecht.

#### IV. Ausblick

Wie also ist die Lage für behandlungsbedürftige Patienten derzeit? Und was bewirkt das neue Gesetz im steten Kampf um die Legalisierung von Cannabis überhaupt? Hat es sie vorangetrieben?

Die Lage für manche der behandlungsbedürftigen Patienten hat sich durch die neue rechtliche Lage vermutlich verbessert: Sie erhalten nun als Sachleistung der Krankenversicherung, was sie bislang erstreiten und in Heimarbeit selbst anbauen mussten. Dabei dürfte es sich aber um eine Minderheit handeln – das Gros derer, die Cannabis als Mittel der Wahl einsetzen möchte hat gegenwärtig hohe Hürden zu überwinden und könnte vielleicht ganz scheitern. Damit zahlen sie den Preis dafür, dass das neue Gesetz nach wie vor nicht als das aufgefasst wird, was es ist: als eine Modifikation des Leistungsrechts der GKV für die Patienten, denen mit standardisierten und evidenzbasierten Behandlungsmethoden und -mitteln nicht ausreichend oder gar nicht geholfen werden kann. Der Gesetzgeber ist hier dazu aufgefordert, nachzubessern. Andernfalls könnten die Eigenanbau-Bestrebungen in eine zweite Runde gehen müssen – weil für schwerkranke Patienten das erforderliche Cannabis als Medizin immer noch nicht zur Verfügung steht.

Wie die nach Verabschiedung des Gesetzes verschiedentlich – mit positiver Konnotation oder abfällig gemeinten – verwendeten Formulierungen in der Art von „Kiffen auf Rezept erlaubt“ deutlich machen, ist diese Debatte vielfach als Teil der Debatte um eine umfassende Legalisierung von Cannabis oder gar Betäubungsmitteln überhaupt verortet. Das mag die Anti-Prohibitionsbestrebungen deutlich stärken, die Position der Patienten wird dadurch zumindest bis auf Weiteres eher geschwächt, weil zumindest in der verfassten Ärzteschaft und bei den Kassen wenig Bereitschaft besteht, hier bahnbrechend zu wirken. Dazu kommt, dass der Einsatz insbesondere von Cannabisblüten quer zu den aktuellen Entwicklungen in der modernen naturwissenschaftlichen Medizin steht, weil hier aufgrund der fehlenden standardisierten Dosierungsmöglichkeiten und wegen der Vielzahl der Wirkstoffe in der Pflanze klare Kausalitäten eines Behandlungserfolgs und die für die Evidenzforschung so wichtigen eindeutigen Ursache-Wirkungsbeziehungen nicht feststellbar sind.

Immerhin bietet der nunmehr leichter mögliche, wenn gleich noch immer im Einzelfall zu erkämpfende Einsatz von Cannabis als Medizin die Möglichkeit, die Debatte über Betäubungsmittel und deren Einsatzmöglichkeiten zu versachlichen und sich durch die Ansammlung von Erfahrungswissen, aber auch durch intensiviertere Forschung mit den Wirkungsweisen und Wirkungsmöglichkeiten dieses Betäubungsmittels besser vertraut zu machen. Ob dann am Ende eine nüchterne Anerkennung des bemerkenswerten therapeutischen Potenzials steht, eine Entzauberung der Droge, auf die viele große Hoffnungen gesetzt haben, oder ob die Legalisierung von Cannabis als Medizin ein Schritt zur umfassenden Legalisierung ist, erscheint gegenwärtig noch schwer absehbar.

## Die Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung – ein Ehrgeizprojekt oder: Höher, schneller, weiter... das neue Abschöpfungsrecht aus Sicht des Strafverteidigers

von FASrR, Rechtsanwalt Markus Meißner\*

### Abstract

Mit dem am 1.7.2017 in Kraft getretenen VermAbschRÄndG wurde das bisherige Regelungswerk der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung grundlegend reformiert. Dies gilt sowohl für die materiellen Vorschriften als auch für das Verfahrensrecht. So wurde etwa mit dem Abschied von dem bisherigen Modell der „Rückgewinnungshilfe“ die Opferentschädigung vollständig neu geregelt. Weiterhin hat der Gesetzgeber die vor der Reform bestehenden Abschöpfungsmöglichkeiten erheblich erweitert. Neue Abschöpfungsinstrumente wurden geschaffen. Im Gesetzgebungsverfahren schlug dem Reformvorhaben nicht nur von Seiten der Anwaltschaft, sondern auch von Seiten der Justiz deutliche Kritik entgegen. In dem Beitrag werden die wichtigsten Änderungen des Gesetzes in einem Überblick zunächst dargestellt, um diese dann kritisch zu beleuchten. Der Autor wirft hierbei die Frage auf, inwieweit durch den in der Höhe unlimitierten Zugriff des Staates auf vermeintlich inkriminierte Vermögenswerte die Vermögensstrafe faktisch wieder in das StGB eingeführt wurde.

### I. Überblick über die Reform

#### 1. Gang des Gesetzgebungsverfahrens

Bereits die entsprechenden Ankündigungen im Koalitionsvertrag zwischen CDU/CSU und SPD aus dem Jahre 2013 klangen ambitioniert. Bei „Vermögen unklarer Herkunft“ solle zukünftig der von der Abschöpfung Betroffene den legalen Erwerb sichergestellter Vermögenswerte nachweisen müssen, will er deren Einziehung durch den Staat vermeiden. Auch werde die Erleichterung der vorläufigen Sicherstellung von Vermögenswerten sowie die Schaffung einer Möglichkeit angestrebt, zukünftig auch nach rechtskräftigem Abschluss eines Strafverfahrens Vermögen noch mit den Mitteln des Strafrechts abschöpfen zu können.

In der Folge wurde in einem ersten Schritt am 9.3.2016 aus dem Hause des Bundesministeriums für Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) zunächst ein Referentenentwurf vorgelegt, dessen Inhalt mit lediglich geringfügigen

Änderungen dann am 13.7.2016 in einen Regierungsentwurf übernommen wurde.

Das Gesetzgebungsverfahren nahm daraufhin seinen Lauf und kurz vor Ende der aktuellen Legislaturperiode verabschiedete der Deutsche Bundestag am 13.4.2017 das Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung – VermAbschRÄndG<sup>1</sup>, welches zum 1.7.2017 in Kraft trat und eine grundlegende Neuregelung des bisherigen Regelungswerks der Vermögensabschöpfung darstellt. Mit einer Übergangsvorschrift wurde zudem geregelt, dass das Meistbegünstigungsprinzip des § 2 Abs. 5 i. V. m. Abs. 3 StGB keine Anwendung finden soll, so dass die neuen Vorschriften grundsätzlich auch für bereits laufende Verfahren gelten.

#### 2. Ziele der Reform

Bereits ein erster Blick in die Gesetzesbegründung macht die Zielsetzung des Reformvorhabens deutlich. Unter dem Motto „Verbrechen darf sich nicht lohnen“ sollen die Möglichkeiten der Vermögensabschöpfung maximiert werden. Das Instrumentarium der Vermögensabschöpfung soll von Gerichten, Staatsanwaltschaften und Polizei zukünftig nicht nur wesentlich häufiger, sondern auch konsequenter angewandt werden, um so im einzelnen Fall das vom Gesetzgeber verfolgte kriminalpolitische Ziel einer vollständigen Vermögensabschöpfung zu erreichen. Gleichzeitig dient die Reform der Umsetzung der europäischen Richtlinie 2014/42/EU in innerstaatliches Recht.

#### 3. Wesentliche Inhalte des Gesetzes

Das Recht der Vermögensabschöpfung erfährt durch die Reform weitgehende Änderungen sowohl im materiellen als auch im prozessualen Recht. Ungelöste Fragestellungen, die die Rechtsprechung unter dem bisher geltenden Recht beschäftigt haben, sollten gesetzgeberisch geklärt werden. Es würde den Umfang eines Aufsatzes sprengen, sämtliche Vorschriften des neuen Gesetzes darzustellen und zu erläutern. Allein der Text des VermAbschRÄndG

\* Der Autor ist Fachanwalt für Strafrecht in der Kanzlei DMS Duchon, Meißner, Schüttrumpf in München.

<sup>1</sup> BGBl. I 2017 Nr. 22, S. 872.

umfasst 23 Seiten und der Regierungsentwurf ist 128 Seiten stark. An dieser Stelle sollen daher nur die wichtigsten Vorschriften der neuen gesetzlichen Regelung beleuchtet werden.

#### a) Vorläufige Sicherstellung

Folgt man der Gesetzgebung im Bereich des Verfahrensrechts ein wesentliches Anliegen der Reform darin, das Instrumentarium der vorläufigen Sicherstellung (Beschlagnahme und Vermögensarrest<sup>2</sup>) zu stärken und dessen Anwendung zu erleichtern. Erreicht werden soll dies zum einen durch eine gegenüber dem alten Recht klarere systematische Abgrenzung der Vorschriften über die Beschlagnahme<sup>3</sup> und den Vermögensarrest.<sup>4</sup> Weiterhin sehen die Neuregelungen zukünftig auch eine gestufte Regelung vor, wonach sowohl in § 111b StPO (Beschlagnahme) als auch in § 111e StPO (Vermögensarrest) zukünftig bei Vorliegen dringender Gründe eine Pflicht der Strafverfolgungsbehörden zum Handeln festgeschrieben wird („Soll-Vorschrift“), wohingegen es ansonsten bei dem – den Behörden bislang eingeräumten – weiten Ermessensspielraum verbleiben soll („Kann-Vorschrift“). Eine weitere Vereinfachung soll ausweislich der Gesetzesbegründung damit erreicht werden, dass sich zukünftig die Voraussetzung des Sicherungsbedürfnisses aus der StPO unmittelbar ergibt, was den bisherigen Verweis auf die als kompliziert angesehenen Regelungen der ZPO<sup>5</sup> entbehrlich macht. Zuletzt wurde mit explizitem Verweis darauf, dass auch bei der Fortdauer von Sicherungsmaßnahmen der allgemeine Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gelte, die bisherige Vorschrift des § 111b Abs. 3 StPO a.F. gestrichen, der als spezialgesetzliche Norm in Form einer Stufenregelung an den Verdachtsgrad mit zunehmendem Zeitablauf höhere Anforderungen stellte.

#### b) Bestimmung des erlangten Etwas nach dem „Bruttoprinzip“

Auch nach der Reform der Vermögensabschöpfung hält der Gesetzgeber an dem im Jahre 1992 eingeführten „Bruttoprinzip“ fest, wobei die Neuregelung zukünftig einen zweistufigen Aufbau bei der Bestimmung des erlangten Etwas vorsieht. So sollen in einem ersten Schritt zunächst im Rahmen einer rein gegenständlichen Betrachtung diejenigen wirtschaftlich messbaren Vorteile bestimmt werden, die dem von der Einziehung Betroffenen zu irgendeinem Zeitpunkt im Zusammenhang mit der Tat tatsächlich zugeflossen sind. Die insoweit einschlägige Vorschrift des § 73 Abs. 1 StGB entspricht hierbei nahezu vollständig dem Regelungsgehalt des bisherigen § 73 Abs. 1 S. 1 StGB a.F. Lediglich durch die Verwendung des Wortes „durch“ anstelle des Wortes „aus“, soll nach dem Willen des Gesetzgebers verdeutlicht werden, dass es keiner „Unmittelbarkeit“ bedarf, sondern sich die Kausalbeziehung zwischen der Tat und dem Erlangten alleine nach den Grundsätzen des Bereicherungsrechts richtet. Erst in einem zweiten Schritt erfolgt dann die Berücksich-

tigung etwaiger Gegenleistungen oder sonstiger Aufwendungen, wenn und soweit dies nach der Wertung der insoweit einschlägigen Vorschrift des § 73d Abs. 1 StGB gerechtfertigt ist. Durch diese Neuregelung, in der der Gesetzgeber sowohl eine Stärkung wie auch eine Konkretisierung des „Bruttoprinzips“ sieht, sollen der strafrechtlichen Praxis klare Leitlinien zur Verfügung gestellt werden, welche Vermögenswerte abzuschöpfen sind. Gleichzeitig soll auch eine Vereinheitlichung der obergerichtlichen Rechtsprechung erreicht werden, nachdem in der bisherigen Rechtsprechung der *Strafsenate* des BGH zum Teil unterschiedliche Ansätze bei der Bestimmung des erlangten Etwas gewählt wurden, was in der Vergangenheit im Einzelfall zum Teil zu stark divergierenden Ergebnissen führte.

#### c) Schließung von Abschöpfungslücken

Ausweislich der Gesetzesbegründung hätte das bisherige Recht der Vermögensabschöpfung an verschiedenen Stellen „Abschöpfungslücken“ aufgewiesen, die mit dem Grundsatz „Verbrechen darf sich nicht lohnen“ nicht in Einklang zu bringen sind und daher im Rahmen der Reform zu schließen waren.

##### aa) Einziehung von nachträglich entdecktem Vermögen

In der Gesetzesbegründung wurde als Grund dafür, dass es in der Vergangenheit oftmals nicht zu einer umfassenden Vermögensabschöpfung gekommen sei, die den Wegfall der Bereicherung regelnde Vorschrift des früheren § 73c Abs. 1 S. 2 StGB a.F. ausgemacht. So hätten sich die Tatgerichte angesichts der von der obergerichtlichen Rechtsprechung aufgestellten Anforderungen an die zu treffenden Feststellungen, ob und ggfs. aus welchen Gründen zum Zeitpunkt des Urteils von einem Wegfall der Bereicherung bei dem Angeklagten im Sinne der genannten Vorschrift auszugehen ist,<sup>6</sup> bei ihrer Abschöpfungsentscheidung oftmals von vorneherein auf den Wert der sichergestellten Vermögensgegenstände beschränkt, auch wenn der ursprünglich erlangte Tatertrag unter Umständen deutlich höher war. Im Rahmen der Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung wurde die bisherige Vorschrift des § 73c Abs. 1 S. 2 StGB a.F. nunmehr gestrichen, so dass sich der Tatrichter zukünftig gar nicht mehr mit der Frage zu beschäftigen hat, ob und ggfs. aus welchen Gründen sich ein ursprünglich einmal erlangter Tatertrag zum Zeitpunkt der Einziehungsentscheidung noch oder nicht mehr in der Verfügungsgewalt des Angeklagten befindet. Vielmehr soll sich die Abschöpfungsentscheidung ausschließlich an dem Wert des ursprünglich erlangten Tatertrages orientieren. Anders ausgedrückt: Für die gerichtliche Entscheidung im Erkenntnisverfahren kommt es zukünftig überhaupt nicht mehr darauf an, ob ein Täter/Teilnehmer über die einzuziehenden Werte (noch) verfügt oder nicht. Lediglich im Falle des gutgläubigen Drittbegünstigten steht eine feststehende Entreichung bereits der tatgerichtlichen Einziehungsentscheidung gem. § 73e Abs. 2 StGB entgegen. Die Frage einer Entrei-

<sup>2</sup> Bislang: dinglicher Arrest.

<sup>3</sup> §§ 111b bis 111d StPO.

<sup>4</sup> §§ 111e bis 111g StPO.

<sup>5</sup> § 111d Abs.2 StPO a.F.

<sup>6</sup> Vgl. BGH, NSTz 2010, 86 f.

cherung wird im Übrigen vollständig in das Strafvollstreckungsverfahren verlagert und nunmehr durch § 459g Abs. 5 StPO geregelt. Nach § 459g Abs. 5 S. 1 StPO soll die Anordnung der Vollstreckung zu unterlassen sein, sofern die Entreichung des Täters oder Teilnehmers endgültig feststeht. In der Konsequenz können im Rahmen der Vollstreckung der im Erkenntnisverfahren getroffenen Einziehungsentscheidung nunmehr auch solche Vermögenswerte, welche erst im Nachhinein beim Täter oder Teilnehmer entdeckt werden, ohne Schwierigkeiten noch zu einem späteren Zeitpunkt eingezogen werden. Zu diesem Zwecke ermöglicht die Vorschrift des § 459g Abs. 3 StPO im Strafvollstreckungsverfahren u.a. Durchsuchungsmaßnahmen,<sup>7</sup> die Ausschreibung der Einziehungsanordnung zur Vollstreckung sowie die Anwendbarkeit der vorläufigen Sicherungsinstrumente. Grenzen in zeitlicher Hinsicht setzt der Vollstreckung der Einziehungsentscheidung lediglich die Vorschrift des § 76b StGB, welche die Möglichkeit der Einziehung von der strafrechtlichen Verjährung abkoppelt und für die Vermögensabschöpfung eine eigenständige Verjährungsfrist von 30 Jahren vorsieht.

*bb) (nachträgliche) selbständige Vermögensabschöpfung*  
Bereits die frühere Vorschrift des § 76a StGB eröffnete die Möglichkeit einer selbständigen Anordnung von vermögensabschöpfenden Maßnahmen, wobei insoweit jedoch zwischen Maßnahmen ohne Sicherheitscharakter (insbesondere Verfall bzw. erweiterter Verfall) einerseits und Maßnahmen mit Sicherheitscharakter (etwa Einziehung von gefährlichen Tatmitteln) andererseits differenziert wurde. Nach altem Recht war eine selbständige Vermögensabschöpfung stets dann möglich, wenn ein Strafverfahren gegen den Betroffenen aus tatsächlichen Gründen nicht durchgeführt werden konnte – etwa weil dieser vor rechtskräftigem Verfahrensabschluss verstarb oder flüchtig war. Demgegenüber war insbesondere die Anordnung des (erweiterten) Verfalls dann nicht möglich, wenn ausschließlich rechtliche Gründe der Durchführung des Strafverfahrens entgegenstanden. Ein europarechtlicher Reformbedarf ergab sich insoweit bereits daraus, dass Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2014/42/EU die Schaffung einer selbständigen Einziehungsmöglichkeit von Taterträgen auch für die Fallkonstellation verlangt, dass ein Strafverfahren wegen dauernder Verhandlungsunfähigkeit des Angeklagten eingestellt wird.

Die Neuregelung des § 76a StGB hebt die bisherige Differenzierung zwischen Maßnahmen mit und ohne Sicherheitscharakter auf, so dass die Anordnung der (erweiterten) Einziehung zukünftig gem. § 76a Abs. 1 StGB auch dann in Betracht kommt, wenn der Durchführung eines Verfahrens gegen eine bestimmte Person rechtliche Gründe entgegenstehen. Unbestritten erfasst die vorgenommene Änderung damit auch die in der EU-Richtlinie genannte Fallkonstellation der Verfahrenseinstellung wegen (dauernder) Verhandlungsunfähigkeit gem. § 206a StPO. Jedoch führt sie auch darüber hinaus noch zu einer deutlichen Ausweitung des Anwendungsbereichs der

Vorschrift. So steht der selbständigen Einziehung zukünftig beispielsweise auch der rechtliche Grund des Strafkla-geverbrauchs nicht mehr entgegen, was zur Folge hat, dass eine nachträgliche Einziehung nunmehr auch im Nachgang eines rechtskräftigen Strafverfahrens, in dem eine Entscheidung über die Einziehung nicht getroffen wurde, noch in Betracht kommt. § 76a Abs. 2 StPO regelt in diesem Zusammenhang, dass eine solche selbständige Einziehung nicht an die strafrechtliche Verjährung gekoppelt ist, so dass auch der Eintritt der strafrechtlichen Verjährungsfrist der Einziehung nicht entgegensteht. Eine zeitliche Grenze stellt auch hier lediglich die 30-jährige Verjährungszeit aus der eigenständigen Verjährungsvorschrift des § 76b StGB dar.

*cc) Erweiterte Vermögensabschöpfung ohne Straftatkat-alog*

Während der erweiterte Verfall bislang ausschließlich bei einer Verurteilung wegen ganz bestimmter, in der Regel banden- oder gewerbsmäßig begangener (Katalog)taten in Betracht kam,<sup>8</sup> weitet § 73a StGB den Anwendungsbe- reich der erweiterten Einziehung nunmehr auf sämtliche rechtswidrige Delikte aus. Notwendig ist nunmehr einzig die uneingeschränkte richterliche Überzeugung von der il-legalen Herkunft der Gegenstände.

*dd) Verurteilungsunabhängige Einziehung bei Vermö- gen unklarer Herkunft*

Mit Einführung des § 76a Abs. 4 StGB<sup>9</sup> hat der Gesetz-geber die neue Möglichkeit geschaffen, Vermögensgegen-stände auch dann (selbstständig) einzuziehen, wenn dem Betroffenen, bei dem diese sichergestellt wurden, eine rechtswidrige Tat nicht nachgewiesen werden kann. An-ders als bei der zuvor geschilderten erweiterten Einzie- hung, die die Verurteilung wegen einer konkreten recht- widrigen Tat voraussetzt, bedarf es bei der verurteilungs- unabhängigen Einziehung des § 76a Abs. 4 StGB – wie der Name bereits sagt – eines solchen Schuldspruches nicht, so dass diese auch im Falle eines Freispruchs oder aber einer Verfahrenseinstellung gem. § 170 Abs. 2 StPO in Betracht kommt. Die Anwendung dieser (selbständi- gen) Einziehungsmöglichkeit ist lediglich an das Vorlie- gen des Tatverdachts im Sinne eines vorgegebenen Straf- tatenkatalogs gebunden. Der Tatrichter muss nunmehr nicht mehr davon überzeugt sein, dass der einzuziehende Vermögenswert aus einer bestimmten, konkretisierten rechtswidrigen Tat stammt, sondern nur noch davon, dass dieser von illegaler Herkunft ist. Die für die selbständige Einziehung maßgeblichen Verfahrensvorschriften finden sich künftig in den §§ 435 ff. StPO. Die Vorschrift des § 437 StPO sieht im Zusammenhang mit der richterlichen Überzeugungsbildung von der deliktischen Herkunft des Vermögensgegenstandes eine Art „Anscheinsbeweis“ vor, welcher faktisch zu einer Beweislastumkehr führt. So kann das Gericht gemäß § 437 Abs. 1 S. 1 StPO seine Überzeugung, dass der Gegenstand aus einer rechtswidri- gen Tat stammt, etwa darauf stützen, dass der Vermögens- wert in einem groben Missverhältnis zu den rechtmäßigen Einkünften des Täters steht. Dem von der Einziehung Be-

<sup>7</sup> Expliziter Verweis auf die §§ 102 - 110 StPO.

<sup>8</sup> § 73d Abs. 1 S. 1 StGB a.F.

<sup>9</sup> In Verbindung mit den §§ 435 ff. StPO.

troffenen wird damit faktisch auferlegt, den legalen Erwerb möglicher Einziehungsgegenstände nachzuweisen, will er den sich aus der Beweisregel des § 437 StPO ergebenden Anschein der illegalen Herkunft der Vermögenswerte entkräften.

#### d) Reform der Opferentschädigung

Nach dem im bisherigen Recht angelegten Modell der Opferentschädigung in Form der „Rückgewinnungshilfe“ hatten bislang aus der Tat erwachsende zivilrechtliche Ansprüche von Verletzten Vorrang, so dass ein strafgerichtlicher Verfall in den Fallkonstellationen nicht anzurufen war, wenn derartige Ansprüche im Raum standen. Die Opferentschädigung wird durch die Reform vollständig neu geregelt. Die vormals zentrale Vorschrift des § 73 Abs. 1 S. 2 StGB a.F. wurde ersatzlos gestrichen, der Gesetzgeber hat sich damit vom bisherigen Modell der „Rückgewinnungshilfe“ verabschiedet. Zukünftig soll im Erkenntnisverfahren eine staatliche Einziehungsentscheidung auch dann getroffen werden, wenn Ansprüche Verletzter im Raum stehen. Eine Entschädigung kann ein Opfer dann entweder gem. § 459g StPO im Strafvollstreckungsverfahren oder aber gem. § 111i StPO im Insolvenzverfahren erreichen. Welcher der beiden Wege einzuschlagen ist, hängt davon ab, ob der Wert der sichergestellten Vermögensgegenstände sämtliche Schadensersatzansprüche abdeckt oder nicht. Ausweislich der Gesetzesbegründung verspricht sich der Gesetzgeber hiervon insbesondere eine Abschaffung des im alten Recht angelegten „Windhundrennens“, wonach im Falle, dass der Wert der sichergestellten Gegenstände nicht ausreichte, alle Verletzten zu befriedigen, zwangsläufig derjenige leer ausging, der zu spät einen zivilrechtlichen Titel gegen den Angeklagten erwirkte. Wie bisher besteht eine Ausnahme für bewegliche Gegenstände, welche so schnell wie möglich an die Opfer zurückgegeben werden sollen.<sup>10</sup> Damit einhergehend versucht die Reform für zwei Punkte klärende Bestimmungen zu treffen. Zum einen wird in den § 111b Abs.1 und § 111e Abs. 1 StPO normiert, dass eine vorläufige Einziehung oder Wertersatzeinziehung ausdrücklich nur „zur Sicherung der Vollstreckung“ erfolgen soll. Verletzter kann damit nur sein, wer einen Anspruch aus der Tat hat, die Verfahrensgegenstand einer solchen Anordnung ist. Zum anderen handelt es sich um einen Rückgewähranspruch, der sich auf das Erlangte oder eines dieses Erlangten entsprechenden Geldbetrags erstreckt, mit der Folge, dass etwaige Schmerzensgeldansprüche somit nicht erfasst werden.

## II. Thesen

### 1. Höher

Die Tatgerichte werden unter der Geltung des neuen Abschöpfungsrechts höhere Einziehungsentscheidungen treffen – und zwar auch dann, wenn positiv feststeht, dass die einzuziehenden Mittel bei dem Betroffenen nicht mehr vorhanden sind.

Die Einziehungsentscheidungen werden damit in der Praxis in vielen Fallgestaltungen zu einer vom tatsächlich erzielten Vorteil unabhängigen Vermögensstrafe führen. Die unbeschränkte Anwendung der erweiterten Einziehung auf alle Delikte wird zu weitreichenden Beschlagnahmen und Vermögensarresten führen.

### 2. Schneller

Zu einem Zeitpunkt, zu dem der Sachverhalt erst noch zu ermitteln ist, werden durch die „Verhaftung“ sämtlicher wirtschaftlicher Mittel vollendete Tatsachen geschaffen. Ermittlungsbehörden, die man dazu verpflichtet, Vermögen zu arrestieren, werden dies frühzeitig tun.

Die Möglichkeiten des Betroffenen sich gegen vorläufige Sicherheitsmaßnahmen zur Wehr zu setzen, sind limitiert und im Ergebnis davon abhängig, wie das mit der Prüfung angerufene Gericht das allgemeine verfassungsrechtliche Übermaßverbot auf den konkreten Einzelfall anwendet.

### 3. Weiter

Das Prinzip der Beweislastumkehr zieht in das Strafverfahren ein.

Ein Angeklagter bzw. der von einer Einziehung Betroffene muss die legale Herkunft seiner Mittel und Gegenstände belegen, soll das Gericht davon überzeugt werden, dass diese nicht einzuziehen sind. Das Schweigen muss sich ein Angeklagter zukünftig leisten können.

## III. Kritik

### 1. Belege für geltend gemachten Reformbedarf?

Alleine angesichts des Umfangs der vorgesehenen Änderungen des materiellen Rechts wie auch der Verfahrensvorschriften der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung drängt sich die Frage nach dem Bedürfnis einer derart grundlegenden Reform des bisherigen Rechts auf.

Blickt man hierzu in die Gesetzesbegründung, so werden mit einem „europarechtlichen Handlungsbedarf“ sowie einem „Bedürfnis der Strafrechtspraxis“ im Wesentlichen zwei Gründe genannt, die es nachfolgend kurz zu hinterfragen gilt:

#### a) Europarechtlicher Handlungsbedarf?

Im Rahmen der Gesetzesbegründung wird an verschiedenen Stellen unter Bezugnahme auf die EU-Richtlinie vom 3.4.2014 über die Sicherstellung und Einziehung von Tatwerkzeugen und Erträgen aus Straftaten in der Europäischen Union<sup>11</sup> darauf verwiesen, dass sich die Notwendigkeit der Reform des Rechts der Vermögensabschöpfung bereits unmittelbar aus dem europäischen Recht ergeben würde.<sup>12</sup> Bei genauerer Betrachtung vermag dieser Verweis auf Europarecht jedoch allenfalls eingeschränkt zu überzeugen. So war bereits das frühere Recht der straf-

<sup>10</sup> § 111n Abs. 2 StPO.

<sup>11</sup> Richtlinie 2014/42/EU.

<sup>12</sup> Vgl. RegE zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, S. 2, 46, 56.

rechtlichen Vermögensabschöpfung in seiner Struktur sowie in dem überwiegenden Teil der einzelnen Vorschriften europarechtskonform ausgestaltet. Zwar mag sich aus der genannten Richtlinie ein Korrektur- und Ergänzungsbedarf hinsichtlich einzelner Vorschriften ergeben, keinesfalls jedoch die Notwendigkeit einer grundlegenden Reform des gesamten Regelwerks. Anders ausgedrückt: Kleinere Modifikationen hätten ausgereicht, den europarechtlichen Vorgaben gerecht zu werden. Die vorliegende Gesetzesreform geht deutlich hierüber hinaus.

### b) Praktisches Reformbedürfnis?

Die Bestandsaufnahme in der Gesetzgebung fällt knapp und eindeutig aus: Es wurde in der Vergangenheit zu selten von der Möglichkeit der Vermögensabschöpfung Gebrauch gemacht und dann zu wenig abgeschöpft. Dies sei nicht zuletzt auf das bisher geltende Regelwerk zurückzuführen, welches zwar prinzipiell ein „durchdachtes Abschöpfungsmodell“ darstelle,<sup>13</sup> allerdings in der Strafpraxis aufgrund seiner Komplexität und Unübersichtlichkeit zu unhandlich sei. Die Folge wäre, dass Verletzte einer Straftat oftmals ihre Ansprüche gar nicht geltend machen würden und auf der anderen Seite auf Ebene der Strafverfolgungsbehörden und Gerichte ein „Vollzugsdefizit“ festzustellen sei<sup>14</sup> – ein Zustand, der unter dem Gesichtspunkt einer effektiven Kriminalitätsbekämpfung nicht hingenommen werden könne. Worauf der Gesetzgeber eine derartige Bestandsaufnahme gründet, bleibt indes unbeantwortet. So wird im Rahmen der Gesetzesbegründung darauf verwiesen, dass eine „belastbare Datengrundlage“ dazu, wie viele Berechtigte ihre Entschädigungsansprüche bei den Strafverfolgungsbehörden (nicht) geltend gemacht haben und wie häufig nach geltendem Recht von der Anordnung des Verfalls (künftig der Einziehung von Taterträgen) abgesehen wurde, nicht existiere. Betrachtet man die im Gesetzgebungsverfahren abgegebenen Stellungnahmen der unterschiedlichen Berufs- und Interessensverbände nach Bekanntwerden der beabsichtigten Änderungen so ist zu konstatieren, dass dem Reformvorhaben in weiten Teilen nicht nur von der Anwaltschaft, sondern insbesondere auch von Seiten der Justiz deutliche Kritik entgegenschlug. So äußerte etwa der Deutsche Richterbund in einer Stellungnahme zur Vorbereitung der Sachverständigenanhörung vor dem Rechtsausschuss im Oktober 2016 ernsthafte Zweifel an der neuen, leichteren Handhabung der Vermögensabschöpfung, welche der Gesetzgeber zu versprechen versucht.<sup>15</sup> Vielmehr warnte dieser bereits in einer Stellungnahme im Rahmen der Verbandsbeteiligung vom Juni 2016 vor einer „ganz erheblichen Mehrbelastung für Staatsanwälte und Gerichte“ und bezeichnet die Gesetzesänderung sogar als „keine praxistaugliche Umsetzung“.<sup>16</sup>

## 2. Zweifelhafte Ausgestaltung

### a) Zu hoch

Das sog. Bruttoprinzip soll verhindern, dass Nachweisprobleme in vermögensrechtlicher Hinsicht einem Empfänger inkriminierter Gegenstände oder Mittel zum Vorteil gereicht. Die Korrektur erfolgte in der Vergangenheit durch die Härteklausele.<sup>17</sup> Nunmehr wurde die Härteklausele aus dem materiellen Abschöpfungsrecht entfernt, so dass das Bruttoprinzip für das Tatgericht ohne Korrektiv als Grundlage der Einziehungsentscheidung verbleibt. Soweit im Rahmen der Gesetzesbegründung darauf abgestellt wird, dass durch die Konkretisierung des Bruttoprinzips verhindert werde, dass sich die Einziehungsmaßnahme als Vermögensstrafe erweist, wird verkannt, dass es viele Fallgestaltungen gibt, in denen die Konkretisierungen gerade nicht dazu führen sollen, dass es zu einer höhenmäßigen Beschränkung des Bruttoprinzips kommt. Wenn beispielsweise Betäubungsmittel für 5.000 EUR verkauft werden, so ist eine Einziehung von 5.000 EUR gerichtlich anzuordnen, auch wenn feststeht, dass der Täter für den Erwerb der Betäubungsmittel selbst 4.000 EUR ausgegeben hat. Es leuchtet nicht ein, warum diese Einziehungsentscheidung nicht ebenfalls als Vermögensstrafe in Höhe von 4.000 EUR anzusehen sein soll. Könnte man noch argumentieren, dass dies auch nach dem bisher geltenden Recht so angeordnet werden konnte, so wird man dem entgegenhalten können, dass es zukünftig eine Vielzahl weiterer Fallgestaltungen geben wird, in denen es nach dem Willen des Gesetzgebers zu eben dem gleichen Effekt kommen soll. So sollen etwa auch die Mittel, die für den Erwerb von Aktien, die später im Zusammenhang mit einem Insidergeschäft veräußert werden, bei der Bestimmung der Höhe des Erlangten nicht abzuziehen sein. Veräußert also ein Insider seine Aktien für 5.000 EUR, so sind auch die gesamten 5.000 EUR einzuziehen, selbst wenn feststeht, dass er beim Erwerb für die Aktien 4.000 EUR investieren musste. Da die Aktien insoweit regelmäßig „für die Begehung der Tat“ eingesetzt werden, kommt nach dem Wortlaut des neuen § 73d Abs. 1 S. 2 StGB eine Berücksichtigung im Sinne einer Korrektur nicht in Betracht. Das neue Abschöpfungsrecht wird daher im Hinblick darauf, dass es der Sache nach regelmäßig zu einer Vermögensstrafe führt, noch erhebliche Diskussionen auslösen.

### b) Zu schnell

Nach dem Inhalt der Gesetzesbegründung soll man im Bereich der vorläufigen Sicherstellung der Formulierung „zur Sicherung der Vollstreckung“ in den Vorschriften des § 111b Abs. 1 StPO (Beschlagnahme) sowie § 111e Abs. 1 StPO (Vermögensarrest) sprachlich die Voraussetzung für die Anordnung der Maßnahme im Sinne eines Arrestgrundes entnehmen können. In diesem Zusammen-

<sup>13</sup> Vgl. RegE zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, S. 1.

<sup>14</sup> A.a.O.

<sup>15</sup> Vgl. Stellungnahme des Deutschen Richterbundes Nr. 19/16, Oktober 2016, S. 1.

<sup>16</sup> Vgl. Stellungnahme des Deutschen Richterbundes Nr. 9/16, Juni 2016, S. 1.

<sup>17</sup> Früher § 73c StGB.

hang ist aber zu sehen, dass der frühere Wortlaut der Vorschrift des § 111b Abs. 2 StPO a.F. (betreffend den dinglichen Arrest) eine durchaus vergleichbare Formulierung („zu deren Sicherung“) enthielt, was den Gesetzgeber jedoch gerade nicht davon abhielt, das Sicherungsbedürfnis (Arrestgrund) in § 111d Abs. 2 StPO a.F. nochmals ausdrücklich zu regeln. Der Gesetzgeber beruft sich darauf, dass schon der allgemeine verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine Beschränkung darstelle, die die Strafrichter zu berücksichtigen haben werden. Es wird sich zukünftig noch zeigen müssen, wie die Gerichte die Auslegung der neuen Regelungen vornehmen werden. Bereits an dieser Stelle kann aber festgehalten werden, dass die Rechtsanwendung und Rechtskonkretisierung durch den Gesetzgeber nunmehr umfassend in die Hände der Richter gelegt wurde. Aus Sicht eines Strafverteidigers wird damit dem Risiko einer besonders schnellen Schaffung vollendeter Tatsachen sehr großzügig der Weg gebnet.

Zudem wurde die bislang in § 111b Abs. 3 StPO a.F. besondere Verankerung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dahingehend, dass die Aufrechterhaltung einer Maßnahme bei zunehmendem Zeitablauf unter die Voraussetzung eines gesteigerten Verdachtsgrads gestellt wurde, ebenfalls lediglich mit Verweis auf das allgemeine Verhältnismäßigkeitsprinzip ersatzlos aus den Verfahrensregeln getilgt. Insbesondere seitens der Anwaltschaft wurde dieser Umstand im Gesetzgebungsverfahren unter verfassungsgerichtlichen Gesichtspunkten kritisiert.<sup>18</sup> Bereits die hinsichtlich der Anordnung der vorläufigen Maßnahmen nunmehr vorgenommene Differenzierung des Gesetzgebers in den §§ 111b Abs. 1 und § 111e Abs. 1 StPO, wonach bei Vorliegen dringenden Tatverdachts die vorläufige Maßnahme angeordnet werden „soll“, wohingegen in den übrigen Fällen der Strafjustiz ein weites Ermessen eingeräumt wird („kann“), macht deutlich, dass Veränderungen im Verdachtsgrad im Verlaufe eines Verfahrens im Blick zu behalten sind. Hinzu kommt, dass der allgemeine Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unbestritten etwa auch im Recht der Untersuchungshaft gilt, was den Gesetzgeber jedoch nicht davon abgehalten hat, mit den Vorschriften der §§ 121, 122 StPO eine spezialgesetzliche Regelung zu schaffen und so der gravierenden Grundrechtsbeeinträchtigung in einem Stadium, in dem die Unschuldsvermutung gem. Art. 6 EMRK für den Betroffenen streitet, Rechnung zu tragen. Zuletzt ist auch zu sehen, dass für eine Verletzung bzw. Nichteinhaltung des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in der praktischen Anwendung regelmäßig Gründe durch den Betroffenen dargelegt werden müssen, so dass diesen eine faktische Darlegungslast trifft. Demgegenüber erlegte die bisherige Stufenregelung des § 111b Abs. 3 StPO a.F. das Begründungserfordernis zu Recht der Strafjustiz auf. Zusammengefasst bleibt festzuhalten, dass hier letztlich Vorschriften vereinfacht bzw. aufgehoben wurden, die erkennbar dem Schutz der von staatlichen Zwangsmaßnahmen Betroffenen dienen.

### c) Zu weit

#### aa) Kritik am Instrument der (nachträglichen) selbstständigen Vermögensabschöpfung

Die selbstständige Einziehungsentscheidung muss nach den Verfahrensvorschriften der Reform dann ergehen, wenn eine vermögensabschöpfungsrechtliche Entscheidung durch das Gericht während des Strafverfahrens nicht ausgesprochen werden kann, weil ausnahmsweise eine Trennung jener Entscheidung von der Hauptsache im Hinblick auf die übrigen Rechtsfolgen der Tat aufgrund einer unangemessenen Erschwernis oder Verzögerung dringend notwendig ist. Gemäß § 76a Abs. 1 StGB kommt nun eine solche nachträgliche selbstständige Einziehungsentscheidung auch im Falle des „Strafklageverbrauchs“ in Betracht. Konnte also eine selbstständige Anordnung früher nur in den Fällen erfolgen, in denen sich der Angeklagte dem Verfahren durch Flucht entzogen hat, kann nun trotz eines rechtskräftig abgeschlossenen Strafverfahrens nachträglich eine Vermögensabschöpfung angeordnet werden, obwohl eine vermögensabschöpfende Maßnahme bereits zum Zeitpunkt des laufenden Verfahrens hätte angeordnet werden können. Voraussetzung ist lediglich, dass das erkennende Gericht keinerlei Entscheidung getroffen hat, also auch keine Ermessensentscheidung des Gerichts dahingehend vorliegt, eine Einziehungsanordnung zu unterlassen. Diese unbegrenzte Anwendbarkeit führt nach der Logik des Gesetzes im Ergebnis auch zur Pflicht der Aufarbeitung bereits abgeschlossener Fälle, sobald Vermögen auftaucht, welches eingezogen werden kann. Dies führt zu einer weitgehenden Bindung des Personals und behindert somit indirekt die Aufklärungsarbeit aktueller Straftaten.

#### bb) Kritik am Instrument der verurteilungsunabhängigen Einziehung

Weiter ist auch die künftig geltende verurteilungsunabhängige Einziehung gem. § 76a Abs. 4 StGB zu kritisieren. Im Gegensatz zur erweiterten Einziehung des § 73a StGB kann bei der verurteilungsunabhängigen Einziehung eine Anordnung losgelöst von der gerichtlichen Feststellung einer konkreten rechtswidrigen und schuldhaften Tat ergehen. Einzige Voraussetzung ist nunmehr, dass der Einziehungsgegenstand aus einer der in § 76a Abs. 4 S. 4 StGB genannten Katalogtaten herrührt. Für die Auslegung des Tatbestandmerkmals „Herrühren“ ist dabei auf die Rechtsprechung zu § 261 StGB zurückzugreifen, wonach ein wirtschaftlicher Kausalzusammenhang zwischen rechtswidriger Tat und dem einzuziehenden Gegenstand zu fordern ist. Die Notwendigkeit eines solchen Instruments soll darin bestehen, künftig solche Gegenstände einzuziehen zu können, welche typischerweise im Milieu der organisierten Kriminalität angesiedelt sind. Die Frage, wie ein Strafgericht einerseits von der deliktischen Herkunft des Einziehungsgegenstandes ausreichend überzeugt sein kann, während diese Überzeugung jedoch nicht genügt, um einen Angeklagten zu verurteilen, bleibt unbeantwortet. Dem Gericht soll zwar bei der

<sup>18</sup> Stellungnahme der Strafverteidigervereinigungen vom 31.5.2016, S. 21 ff.; Stellungnahme des DAV Nr. 30/2016, S. 23 ff.; Stellungnahme der BRAK, Nr. 15/2016, S. 8 ff. (11).

Anordnung ein Ermessen zustehen, um in Einzelfällen unverhältnismäßige Entscheidungen zu vermeiden, dabei soll aber nach der Gesetzesbegründung eine Nichtanordnung die absolute Ausnahme bleiben. Die Verfahrensvorschrift des § 437 StPO soll den zur Entscheidung berufenen Richtern einige Anwendungshinweise liefern. So wurde mit der Reform erstmals der dem Strafverfahren bisher fremde Beweis des ersten Anscheins nach § 437 Abs. 1 S. 1 StPO eingeführt. Besteht ein grobes Missverhältnis zwischen dem Wert des sichergestellten Gegenstandes und den rechtmäßigen Einkünften des Betroffenen, so ist eine deliktische Herkunft zu vermuten.

Mag man auch in der Gesetzesbegründung wiederholt darauf verweisen, dass die Vermögensabschöpfung nicht als Strafe anzusehen sei, ist diese aber gleichwohl dem strafrechtlichen Verfahren zuzuordnen und dürfte darüber hinaus aus Sicht der Betroffenen durchaus als Strafe empfunden werden.

Fraglich ist außerdem die Verfassungskonformität der Regelung im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot. So ist der Anwendungsbereich der Ermächtigungsgrundlage in keiner Weise absehbar. Die einzige Anwendungsvoraussetzung ist, dass der Einziehungsgegenstand aus einer illegalen Quelle stammt. Es ist nicht mit der erforderlichen Bestimmtheit festgelegt, wann nun eine solche illegale Quelle durch das Gericht angenommen werden soll und wann nicht. Vielmehr wird dies dem Gericht überantwortet mit der einzigen Maßgabe, dass das Gericht hiervon überzeugt sein müsse. Durch das Fehlen konkretisierter Voraussetzungen wird weder den Gerichten ein im Gesetz begrenzter Handlungsmaßstab zur Verfügung gestellt, noch kann sich der betroffene Bürger auf mögliche belastende Maßnahmen einstellen. Auch beschränkt der Verdachtskatalog den Anwendungsbereich in keiner Hinsicht, da zumindest der Verdacht einer Geldwäsche, mithin einer Katalogtat i.S.d. § 76a Abs. 4 StGB, naturgemäß stets in Mitten stehen wird. Weiter wird die künftig aufkommende Rechtsunsicherheit durch den Beweis des ersten Anscheins und die, dem Strafverfahren bisher ebenfalls fremde, Umkehr der Beweislast verstärkt.

Auch bestehen erhebliche Bedenken bezüglich des Grundsatzes der Aussagefreiheit (*nemo tenetur se ipsum*

*accusare*). Künftig hat der Beschuldigte aufgrund der ihm aufgebürdeten Beweislast nachzuweisen, dass die betroffenen Gegenstände legaler Herkunft sind. Damit besteht für ihn die Gefahr, im Fall der Aussageverweigerung Gegenstände durch eine Einziehungsanordnung zu verlieren. Es besteht daher für ihn einzig die Möglichkeit auszusagen, was zu einer faktischen Aushöhlung des Aussageverweigerungsrechts führt. Anders gesagt entsteht zumindest immer dann die konkrete Gefahr eines Aussagezwangs, wenn eine drohende Einziehung für den Betroffenen, beispielsweise aus rein wirtschaftlichen Gründen, untragbar ist.

Das Rechtsinstrument der verurteilungsunabhängigen Einziehung wurde zwar in einzelnen europäischen Staaten gesetzlich geregelt, jedoch dennoch nicht zum Gegenstand der EU-Richtlinie 2014/42/EU vom 3.10.2014 gemacht. Mithin bestand auch keine europäische Vorgabe für eine solch weitgehende innerstaatliche Regelung.

#### IV. Fazit

Ein – bei Lichte betrachtet relativ geringfügiger – europarechtlicher Handlungsbedarf sowie ein postuliertes Reformbedürfnis der Strafrechtspraxis werden dazu genutzt, die Zugriffsmöglichkeit des Staates auf die Vermögenswerte seiner Bürger mit den Mitteln des Strafrechts in erheblichem Umfang auszuweiten und den staatlichen Zugriff von bisherigen „Fesseln“ zu lösen. Das bereits vorhandene Abschöpfungsinstrumentarium wird erweitert, neue Abschöpfungsinstrumente werden geschaffen. Dabei wurde durch den in der Höhe unlimitierten Zugriff die Vermögensstrafe faktisch im erheblichen Umfang wieder in das StGB eingeführt, ohne dass diese Strafwirkung beim Namen genannt würde. Die richterliche Freiheit der Einzelfallentscheidung wurde in mehrfacher Hinsicht unter der Aufgabe limitierender Beschränkungen „gestärkt“ und hierdurch der Rechtsschutz für den von einer Einziehungsmaßnahme Betroffenen erschwert bzw. auch reduziert. Der Gesetzgeber hat sich seiner eigentlichen Aufgabe, Eingriffsmaßnahmen konkret zu regeln sowie die Voraussetzungen und den Umfang selbst gesetzlich zu bestimmen, entzogen und mit einer faktischen Beweislastumkehr einen Bruch mit tragenden Prinzipien des Strafprozesses vorgenommen.

## Das Gesetz zur Einführung eines Wettbewerbsregisters

von Rechtsanwalt Dr. Christopher Wolters\*

### Abstract

Am 28.7.2017 ist das Gesetz zur Einführung eines bundeseinheitlichen „Wettbewerbsregisters“ im Bundesgesetzblatt verkündet worden. Das Register wird erhebliche Auswirkungen auf die Praxis der öffentlichen Vergaben haben. Denn mit seiner Errichtung spätestens ab 2020 müssen alle darin eingetragenen Unternehmen damit rechnen, keine öffentlichen Aufträge mehr zu erhalten. Ziel des Gesetzes ist die wirksame Bekämpfung und Prävention von Wirtschaftskriminalität sowie der Schutz des fairen Wettbewerbs um öffentliche Aufträge. Ziel des vorliegenden Beitrags ist es, einen ersten Überblick über die konkreten Regelungen und etwaige Unklarheiten zu geben.

### I. Einführung

Am 28.7.2017 ist der von der Bundesregierung in den Bundestag eingebrachte Entwurf<sup>1</sup> eines Gesetzes zur Einführung eines Wettbewerbsregisters und zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen<sup>2</sup> in der vom Wirtschaftsausschuss geänderten Fassung<sup>3</sup> verkündet worden.<sup>4</sup> Das Vorhaben zur Einführung eines Wettbewerbsregisters setzt die seit Jahren bestehenden Gedankenspiele<sup>5</sup> um, die in einigen Bundesländern vorhandenen „Korruptionsregister“<sup>6</sup> abzulösen und durch ein bundeseinheitliches Register zu ersetzen. Das Wettbewerbsregister wird nun spätestens 2020 beim Bundeskartellamt als zuständige Registerbehörde<sup>7</sup> eingerichtet und in Form einer elektronischen Datenbank geführt.<sup>8</sup>

Zweck und Ziel des Gesetzes ist „die wirksame Bekämpfung und Prävention von Wirtschaftskriminalität sowie der Schutz des fairen Wettbewerbs um öffentliche Aufträge“.<sup>9</sup> Unmittelbare Auswirkungen wird das Register dabei auf die Vergabe öffentlicher Aufträge haben. Denn öffentliche Auftraggeber, Sektorenauftraggeber und Konzessionsgeber<sup>10</sup> haben bei der Vergabe öffentlicher Aufträge grundsätzlich gemäß § 122 Abs. 1 GWB zu berücksichtigen, ob ein Unternehmen an dem jeweiligen Vergabeverfahren überhaupt teilnehmen darf. Das ist dann nicht der Fall, wenn bestimmte in §§ 123 und 124 GWB geregelte Gründe in der Person des Unternehmens vorliegen. Überwiegend liegen sie mit der Verwirklichung bestimmter Straftaten beziehungsweise Ordnungswidrigkeiten vor. Öffentliche Auftraggeber erhalten in der Praxis jedoch bislang oftmals keine Kenntnis darüber, ob ein solcher „Ausschlussgrund“ bei einem sich um einen Auftrag bewerbenden Unternehmen vorliegt. Das gilt insbesondere für Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten. Grund hierfür ist das Ausreichen von Eigenerklärungen zum Nachweis des Nichtvorliegens von Ausschlussgründen nach § 48 Abs. 1 S. 1 VgV und fehlende Einsichtsbefugnisse der öffentlichen Auftraggeber in die bislang maßgeblichen Register.

Das Wettbewerbsregister erleichtert es öffentlichen Auftraggebern in Zukunft, Unternehmen von Vergabeverfahren auszuschließen, wenn ihnen Straftaten oder Bußgeldentscheidungen zuzurechnen sind. Denn das Wettbewerbsregister dient gemäß § 1 Abs. 2 WRegG dazu, Informationen über Ausschlussgründe im Sinne der §§ 123

\* Der Autor ist Rechtsanwalt der Kanzlei BLOMSTEIN in Berlin und hat seinen Tätigkeitsschwerpunkt auf dem Vergabe- und Außenwirtschaftsrecht.

<sup>1</sup> BT-Drs. 18/12051 v. 24.4.2017, abrufbar unter <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/120/1812051.pdf> (zuletzt aufgerufen am 7.6.2017). Dazu die Stellungnahme des Bundesrats und die Gegenäußerung der Bundesregierung BT-Drs. 18/12497 v. 24.5.2017, abrufbar unter <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/124/1812497.pdf> (zuletzt aufgerufen am 15.6.2017).

<sup>2</sup> Im Folgenden: WRegG.

<sup>3</sup> BT-Drs. 18/12583 v. 31.5.2017, abrufbar unter <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/125/1812583.pdf> (zuletzt aufgerufen am 15.6.2017).

<sup>4</sup> BGBl I 2017 Nr. 52, S. 2739 ff.

<sup>5</sup> Zuletzt 2013: Neum, NZKart 2017, 181 (181); Opitz, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1, 3. Aufl. (2017), § 126 GWB Rn. 23.

<sup>6</sup> Opitz, in: Burgi/Dreher, Band 1, § 126 GWB Rn. 22: Derzeit bestehen auf gesetzlicher Grundlage in Berlin (Gesetz zur Einrichtung und Führung eines Registers über korruptionsauffällige Unternehmen in Berlin vom 19.4.2006), Bremen (Bremisches Gesetz zur Einrichtung und Führung eines Korruptionsregisters vom 17.5.2011), Hamburg (Gesetz zur Einrichtung eines Registers zum Schutz des fairen Wettbewerbs vom 1.12.2013), Schleswig-Holstein (Gesetz zur Einrichtung eines Registers zum Schutz fairen Wettbewerbs vom 29.11.2013) und Nordrhein-Westfalen (Gesetz zur Verbesserung der Korruptionsbekämpfung und zur Errichtung und Führung eines Vergaberegisters in Nordrhein-Westfalen vom 16.12.2004) Korruptionsregister. Per Erlass sind derzeit in Bayern, Baden-Württemberg, Rheinland-Pfalz und Hessen Korruptionsregister geregelt. Im brandenburgischen Vergabegesetz ist eine zentrale Listung von Auftragssperren vorgesehen.

<sup>7</sup> § 1 Abs. 1 WRegG.

<sup>8</sup> § 1 Abs. 3 WRegG.

<sup>9</sup> BT-Drs. 18/12051, S. 16.

<sup>10</sup> Soweit nicht anders kenntlich gemacht, sind im Folgenden mit „öffentlichen Auftraggebern“ auch Sektorenauftraggeber und Konzessionsgeber gemeint.

und 124 GWB zur Verfügung zu stellen. Dementsprechend werden in das Register bestimmte Straftaten und Bußgeldentscheidungen eingetragen, die einem Unternehmen zuzurechnen sind.<sup>11</sup> Im Rahmen der Durchführung von Vergabeverfahren sind Auftraggeber dann regelmäßig verpflichtet, das Register nach Eintragungen der Bewerber zu befragen.<sup>12</sup>

Der Beitrag betrachtet zunächst die Voraussetzungen, unter denen ein Unternehmen in das Register eingetragen wird (hierzu unter II.). Im Folgenden wird der Prozess der Eintragung in (hierzu unter III.) und die Löschung aus dem Register (hierzu unter IV.) näher beleuchtet. Anschließend ist auf die Einbindung des Registers in Vergabeverfahren (hierzu unter V.) und die Möglichkeiten des Rechtsschutzes im Rahmen der vorgenannten Abläufe einzugehen (hierzu unter VI.).

## II. Eintragungsvoraussetzungen

Die Eintragung eines Unternehmens<sup>13</sup> erfolgt nur dann, wenn ein bestimmter Rechtsverstoß vorliegt (hierzu unter 1.). Da dieser in der Regel nur durch natürliche Personen und nicht durch das Unternehmen selbst begangen werden kann, muss der Rechtsverstoß in diesen Fällen in einem zweiten Schritt dem Unternehmen zuzurechnen sein (hierzu unter 2.).

### 1. Rechtsverstöße

Zu den einzutragenden Rechtsverstößen gehören ausschließlich die abschließend in § 2 Abs. 1 und Abs. 2 WRegG enumerierten Delikte. Sie entsprechen denjenigen Delikten, bei deren Vorliegen der Ausschluss des betreffenden Unternehmens nach §§ 123 oder 124 GWB in Betracht kommt<sup>14</sup> und umfassen nicht nur Straftaten, sondern auch Ordnungswidrigkeiten. Das WRegG unterscheidet in diesem Zusammenhang danach, ob ein Delikt unabhängig vom Strafmaß (hierzu unter a), oder aber erst ab einer bestimmten Schwelle (hierzu unter b) einzutragen ist.

In das Register werden ausschließlich von deutschen Behörden festgestellte Delikte eingetragen. Das ergibt sich aus § 2 WRegG, der nur deutsche Gesetze erwähnt, und § 4 Abs. 1 WRegG, der nur nationale Ermittlungsbehörden dazu verpflichtet, Rechtsverstöße an die Registerbehörde weiterzuleiten. Geldbußen der Europäischen Kommission wegen Kartellrechtsverstößen, die in der Praxis

eine große Rolle spielen,<sup>15</sup> werden dementsprechend nicht in das Register eingetragen.

Allerdings stellt sich hier die Frage, ob die Registerbehörde auch Rechtsverstöße eintragen kann, die ihr von ausländischen Behörden oder dem betreffenden Unternehmen freiwillig mitgeteilt werden. Sie ist insbesondere deshalb von großer praktischer Relevanz, weil die Entscheidung einer ausländischen Behörde gemäß § 123 Abs. 2 GWB auch zu einem Ausschluss führen kann.<sup>16</sup> Im Ausland verurteilte Unternehmen haben in solchen Fällen ein Interesse an einer Eintragung, damit sie die Möglichkeit einer bindenden Selbstreinigung nach § 8 WRegG nutzen können.<sup>17</sup>

### a) Strafmaßunabhängige Eintragung

§ 2 Abs. 1 Nr. 1 WRegG führt diejenigen Delikte abschließend auf, die strafmaßunabhängig einzutragen sind, sobald sie rechtskräftig festgestellt worden sind. Zu ihnen gehören insbesondere die Straftaten, die nach § 123 Abs. 1<sup>18</sup> und Abs. 4<sup>19</sup> GWB zwingend zum Ausschluss von Vergabeverfahren führen und fügt dem jedoch noch die zwei weiteren Delikte hinzu:

- Betrug und Subventionsbetrug (§§ 263, 264 StGB), soweit sich die Straftat gegen öffentliche Haushalte richtet,<sup>20</sup>
- wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen (§ 298 StGB).

Diese Liste suggeriert auf den ersten Blick eine Klarheit hinsichtlich der Fallkonstellationen, die einzutragen sind, die auf den zweiten Blick jedoch nicht besteht: So wird aus § 2 WRegG nicht deutlich, welche Formen der Täterschaft und Teilnahme der Straftaten zu einer Eintragung führen. Während eine täterschaftliche Begehung zu einer Eintragung führen muss, ist dies bei der Teilnahme an einer der Straftaten schon weniger zwingend. Der Wortlaut des § 2 Abs. 1 Nr. 1 WRegG bringt hier ebenso wenig eine Klärung wie der des § 123 Abs. 2 GWB (beide: „wegen“). Dagegen spricht in systematischer Hinsicht § 123 Abs. 1 Nr. 2 GWB der ausdrücklich festlegt, dass auch eine teilnehmerschaftliche Terrorismusfinanzierung zwingend zum Ausschluss von Vergabeverfahren führen muss.

<sup>11</sup> § 2 WRegG.

<sup>12</sup> § 6 WRegG.

<sup>13</sup> Der Begriff ist in § 2 Abs. 4 WRegG legaldefiniert.

<sup>14</sup> In das Register wird allerdings nur ein kleiner Teil der Delikte eingetragen, die unter die (fakultativen) Ausschlussgründe nach § 124 GWB subsumieren werden können, da diese überwiegend nicht zwingend an ein bestimmtes Delikt anknüpfen.

<sup>15</sup> So wurde 2016 gegen ein „LKW-Kartell“ von MAN, Volvo/Renault, Daimler, Iveco und DAF eine Strafe von 2,93 Milliarden Euro verhängt, siehe [http://ec.europa.eu/germany/news/eu-kommission-verh%C3%A4ngt-rekordgeldbu%C3%9Fe-von-293-milliarden-euro-gegen-lkw-kartell\\_de](http://ec.europa.eu/germany/news/eu-kommission-verh%C3%A4ngt-rekordgeldbu%C3%9Fe-von-293-milliarden-euro-gegen-lkw-kartell_de) (zuletzt aufgerufen am 16.6.2017).

<sup>16</sup> Vgl.: *Hausmann/von Hoff*, in: *Kulartz/Kus/Portz/Prieß*, *GWB-Vergaberecht*, 4. Aufl. (2016), § 123 Rn. 16.

<sup>17</sup> Hierzu unter IV.1.

<sup>18</sup> Bildung krimineller oder terroristischer Vereinigungen im In- oder Ausland (§ 129, § 129a, § 129b StGB), Terrorismusfinanzierung (§ 89c StGB), Geldwäsche oder Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte (§ 261 StGB), Korruptionsdelikte (§§ 299, 108e, 333, 334, 335a StGB sowie Art. 2 § 2 des Gesetzes zur Bekämpfung internationaler Bestechung) sowie Menschenhandel, Zwangsprostitution, Zwangsarbeit, Ausbeutung der Arbeitskraft, Ausbeutung unter Ausnutzung einer Freiheitsberaubung (§§ 232, 232a Abs. 1-5, 232b-233a StGB).

<sup>19</sup> Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (§ 266a StGB) und Steuerhinterziehung (§ 370 AO).

<sup>20</sup> § 123 GWB erfasst dagegen nur Straftaten gegen den Haushalt der Europäischen Union oder gegen Haushalte, die von der Europäischen Union oder in ihrem Auftrag verwaltet werden.

### b) Strafmaßabhängige Eintragung

§ 2 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 WRegG enthalten daneben diejenigen Delikte, die erst ab einem bestimmten Strafmaß einzutragen sind. Die Regelung greift diejenigen Rechtsverstöße auf, bezüglich derer öffentliche Auftraggeber bislang gemäß § 150a Abs. 1 Nr. 4 GewO Auskunft aus dem Gewerbezentralregister erhalten konnten und ersetzt diese Vorschrift zukünftig.<sup>21</sup>

Gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 2 WRegG sind Verstöße gegen

- das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz (§ 8 Abs. 1 Nr. 2, §§ 10-11),
- die Vorschriften zur Beschäftigung von Ausländern nach dem AufenthG (§ 404 Abs. 1 und 2 Nr. 3 des SGB III),
- das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (§§ 15, 15a, 16 Abs. 1 Nr. 1, 1c, 1d, 1f und 2),
- Mindestlohngesetz (§ 21 Abs. 1 und 2) und
- Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (§ 23 Abs. 1 und 2)

nur dann einzutragen, sofern rechtskräftig

- auf Freiheitsstrafe von mehr als drei Monaten,
- Geldstrafe von mehr als 90 Tagessätzen erkannt wurde, oder
- eine Geldbuße von wenigstens 2.500 Euro

ergangen ist.<sup>22</sup>

Gemäß § 2 Abs. 2 WRegG werden schließlich auch Bußgeldentscheidungen aufgrund Kartellrechtsverstößen (§ 81 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 i. V. m. § 1 GWB) in das Wettbewerbsregister eingetragen, wenn eine Geldbuße von mindestens 50.000 Euro festgesetzt worden ist. Im Gegensatz zu den in § 2 Abs. 1 WRegG genannten Delikten erfolgt die Eintragung einer Bußgeldentscheidung nach § 2 Abs. 2 WRegG nicht erst nach ihrer Rechtskraft. Vielmehr genügt es hier bereits, dass der Bußgeldentscheid erlassen worden ist.<sup>23</sup> An der Verfassungsmäßigkeit dieser Vorschrift wird teilweise gezweifelt, da ein sachlicher Grund für diese Ungleichbehandlung nicht ersichtlich sei.<sup>24</sup> Allerdings verbleibt die Entscheidung über den Ausschluss auch nach Inkrafttreten des WRegG gemäß § 6 Abs. 2 WRegG i. V. m. § 124 Nr. 4 GWB beim öffentlichen Auftraggeber. Sollte dieser also seiner Pflicht zur eigenständigen Prüfung nicht nachgekommen sein, ob „hinreichende Anhaltspunkte“ für den Rechtsverstoß vorliegen, kann seine Entscheidung im Nachprüfungsverfahren angegriffen werden. Dadurch wird die Eintragung selbst aber nicht verfassungswidrig.

### 2. Unternehmen

Das Erfordernis der Zurechnung des von einer natürlichen Person begangenen Delikts zu einem Unternehmen ergibt sich aus der Natur des Wettbewerbsregisters. Denn dieses dient ausschließlich dazu, Unternehmen vom Vergabeverfahren ausschließen zu können.<sup>25</sup> Folgerichtig werden auch nur Unternehmen und nicht natürliche Personen in das Register eingetragen. Da in Deutschland aber kein Unternehmensstrafrecht existiert, werden Delikte in der Regel nicht durch Unternehmen selbst, sondern vielmehr durch für sie handelnde natürliche Personen verwirklicht.

Allerdings gibt es einen Fall, in der eine Zurechnung nicht vonnöten ist: Über die zuvor dargestellten Delikte hinaus sind gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3 WRegG auch Bußgeldentscheidungen auf Grundlage von § 30 OWiG in das Register einzutragen, die gegen Unternehmen selbst ergehen. Voraussetzung dafür ist allerdings auch ein von einer natürlichen Person verwirklichtes Delikt, das dem Unternehmen zuzurechnen ist.

Oft wird es aber nur rechtskräftige Entscheidungen gegen natürliche Personen geben. Aus diesem Grund ist im Rahmen der Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen die Frage besonders relevant, ob ein (rechtskräftig) festgestelltes Delikt einem Unternehmen zuzurechnen ist. Im Gleichlauf zur Regelung des § 123 Abs. 3 GWB kommt es nach § 2 Abs. 3 S. 2 WRegG zu einer Zurechnung, wenn die natürliche Person als für die Leitung des Unternehmens Verantwortlicher gehandelt hat. Gemäß dem Wortlaut der Vorschrift gehört dazu auch die Überwachung der Geschäftsführung oder die sonstige Ausübung von Kontrollbefugnissen in leitender Stellung. Als für die Leitung eines Unternehmens Verantwortlicher handelt:

- jedes vertretungsberechtigte Organ einer juristischen Person oder Mitglied eines solchen Organs,
- jeder Vorstand eines nicht rechtsfähigen Vereins oder Mitglied eines solchen Vorstands,
- alle vertretungsberechtigten Gesellschafter einer rechtsfähigen Personengesellschaft oder Generalbevollmächtigte,
- Prokuristen in leitender Stellung oder schließlich auch
- Handlungsbevollmächtigte einer juristischen Person, eines nicht rechtsfähigen Vereins bzw. einer rechtsfähigen Personengesellschaft.<sup>26</sup>

Die Zurechnungsregeln des WRegG gehen allerdings über die des GWB hinaus. Denn das WRegG legt in § 2 Abs. 1 Nr. 3 WRegG fest, dass auch solche Bußgelder auf Grundlage des § 30 OWiG einzutragen sind, die sich aus einem Aufsichts- und Organisationsverschulden nach § 130 OWiG ergeben. Ein solches liegt im Unterlassen derjenigen Aufsichtsmaßnahmen, die erforderlich und zumutbar

<sup>21</sup> Vgl. Art. 2 Abs. 3 und Art. 3 Abs. 2 S. 2 WRegG.

<sup>22</sup> Zweifel an der Verhältnismäßigkeit einer so niedrigen Schwelle: Dreher, NZBau 2017, 313 (313).

<sup>23</sup> Zur fehlenden Abstimmung mit dem Kartellrecht: Dreher, NZBau 2017, 313 (314).

<sup>24</sup> Dreher, NZBau 2017, 313 (314).

<sup>25</sup> BT-Drs. 18/12051, S. 18; mit der Frage der Eintragungsfähigkeit von freiberuflich tätigen natürlichen Personen (bspw. Architekten) hat sich der Gesetzgeber soweit ersichtlich nicht auseinandergesetzt.

<sup>26</sup> Opitz, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. (2017), GWB § 123 Rn. 29.

sind, um der Gefahr von Zuwiderhandlungen gegen betriebs- und unternehmensbezogene Pflichten zu begegnen.<sup>27</sup> Der Umfang der erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen wird dabei im Rahmen einer Einzelfallbetrachtung aus der ex- ante Perspektive bestimmt.<sup>28</sup>

Eine Zurechnung im Konzern hält die Gesetzesbegründung für ausgeschlossen.<sup>29</sup> Ausdrücklich legt jedoch nur § 2 Abs. 2 S. 2 WRegG für Kartellstrafen explizit fest, dass die in § 81 Abs. 3 lit. a bis 3 lit. c GWB vorgesehene Zurechnung im Konzern nicht einzutragen ist. Begeht jedoch eine natürliche Person ein Delikt, die für mehrere Konzerngesellschaften in leitender Funktion auftritt, ist dieses Delikt nach dem Wortlaut des WRegG jeder einzelnen Gesellschaft zuzurechnen. In derartigen Fällen der Personenidentität auf Leitungsebene dürfte also die Eintragung mehrerer Gesellschaften eines Konzerns die Folge eines Rechtsverstoßes auf ebenjener Ebene sein.

### III. Ablauf der Eintragung

Das Bundeskartellamt als Registerbehörde ist darauf angewiesen, dass es von den Ermittlungsbehörden über die eintragungsrelevanten Delikte zutreffend und umfassend informiert wird. Denn die Registerbehörde verfolgt die in § 2 WRegG enumerierten Delikte nicht selbst und ist in diesen Fällen folglich ausschließlich dafür zuständig, Unternehmen in das Register einzutragen (und später wieder zu löschen [dazu unter IV.]). Die Eintragung verläuft deshalb in mehreren Schritten, die die Richtigkeit der Eintragung gewährleisten soll:

#### 1. Inhalt der Eintragung

Der Inhalt der Eintragung ist in § 3 WRegG geregelt. Dies sind insbesondere

- der Namen der mitteilenden Behörde,
- das Datum der einzutragenden Entscheidung und ihrer Rechtskraft,
- das Aktenzeichen des Vorgangs der mitteilenden Behörde,
- die Daten des betroffenen Unternehmens,
- die Daten der natürlichen Person, gegen die sich die einzutragende Entscheidung richtet – insbesondere die die Zurechnung des Fehlverhaltens zu einem Unternehmen begründenden Umstände – und schließlich
- die zur Registereintragung führende Straftat oder Ordnungswidrigkeit einschließlich der verhängten Sanktion.

Hat das betroffene Unternehmen Selbstreinigungsmaßnahmen durchgeführt (dazu unter IV.1) und diese der Registerbehörde mitgeteilt, werden sie gemäß § 3 Abs. 2 WRegG ebenfalls im Register gespeichert bis der Eintrag insgesamt gelöscht wird.

#### 2. Meldung durch Ermittlungsbehörde

Um eine lückenlose Eintragung in das Register zu gewährleisten, statuiert § 4 Abs. 1 WRegG eine Pflicht, sämtliche „Entscheidungen nach § 2 Absatz 1 und 2 der Registerbehörde unverzüglich“ mitzuteilen. Diese Mitteilungspflicht trifft gemäß § 4 Abs. 1 WRegG alle Strafverfolgungsbehörden und die Behörden, die zur Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten berufen sind. Die relevante Behörde ist demnach die Behörde, die die Anklage erhoben, den Strafbefehl beantragt oder die Bußgeldentscheidung erlassen hat. Die Meldepflicht betrifft somit insbesondere die Staatsanwaltschaften, die Kartellbehörden und die Bußgeld- und Strafsachenstellen der Finanzämter. In Finanzsachen steht das Steuergeheimnis aus § 30 AO der Mitteilung nicht entgegen, wie § 4 Abs. 1 S. 2 WRegG auf Drängen des Bundesrats<sup>30</sup> nun ausdrücklich festlegt. Der Umfang der an die Registerbehörde weiterzuleitenden Informationen ergibt sich ebenfalls aus § 4 Abs. 1 WRegG und umfasst sämtliche in § 3 Abs. 1 WRegG aufgeführten Daten.

#### 3. Prüfung durch Registerbehörde

In einer ersten kursorischen Prüfung kontrolliert die Registerbehörde gemäß § 4 Abs. 2 S. 1 WRegG, ob die übermittelten Daten offensichtliche Fehler wie Verwechslungen oder Schreibfehler aufweisen. Zur Aufklärung von Fehlern kann sich die Registerbehörde gemäß § 4 Abs. 2 S. 3 WRegG i. V. m. § 8 Abs. 3 WRegG an die mitteilende Ermittlungsbehörde wenden und zusätzliche Informationen verlangen. Bleiben dennoch offensichtliche Fehler bestehen, muss die Registerbehörde von einer Eintragung absehen, § 4 Abs. 2 S. 1 WRegG.

#### 4. Gewährung rechtlichen Gehörs

Im Rahmen des Prozesses der Eintragung ist für die betroffenen Unternehmen die Vorschrift des § 5 Abs. 1 S. 1 WRegG ganz entscheidend. Danach muss die Registerbehörde das betroffene Unternehmen über die bevorstehende Eintragung und deren Inhalt informieren. Sinnvollerweise – vom WRegG jedoch nicht ausdrücklich festgelegt – geschieht das erst nachdem sich die Registerbehörde davon überzeugt hat, dass keine offensichtlichen Fehler vorliegen.

Gleichzeitig mit den Informationen über den Inhalt der bevorstehenden Eintragung erhält das betroffene Unternehmen gemäß § 5 Abs. 1 S. 1 WRegG zudem die Gelegenheit, innerhalb von zwei Wochen nach Zugang der Information Stellung zu nehmen. Diese Gelegenheit sollte von den Unternehmen genutzt werden, die Registerbehörde dazu anzuhalten, gemäß § 5 Abs. 1 S. 2 WRegG Fehler der übermittelten Daten zu korrigieren oder von der Eintragung von vornherein ganz abzusehen.

<sup>27</sup> Graf, in: Beck OK OWiG, 15. Edition (Stand: 15.4.2017), OWiG § 130 Rn. 38.

<sup>28</sup> A.a.O., Rn. 40.

<sup>29</sup> BT-Drs. 18/12051, S. 30.

<sup>30</sup> BT-Drs. 18/12497, S. 4.

Insbesondere in den Fällen, in denen ein Unternehmen nicht der Meinung ist, dass ihm ein bestimmtes Delikt zugerechnet werden kann, sollte es die Möglichkeit zur Richtigstellung – ggf. unter Nutzung der Möglichkeit der Fristverlängerung nach § 5 Abs. 1 S. 3 WRegG – nutzen. Allerdings ist dabei zu beachten, dass das Unternehmen selbst gemäß § 5 Abs. 1 S. 2 WRegG die Beweislast dafür trägt, dass die „übermittelten Daten“ fehlerhaft sind. Obwohl diese Formulierung unpräzise ist, ist davon auszugehen, dass damit nicht nur sämtliche in tatsächlicher Hinsicht in das Register einzutragenden Informationen, sondern auch die zugehörigen rechtlichen Erwägungen – insbesondere der Zurechnung – gemeint sind.

Im Prozess der Tatsachenermittlung ist die Registerbehörde nicht nur auf die Darstellung des Unternehmens beschränkt. Vielmehr kann es gemäß § 5 Abs. 1 S. 4 i. V. m. § 8 Abs. 3 WRegG auch die Ermittlungsbehörden um die Übermittlung ergänzender Informationen bitten. Unklar ist das Gesetz jedoch zur Frage, ob die Registerbehörde die Eintragung während des Verfahrens der Verifizierung vornehmen kann, darf oder muss. Im Hinblick auf die mit der Eintragung verbundenen Belastungen eines Unternehmens erscheint es unter Berücksichtigung des Rechtsstaatsprinzips und der Grundrechte des Unternehmens als unverhältnismäßig, wenn die Registerbehörde eine Eintragung vornimmt, obwohl Zweifel an ihrer Richtigkeit bestehen.

Unabhängig von dem Verfahren der Eintragung stehen dem betroffenen Unternehmen und natürlichen Personen noch andere Informationsrechte zu. § 5 Abs. 2 WRegG sieht vor, dass jedes Unternehmen oder natürliche Person auf Antrag Auskunft über den sie betreffenden Inhalt des Registers erhält. Daneben wurde in § 5 Abs. 3 WRegG noch ein vollumfängliches Akteneinsichtsrecht gegenüber der Registerbehörde für alle eingetragenen Unternehmen geschaffen. Es geht über die nach § 3 WRegG gespeicherten Informationen hinaus und erfasst insbesondere auch die ergänzenden Informationen nach § 8 Abs. 3 WRegG.<sup>31</sup> Das Einsichtsrecht ist an § 147 Abs. 1 StPO angelehnt<sup>32</sup> und steht dem bevollmächtigten Rechtsanwalt des Unternehmens zu.

### 5. Eintragung durch Registerbehörde

Konnte das betroffene Unternehmen nachweisen, dass die übermittelten Daten fehlerhaft sind, sieht die Registerbehörde gemäß § 5 Abs. 1 S. 2 WRegG von der Eintragung ab. In allen anderen Fällen wird das Unternehmen in das Register eingetragen.

### 6. Verteilung der Prüfungskompetenzen

Obwohl der Bundesrat in seiner Stellungnahme eine Klarstellung forderte, wer für die Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen zuständig ist,<sup>33</sup> enthält das WRegG hierzu keine expliziten Regelungen. § 4 Abs. 1 WRegG verpflichtet die Ermittlungsbehörden lediglich dazu, Daten an die Registerbehörde zu übermitteln. In § 4 Abs. 2

WRegG wird jedoch auch die Registerbehörde ausschließlich damit beauftragt, die Richtigkeit der übermittelten Daten zu überprüfen. Dementsprechend findet sich keine Regelung, die einer der beteiligten Behörden die Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen und damit insbesondere der Zurechnung eines Delikts zu einem Unternehmen auferlegt.

Die Bundesregierung führte im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses aus, dass die Strafverfolgungsbehörden und die zur Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten berufenen Behörden zwar in ihrer Mitteilung an die Registerbehörde auch die die Zurechnung des Fehlverhaltens zu dem Unternehmen begründenden Umstände der Registerbehörde mitteilen müssten. Dies beinhaltet jedoch nicht die Pflicht zur Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen. Dafür sei die Registerbehörde abschließend und eigenverantwortlich zuständig, da sie die übermittelten Daten prüfe, betroffene Unternehmen anhöre und anschließend über die Eintragung oder Nichteintragung nach § 4 Abs. 2, § 5 Abs. 1 WRegG entscheide.<sup>34</sup>

Das erscheint sinnvoll: Für die zur Übermittlung verpflichteten Behörden würde es einen erheblichen Mehraufwand bedeuten, die Frage der Zurechenbarkeit des Handelns einer natürlichen Person zu einem Unternehmen abschließend zu prüfen. Zudem fehlt es bei den Ermittlungsbehörden in der Regel an der erforderlichen Sachkompetenz, die maßgeblichen Fragestellungen zu beantworten. Schließlich besteht bei einer Prüfungskompetenz der Ermittlungsbehörden auch die Gefahr, dass einzelne Rechtsfragen nicht bundeseinheitlich gehandhabt werden.

Im Ergebnis bedeutet dies also, dass die Ermittlungsbehörden ausschließlich dazu berufen sind, das zur Prüfung der Eintragungsvoraussetzung notwendige Datenmaterial vollumfänglich an die Registerbehörde weiterzugeben. Eine Vorauswahl findet von Seiten der Ermittlungsbehörden nicht statt. Natürlich haben die Ermittlungsbehörden jedoch nur solche Delikte an die Registerbehörde weiterzuleiten, die in § 2 Abs. 1 beziehungsweise 2 WRegG aufgeführt sind.

## IV. Löschung aus dem Register

Die Löschung aus dem Register erfolgt in drei Fällen. Zunächst nimmt die Registerbehörde die Löschung gemäß § 4 Abs. 3 WRegG immer dann vor, wenn ihr – auch durch die Ermittlungsbehörde – Umstände bekannt werden, die einer weiteren Eintragung entgegenstehen. In der Praxis wesentlich häufiger wird eine Löschung gemäß § 8 WRegG dann erfolgen, wenn das eingetragene Unternehmen erfolgreich Selbstreinigungsmaßnahmen durchgeführt hat und damit die – durch das ihr zuzurechnende Delikt verlorene – vergaberechtliche Eignung zurückerlangt hat (hierzu unter 1.). Führt das eingetragene Unternehmen keine oder unzureichende Selbstreinigungsmaßnahmen durch, erfolgt eine Löschung gemäß § 7 WRegG nach drei oder fünf Jahren (hierzu unter 2.).

<sup>31</sup> BT-Drs. 18/12583, S. 11.

<sup>32</sup> A.a.O.

<sup>33</sup> BT-Drs. 18/12497, S. 2 f.

<sup>34</sup> A.a.O., S. 8.

### 1. Vorzeitige Löschung wegen Selbstreinigung

§ 8 Abs. 1 S. 1 WRegG bestimmt, dass ein eingetragenes Unternehmen auf Antrag dann aus dem Register gelöscht wird, wenn es erfolgreich von der Möglichkeit der vergaberechtlichen Selbstreinigung (§ 125 und § 123 Abs. 4 S. 2 GWB) Gebrauch gemacht hat. Das Institut der Selbstreinigung im Vergaberecht war vor ihrer Kodifizierung im Rahmen der letzten Vergaberechtsnovelle lediglich richterrechtlich anerkannt.<sup>35</sup> Es ist Ausfluss des Gedankens der Verhältnismäßigkeit und dient dem Wettbewerbsgrundsatz, indem Unternehmen in den vergaberechtlichen Wettbewerb eintreten können, sobald sie hinreichende Selbstreinigungsmaßnahmen durchgeführt haben.<sup>36</sup>

Gemäß § 8 Abs. 1 S. 3 i. V. m. Abs. 4 S. 1 WRegG ist die Registerbehörde für die Beurteilung des Erfolgs der Selbstreinigungsmaßnahmen zuständig.<sup>37</sup> Voraussetzung für die Einleitung der Prüfung durch die Registerbehörde ist jedoch ein zulässiger Antrag des eingetragenen Unternehmens. Die Voraussetzungen hierfür ergeben sich aus § 8 Abs. 1 S. 2 WRegG und fordern die Glaubhaftmachung eines berechtigten Interesses an der vorzeitigen Löschung. Die Gesetzesbegründung geht davon aus, dass es daran in der Regel nur fehlen wird, wenn das Unternehmen allgemein nicht für die öffentliche Hand tätig ist.<sup>38</sup>

Die Registerbehörde ermittelt den maßgeblichen Sachverhalt gemäß § 8 Abs. 2 S. 1 WRegG von Amts wegen. Der Amtsermittlungsgrundsatz besteht jedoch nur eingeschränkt, da sich die Behörde bei der Prüfung auf die ihr vom Unternehmen übermittelten und ihr sonst bekannten Informationen beschränken kann (§ 8 Abs. 2 S. 2 WRegG). Darüber hinaus steht es in ihrem Ermessen, von dem Antragsteller die Vorlage der strafgerichtlichen Entscheidung / Bußgeldentscheidung beziehungsweise von Gutachten<sup>39</sup> oder anderen Unterlagen zu verlangen, die zur Bewertung der Selbstreinigungsmaßnahmen geeignet sind (§ 8 Abs. 2 S. 3 WRegG). Daneben kann sie zudem die Ermittlungsbehörde um Übermittlung weitergehender Informationen bitten, § 8 Abs. 3 WRegG. Sinnvollerweise übermittelt das eingetragene Unternehmen deshalb bereits mit dem Antrag alle relevanten Informationen und Unterlagen, aus dem sich die durchgeführten Selbstreinigungsmaßnahmen und ihr Umfang ergeben.

Für den Prüfungsmaßstab verweist § 8 Abs. 1 S. 3 WRegG unmittelbar auf die dafür maßgeblichen Vorschriften des GWB. Demnach ist gemäß § 123 Abs. 4 S. 2 GWB in Fällen des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt (§ 266a StGB) oder der Steuerhinterziehung

(§ 370 AO) eine Selbstreinigung dann erfolgreich durchgeführt, wenn das Unternehmen die ausstehenden Forderungen erfüllt oder sich zu ihrer Erfüllung verpflichtet hat.

In allen anderen Fällen muss das Unternehmen gemäß § 125 GWB nachweisen, dass es

- für jeden durch eine Straftat oder ein Fehlverhalten verursachten Schaden einen Ausgleich gezahlt oder sich zur Zahlung eines Ausgleichs verpflichtet hat,<sup>40</sup>
- die Tatsachen und Umstände, die mit der Straftat oder dem Fehlverhalten und dem dadurch verursachten Schaden in Zusammenhang stehen, durch eine aktive Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden und dem öffentlichen Auftraggeber umfassend geklärt hat<sup>41</sup> und
- konkrete technische, organisatorische und personelle Maßnahmen ergriffen hat, die geeignet sind, weitere Straftaten oder weiteres Fehlverhalten zu vermeiden.<sup>42</sup>

Bei der Beurteilung des notwendigen Umfangs der Selbstreinigungsmaßnahmen beachtet die Registerbehörde gemäß § 8 Abs. 4 S. 1 GWB insbesondere die Schwere und die besonderen Umstände der Straftat oder des Fehlverhaltens.<sup>43</sup>

Der Registereintrag wird gelöscht, wenn die Registerbehörde die Maßnahmen zur Selbstreinigung für ausreichend erachtet. Hält sie die Selbstreinigungsmaßnahmen für unzureichend, liegt es gemäß § 8 Abs. 4 S. 2 WRegG in ihrem Ermessen, entweder ergänzende Informationen anzufordern oder den Antrag abzulehnen. In letzterem Fall werden im Register die vom Antragsteller eingereichten Unterlagen (§ 3 Abs. 2 WRegG) ebenso wie die Information gespeichert, dass der Antragsteller erfolglos eine Löschung beantragt hat (§ 8 Abs. 4 S. 4 WRegG).

Das Bundeskartellamt ist schließlich gemäß § 8 Abs. 5 WRegG verpflichtet, Leitlinien zur Anwendung des § 8 Abs. 1 bis 4 WRegG zu erlassen. Insofern ist eine Konkretisierung der Vorschriften zu erwarten, zu deren Einhaltung die Registerbehörde nach den Grundsätzen der Selbstbindung der Verwaltung verpflichtet sein wird.

### 2. Löschung durch Fristablauf

Für die Löschung der Eintragung nach Zeitablauf differenziert das WRegG nach Beginn und Dauer der Frist:

Nach Ablauf von fünf Jahren ab dem Tag der Rechtskraft der Entscheidung sind die folgenden Delikte zu löschen:

- die in § 123 Abs. 1 GWB aufgeführten Straftaten,

<sup>35</sup> *Friton*, in: BeckOK Vergaberecht, 3. Edition (Stand: 15.4.2017), GWB § 125 Rn. 4.

<sup>36</sup> A.a.O., Rn. 2; *Prieß/Simonis*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 4. Aufl. (2016), § 125 GWB Rn. 4.

<sup>37</sup> Hiergegen in rechtspolitischer Hinsicht mit dem Vorwurf der Befangenheit, wenn das Bundeskartellamt auch den zugrundeliegenden Bußgeldbescheid erlassen hat: *Dreher*, NZBau 2017, 313 (314).

<sup>38</sup> BT-Drs. 18/12051, S. 37.

<sup>39</sup> Zur Frage der Neutralität und Überzeugungskraft eines Gutachtens der bei der Selbstreinigung beratenden Kanzlei: *Kubicell/Dust*, jurisPR-StrafR 9/2017 Anm. 1.

<sup>40</sup> Vgl. hierzu *Friton*, in: BeckOK Vergaberecht, GWB § 125 Rn. 9 ff.

<sup>41</sup> Vgl. a.a.O., Rn. 17 ff.

<sup>42</sup> Vgl. a.a.O., Rn. 33 ff.

<sup>43</sup> Beachte aber die laufende Vorlage zum EuGH durch *VK Südbayern*, GRUR Int 2017, 460; vgl. dazu: *Stein/Wolters*, jurisPR-Comp 2/2017 Anm. 1.

- das Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt nach § 266a StGB und
- die Steuerhinterziehung nach § 370 AO (§ 7 Abs. 1 S. 1 WRegG).

Nach Ablauf von drei Jahren ab dem Erlass der Bußgeldentscheidung sind ausschließlich kartellrechtliche Bußgeldentscheidungen zu löschen (§ 7 Abs. 1 S. 2 WRegG).

Alle übrigen Delikte, also

- wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen (§ 298 StGB) sowie Verstöße gegen:
- das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz (§ 8 Abs. 1 Nr. 2, §§ 10-11),
- die Vorschriften zur Beschäftigung von Ausländern nach dem AufenthG (§ 404 Abs. 1 und 2 Nr. 3 des SGB III),
- das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (§§ 15, 15a, 16 Abs. 1 Nr. 1, 1 lit. c, 1 lit. d, 1 lit. f und 2),
- Mindestlohngesetz (§ 21 Abs. 1 und 2) und
- Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (§ 23 Abs. 1 und 2)

werden nach Ablauf von drei Jahren ab Unanfechtbarkeit der Entscheidung gelöscht (§ 7 Abs. 1 S. 3 WRegG).

Die Fristen sollen sich laut Gesetzesbegründung nach den Vorgaben des § 126 GWB über die Höchstdauer des zulässigen Ausschlusszeitraums von der Teilnahme am Vergabeverfahren richten.<sup>44</sup> Bei der Löschung nach fünf Jahren gemäß § 7 Abs. 1 S. 1 WRegG ist dieses Ziel hinsichtlich der über den Verweis auf § 123 Abs. 1 GWB erfassten Delikte erreicht worden.

Für alle anderen Delikte ist es dem Gesetzgeber jedoch nicht geglückt, einen Gleichlauf herzustellen.<sup>45</sup> Deshalb sind dort Fallkonstellationen denkbar, in denen ein Delikt zwar nach § 126 Nr. 2 GWB nicht mehr zur Begründung eines Ausschlusses herangezogen werden kann, dennoch aber nicht nach § 7 WRegG wegen Zeitablaufs aus dem Register zu streichen ist. In diesen Fällen ist es immerhin denkbar, dass die Registerbehörde die Löschung von Amts wegen oder auf Hinweis des eingetragenen Unternehmens nach § 4 Abs. 3 WRegG vornimmt.

## V. Einbindung des Registers in Vergabeverfahren

Bei der Betrachtung der Einbindung des Registers in Vergabeverfahren ist zunächst die Frage relevant, ob und inwieweit öffentlichen Auftraggebern hinsichtlich des Ausschlusses von Unternehmen ein eigener Prüfungsspielraum verbleibt, wenn eine Eintragung vorliegt oder wieder gelöscht worden ist (hierzu unter 1.). Zudem sind die Fälle voneinander abzugrenzen, in denen ein Auftraggeber das Register zwingend zu konsultieren hat und

wann ihm dies freisteht (hierzu unter 2.). Daneben kann der Auftraggeber auch die Ermittlungsbehörden um die Weitergabe ergänzender Informationen bitten (hierzu unter 3.).

### 1. Prüfung des Ausschlusses durch Auftraggeber selbst

Bei der Frage nach den Prüfungskompetenzen eines Auftraggebers sind zwei Fallkonstellationen zu differenzieren:

§ 6 Abs. 5 S. 1 WRegG stellt zunächst im Grundsatz klar, dass eine Eintragung in das Wettbewerbsregister nicht mit dem Ausschluss vom Vergabeverfahren gleichzustellen ist. Denn es legt fest, dass die Entscheidung über einen Ausschluss beim Auftraggeber in eigener Verantwortung verbleibt.<sup>46</sup> Das Register dient somit primär dazu, Auftraggeber über relevantes Fehlverhalten eines Unternehmens zu informieren. Dementsprechend übermittelt die Registerbehörde dem anfragenden Auftraggeber gemäß § 6 Abs. 3 WRegG sämtliche Daten über die sich bewerbenden oder bietenden Unternehmen, die im Register gespeichert sind. Dazu gehören gemäß § 3 Abs. 2 WRegG auch die vom Unternehmen übermittelten Nachweise einer Selbstreinigung, so sie noch nicht zu einer Löschung geführt haben. Besonders wichtig ist diese Regelung im Zeitraum zwischen Antrag auf Löschung und der Löschung selbst, da Auftraggeber ohne weiteres Zutun des Unternehmens in die Lage versetzt werden, selbstständig über den Erfolg der Selbstreinigungsmaßnahmen zu entscheiden.

Ist ein Unternehmen in das Register eingetragen und sind Selbstreinigungsmaßnahmen – wenn überhaupt – nur unzureichend nachgewiesen, bedeutet das in den Fällen des § 2 Abs. 1 Nr. 1 lit. a WRegG, dass ein Auftraggeber gemäß § 123 Abs. 1 GWB grundsätzlich<sup>47</sup> verpflichtet ist, ein solches Unternehmen auszuschließen. Im Falle der Eintragung aller anderen Delikte verbleibt dem Auftraggeber gemäß § 124 Abs. 1 GWB ein Ermessen, ob er das Unternehmen vom Vergabeverfahren ausschließt.

Als Ausnahme vom Grundsatz des § 6 Abs. 5 S. 1 WRegG sind Auftraggeber nach § 6 Abs. 5 S. 1 WRegG in einem Fall an eine Entscheidung der Registerbehörde gebunden: Nimmt diese die Löschung eines Eintrags vor, ist es Auftraggebern gemäß § 7 Abs. 2 S. 1 WRegG verboten, einen Ausschluss auf den zugrundeliegenden Sachverhalt zu stützen. Damit ist den Auftraggebern das Prüfungsergebnis insoweit also vorgegeben. Der große praktische Vorteil dieser Regelung im Vergleich zur bisherigen Rechtslage liegt darin, dass Unternehmen Selbstreinigungsmaßnahmen dadurch nur einmal – gegenüber der Registerbe-

<sup>44</sup> BT-Drs. 18/12051, S. 34.

<sup>45</sup> In Fällen des § 298 StGB erfolgt eine Löschung nach § 7 Abs. 1 S. 3 WRegG nach drei Jahren *ab Unanfechtbarkeit der Entscheidung*, zum Ausschluss berechtigt der Sachverhalt gemäß § 126 Nr. 2 GWB jedoch bereits nach drei Jahren *ab dem betreffenden Ereignis* nicht mehr.

<sup>46</sup> Vgl. auch: *Stein*, jurisPR-Compl 2/2017 Anm. 5.

<sup>47</sup> Ausnahmen nach § 123 Abs. 5 GWB möglich.

hörde – nachweisen müssen. Kommt diese zu einem positiven Prüfergebnis, hat das Auswirkungen für sämtliche Vergabeverfahren, an denen das Unternehmen teilnimmt.

## 2. Konsultation des Registers

Das Register kann nicht nur durch öffentliche Auftraggeber konsultiert werden. Ein Auskunftsrecht besteht gemäß § 5 Abs. 2 S. 2 WRegG auch für Stellen, die ein Präqualifikationsverfahren durchführen und in diesem Rahmen ein Verzeichnis führen.<sup>48</sup> Voraussetzung für die Abfrage des Registers ist in diesem Fall jedoch die Zustimmung des betroffenen Unternehmens.

Hinsichtlich der Konsultation des Registers durch öffentliche Auftraggeber sind drei Fallkonstellationen zu unterscheiden: § 7 Abs. 1 WRegG statuiert die Pflicht das Register abzurufen (hierzu unter a), wohingegen § 7 Abs. 2 WRegG Fälle festlegt, in denen es im Ermessen der Auftraggeber liegt, ob sie das Register konsultieren, sie dazu aber auch befugt sind (hierzu unter b). In allen anderen Fällen ist fraglich, ob Auftraggeber das Register überhaupt um Mitteilung der Eintragungen befragen dürfen (hierzu unter c).

### a) Konsultationspflicht

Gemäß § 6 Abs. 1 WRegG muss jeder öffentliche Auftraggeber vor Erteilung des Zuschlags das Wettbewerbsregister ab einem Auftragswert von 30.000 Euro abfragen. Sektorenauftraggeber und Konzessionsgeber sind erst ab Erreichen der EU-Schwellenwerte gemäß § 106 GWB<sup>49</sup> verpflichtet, das Register vor Zuschlagserteilung abzufragen. Hat ein Auftraggeber jedoch innerhalb der letzten zwei Monate bereits Informationen zu einem Unternehmen abgerufen, so entfällt gemäß § 6 Abs. 1 S. 6 WRegG die Pflicht einer weiteren Abfrage.

### b) Fakultative Konsultation

Gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 1 WRegG liegt es in Fällen unterhalb der zuvor genannten Schwellenwerte im Ermessen der Auftraggeber, das Register zu konsultieren. Für die Praxis äußerst wichtig steht es Auftraggebern auch in Fällen des zweistufigen Vergabeverfahrens nach § 6 Abs. 2 Nr. 2 WRegG frei, im Rahmen des den Verhandlungen vorgeschalteten Teilnahmewettbewerbs das Register zu befragen.

### c) Konsultationsbefugnis unklar

Eine Konsultationspflicht besteht ausdrücklich<sup>50</sup> nicht in den Fällen, in denen das Vergaberecht nicht anwendbar ist. Darunter fallen insbesondere die Fälle der In-house Vergabe gemäß § 108 GWB. Weitere Ausnahmen sind in den §§ 107, 109, 116, 117 oder 145 GWB geregelt. Auslandsdienststellen sind gemäß § 6 Abs. 1 S. 6 WRegG ebenso ausdrücklich von der Pflicht ausgenommen das Register abzurufen.

In diesen Fällen ist jedoch fraglich, ob Auftraggeber überhaupt das Register konsultieren dürfen. Dagegen spricht die Regelung des § 6 Abs. 2 WRegG, der nur für bestimmte Fälle eine Konsultationsbefugnis festlegt. Zwar mag damit eine Entlastung der Registerbehörde bezweckt sein, dies erscheint jedoch nicht in allen Fällen sachgerecht. Denn auch in Situationen einer Direktvergabe können Auftraggeber ein (legitimes) Interesse daran haben, Kenntnis über die Eignung und insbesondere das Fehlen von Ausschlussgründen zu haben.

### 3. Konsultation der Ermittlungsbehörden

Gemäß § 6 Abs. 6 S. 1 WRegG können die Auftraggeber von den Ermittlungsbehörden, die die ursprünglichen Daten übermittelt haben, alle zusätzliche Informationen verlangen, die zur Vergabeentscheidung erforderlich sind. Die Ermittlungsbehörden sind in diesem Falle jedoch nicht verpflichtet der Bitte nachzukommen, § 6 Abs. 6 S. 2 WRegG. Alle Unterlagen, die der Auftraggeber erhält, sind jedoch gemäß § 6 Abs. 7 WRegG vertraulich zu behandeln und dürfen nur für die Vergabeentscheidung genutzt werden.

## VI. Rechtsschutz gegen Entscheidungen der Registerbehörde

Gegen alle Entscheidungen der Registerbehörde ist gemäß § 11 Abs. 1 S. 2 WRegG die Beschwerde zum Vergabesenat des OLG Düsseldorf zulässig. Für das anwendbare Verfahrensrecht verweist § 11 Abs. 1 S. 2 WRegG auf Großteile des § 63 und §§ 66 bis 73 GWB und damit subsidiär die GVG und ZPO.

## VII. Fazit

Die Einführung eines bundeseinheitlichen Wettbewerbsregisters ist grundsätzlich zu begrüßen und ergänzt die im

<sup>48</sup> Vgl. insb. den Verweis auf die Liste des Vereins für die Präqualifikation von Bauunternehmen e.V. in § 6b Abs. 1 Nr. 1 VOB/A EU.

<sup>49</sup> Der Schwellenwert für Vergaben und Wettbewerbe von Sektorenauftraggebern in Ausübung der Sektorentätigkeit für Liefer- und Dienstleistungsaufträge liegt nach Art. 15 lit. a RL 2014/25/EU i. V. m Art. 1 lit. a VO Nr. 2015/7180 bei 418.000 Euro. Der Schwellenwert für öffentliche Bauaufträge im Sektorenbereich nach Art. 15 lit. b RL 2014/25/EU i. V. m Art. 1 Abs. 1 lit. b VO Nr. 2015/2171 ist gegenwärtig auf 5.225.000 Euro festgelegt. Der Schwellenwert für Konzessionen als Gegenwert von Bau- und Dienstleistungen liegt nach Art. 8 Abs. 1 RL 2014/23/EU i. V. m Art. 1 VO Nr. 2015/207289 bei 5.225.000 Euro, siehe *Kau*, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar Bd. 1, 3. Aufl. (2017), GWB § 106 Rn. 37-41, 45.

<sup>50</sup> § 6 Abs. 1 S. 3 WRegG.

April 2016 in Kraft getretene Modernisierung des Vergaberechts sehr sinnvoll.

Das Register bietet allen Vergabestellen zukünftig verlässliche Informationen dazu, ob bei einem ihrer Bewerber/Bieter ein Ausschlussgrund vorliegt. Zudem wird das Institut der Selbstreinigung erheblich aufgewertet. Für eingetragene Unternehmen ist die Selbstreinigung zukünftig die einzige Möglichkeit, eine vorzeitige Löschung aus dem Register zu erreichen. Vielen Unternehmen dürften nun nicht mehr darauf spekulieren, dass zuzurechnende Delikte unbekannt bleiben, sondern die Kosten einer Selbstreinigung auf sich nehmen, um das Risiko einer mindestens dreijährigen faktischen Vergabesperre zu vermeiden.

Für die Ermittlungsbehörden wird sich ein zusätzlicher Mehraufwand ergeben. Zwar sind sie letztlich nicht für

die Entscheidung verantwortlich, ob das Fehlverhalten einer natürlichen Person einem Unternehmen zuzurechnen ist. Dennoch müssen sie alle Daten an die Registerbehörde weiterleiten, die diese für diese Entscheidung bedarf und gegebenenfalls darüber hinaus noch ergänzende Informationen zusammensuchen und an Auftraggeber oder die Registerbehörde weiterleiten.

Besonderes Augenmerk wird nun auf die von der Bundesregierung auf Grundlage des § 10 WRegG zu erlassende Rechtsverordnung zu legen sein. Sie wird insbesondere Inhalt und Umfang der vom Register generell zu speichernden Daten festlegen, das Auskunftsverlangen der Auftraggeber an die Ermittlungsbehörden und schließlich auch die zum Nachweis einer Selbstreinigung erforderlichen Unterlagen konkretisieren.

## ENTSCHEIDUNGEN

**Strafaussetzung zur Bewährung bei fahrlässiger Tötung durch illegale Autorennen**

BGH, Urt. v. 6.7.2017 – 4 StR 415/16

**Die Urteilsgründe bedürfen insbesondere dann einer Auseinandersetzung mit der Frage, ob durch die Entscheidung die Rechtstreue einer über die Besonderheiten des Einzelfalls aufgeklärten Bevölkerung beeinträchtigt wird und die Strafaussetzung zur Bewährung von der Allgemeinheit als ungerechtfertigtes Zurückweichen vor der Kriminalität angesehen werden könnte, wenn eine Häufung von Verkehrsunfällen mit tödlichem Ausgang aufgrund überhöhter Geschwindigkeit in mehreren Regionen festgestellt wird (Leitsatz der Schriftleitung).**

(...)

Der 4. Strafsenat des BGH hat ...

für Recht erkannt:

1. Auf die Revisionen der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des *LG Köln* vom 14.4.2016 mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben, soweit die gegen die Angeklagten erkannten Freiheitsstrafen zur Bewährung ausgesetzt worden sind.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an eine andere *Strafkammer* des *LG* zurückverwiesen.

2. Die weiter gehenden Revisionen werden verworfen.

**Gründe:**

- 1 Das *Landgericht* hat die Angeklagten jeweils wegen fahrlässiger Tötung zu Freiheitsstrafen von zwei Jahren (F.) sowie einem Jahr und neun Monaten (M.) verurteilt; die Vollstreckung beider Freiheitsstrafen hat es zur Bewährung ausgesetzt. Ferner hat es gegen beide Angeklagte Maßregeln nach §§ 69, 69a StGB angeordnet. Hiergegen richten sich die zu Ungunsten der Angeklagten eingelegten und wirksam auf den Strafausspruch beschränkten Revisionen der Staatsanwaltschaft. Die vom Generalbundesanwalt vertretenen Rechtsmittel, die jeweils auf die Verletzung materiellen Rechts gestützt werden, erzielen den aus der Urteilsformel ersichtlichen Teilerfolg. Die Revisionen der Angeklagten hat der *Senat* mit Beschl. v. 6.6.2017 gemäß § 349 Abs. 2 StPO verworfen.

**I.**

- 2 1. Das *LG* hat folgende Feststellungen getroffen:

- 3 Am 14.4.2015 fuhren die Angeklagten mit von ihnen geführten Pkw – F. mit einem BMW 320i, M. mit einem Mercedes Cabrio 280SL – in Köln in Richtung der Rheinterrassen. Auf dem Weg dorthin hatten sie bereits mehrere Fahrzeuge mit überhöhter Geschwindigkeit überholt. Nach einem Halt an einer Lichtzeichenanlage „schossen“ sie (UA 12) mit überhöhtem Tempo – F. voran – rechts an dem auf der D.-Straße fahrenden Kraftfahrzeug eines Zeugen vorbei. An der nächsten Lichtzeichenanlage kam der von M. gefahrene Mercedes dicht hinter dem BMW des Angeklagten F. zum Stehen. Während der Wartezeit spielten die Angeklagten jeweils mit Gaspedal und Bremse, ließen die Motoren aufheulen und rückten Stück für Stück vor. Als die Ampel auf Grün umsprang, gab F. massiv Gas und bog mit quietschenden Reifen nach rechts in den A. weg ab, dicht gefolgt von M. Die zulässige Höchstgeschwindigkeit betrug 50 km/h, das Überholen war durch Zeichen 276 (Anlage 2 zu § 41 StVO) verboten.

- 4 Ohne dies explizit vor ihrer Abfahrt abgesprochen zu haben, entstand zwischen den beiden Angeklagten spätestens jetzt ein „Kräftemessen“, bei dem jeder der beiden dem anderen seine überlegene Fahrkunst und die Leistung seines Fahrzeugs demonstrieren wollte; beide wollten möglichst hohe Geschwindigkeiten erzielen und vor dem anderen am Ziel ankommen. Dabei war ihnen bewusst, dass ihre riskante Fahrweise geeignet war, andere Verkehrsteilnehmer zu gefährden und in einen Unfall – auch mit unbeteiligten Dritten – münden konnte (UA 13). Sie vertrauten jedoch in Überschätzung ihrer Fähigkeiten als Fahrzeugführer darauf, es werde schon nichts passieren. Um diese Zeit (18.45 Uhr) herrschte auf dem A. weg ein relativ geringes Verkehrsaufkommen. Der an erster Stelle fahrende F. beabsichtigte, vor M. zu bleiben und diesen auch bis zu ihrem Ziel – den noch etwa 1.200 bis 1.500 Meter entfernten Rheinterrassen – nicht überholen zu lassen. Nach dem „Blitzstart“ an der Ampel erhöhte er seine Geschwindigkeit immer weiter. M. hatte jedoch beim Anfahren an der Ampel ebenfalls Gas gegeben, hielt mit F. mit und bedrängte diesen, indem er sehr dicht auffuhr. F. gab weiter Gas. Mit stark überhöhter Geschwindigkeit und eng hintereinanderfahrend erreichten sie die erste, weit gezogene Linkskurve. Eine Zeugin, die gerade ihr Fahrrad über die Straße geschoben hatte, erschrak, als sie sah, wie die Angeklagten „Stoßstange an Stoßstange“ und leicht versetzt, wie bei einem „Formel-1-Rennen“, an ihr „vorbeirauschen“ (UA 14). Eine weitere Zeugin, die ihnen auf Höhe der zweiten, ebenfalls weit gezogenen Linkskurve joggend auf der rechten Seite entgegenkam, bekam Angst, als sie die Angeklagten „tänzelnd“, sehr

schnell „wie ein Ball“ auf sich „zujagen“ sah (UA 15). Sie nahm ein Spielen mit dem Gaspedal und laute Musik wahr. Sie wählte sich in großer Gefahr, da sie befürchtete, die Angeklagten würden aufgrund der hohen Geschwindigkeit die Kurve nicht mehr nehmen können und sie überfahren.

- 5 Auch F. befürchtete inzwischen, die Kurve in diesem Tempo nicht mehr befahren zu können, bremste aber aus Angst, M. würde aufgrund des geringen Abstandes mit dem Mercedes auffahren, nicht ab. Es gelang ihm gerade noch, die Kurve zu durchfahren. Hierbei erreichte er eine Geschwindigkeit von etwa 95 km/h; die Kurvengrenzgeschwindigkeit lag an dieser Stelle bei etwa 98 km/h. Aufgrund der hohen Geschwindigkeit geriet der von F. gefahrene BMW ausgangs der Kurve ins „Driften“, zuerst nach rechts, anschließend nach links, wobei er die Mittellinie überfuhr, und anschließend wieder zurück nach rechts. Mit einer Geschwindigkeit von 73 bis 83 km/h stieß der BMW mit dem rechten Hinterrad an die rechtsseitige Bordsteinkante. Anschließend brach er nach links aus und schleuderte in einer linksdrehenden Rotationsbewegung über die gesamte Fahrbahnbreite. Der Pkw schlitterte über die Gegenfahrbahn auf den – in Fahrtrichtung links verlaufenden – Radweg zu und überfuhr die dortige Bordsteinkante. Auf dem Radweg erfasste er die dort mit ihrem Rad fahrende 19jährige Studentin S.; das Fahrrad kollidierte nahezu im rechten Winkel mit der Beifahrerseite des BMW. Die Kollisionsgeschwindigkeit betrug zu diesem Zeitpunkt 48 bis 55 km/h. S. und ihr Rad wurden in das neben dem Weg wachsende Gebüsch geschleudert; sie kam dort zum Liegen. Der BMW schlitterte zurück auf den Radweg, begrub einen Stromkasten unter sich und kam schließlich entgegen seiner ursprünglichen Fahrtrichtung stark beschädigt zum Stehen.
- 6 S. wurde umgehend zur intensivmedizinischen Versorgung in die Universitätsklinik K. gefahren; sie verstarb trotz zeitnaher operativer Versorgung an den Folgen eines zentralen Regulationsversagens.
- 7 2. Das *LG* hat die Angeklagten wegen fahrlässiger Tötung gemäß § 222 StGB verurteilt. Beide Angeklagte hätten entgegen § 29 Abs. 1 StVO ein verbotenes Rennen gefahren und die zulässige Höchstgeschwindigkeit unter Verstoß gegen § 3 Abs. 1 StVO „massiv“ (UA 52) bzw. „weit“ (UA 54) überschritten; M. habe darüber hinaus gegen das in § 4 StVO normierte Abstandsgebot verstoßen.
- 8 Die *Strafkammer* hat die Angeklagten zu den eingangs genannten Freiheitsstrafen verurteilt und bei deren Bemessung auch dem Strafzweck der Generalprävention „Beachtung geschenkt“; sie ist nämlich von einer gemeinschaftsgefährlichen Zunahme solcher oder ähnlicher Straftaten im Kölner Stadtgebiet ausgegangen.
- 9 Die Vollstreckung beider Freiheitsstrafen hat das *LG* zur Bewährung ausgesetzt. Es hat beiden Angeklagten eine günstige Sozialprognose gestellt (§ 56 Abs. 1 StGB), das Vorliegen besonderer Umstände im Sinne des § 56 Abs. 2 StGB bejaht und ferner gemeint, die Verteidigung der Rechtsordnung gebiete es nicht, den Angeklagten die

Strafaussetzung zur Bewährung zu versagen (§ 56 Abs. 3 StGB). Außerdem hat es Maßregeln nach §§ 69, 69a StGB angeordnet.

## II.

- 10 Die Revisionen der Staatsanwaltschaft erweisen sich teilweise als begründet.
- 11 1. Die Rechtsmittel sind wirksam auf den jeweiligen Strafausspruch beschränkt (§ 344 Abs. 1 StPO). (Wird ausgeführt) ...
- 14 2. Die Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft bleiben im Ergebnis ohne Erfolg, soweit sie sich gegen die – nach Auffassung der Beschwerdeführerin zu geringe – Höhe der gegen die Angeklagten verhängten Freiheitsstrafen wenden.
- 15 a) Die Strafzumessung ist grundsätzlich Sache des Tatgerichts. Es ist seine Aufgabe, auf der Grundlage seines umfassenden Eindrucks von der Tat und der Persönlichkeit des Täters die wesentlichen entlastenden und belastenden Umstände festzustellen, sie zu bewerten und hierbei gegeneinander abzuwägen. In die Strafzumessungsentscheidung des Tatgerichts kann das Revisionsgericht nur eingreifen, wenn diese Rechtsfehler aufweist, weil die Zumessungserwägungen in sich fehlerhaft sind, das Tatgericht gegen rechtlich anerkannte Strafzwecke verstoßen hat oder sich die verhängte Strafe nach oben oder unten von ihrer Bestimmung löst, gerechter Schuldausgleich zu sein. Nur in diesem Rahmen kann eine Verletzung des Gesetzes im Sinne des § 337 Abs. 1 StPO vorliegen. Eine ins Einzelne gehende Richtigkeitskontrolle ist dagegen ausgeschlossen (st. Rspr.; vgl. nur *BGH*, Urt. v. 25.4.2017 – 1 StR 606/16 m.w.N.). Dem Revisionsgericht ist es verwehrt, seine eigene Wertung an die Stelle des Tatgerichts zu setzen; vielmehr muss es die von ihm vorgenommene Bewertung bis an die Grenze des Vertretbaren hinnehmen (*BGH*, Urt. v. 2.2.2017 – 4 StR 481/16, *NStZ-RR* 2017, 105 [106]).
- 16 b) Hieran gemessen weist die Festsetzung der gegen die Angeklagten verhängten Freiheitsstrafen keine Rechtsfehler auf.
- 17 aa) Das gilt zunächst, soweit die Beschwerdeführerin und der Generalbundesanwalt meinen, dass die „Kürze der Rennstrecke“ und ein „Augenblicksversagen“ (so der Generalbundesanwalt in seiner Terminalschrift vom 23.12.2016) nicht als strafmildernde Gesichtspunkte hätten berücksichtigt werden dürfen. Von einem „Augenblicksversagen“ ist das *LG* nicht ausgegangen (UA 59). Im Übrigen hängt die Frage, ob ein einzelner Umstand zumessungserheblich und die ihm vom Tatrichter beigelegte Bewertungsrichtung vertretbar ist, insbesondere nicht davon ab, ob die Urteilsausführungen diesen Umstand positiv oder negativ umschreiben. Dies kann vielmehr nur nach Lage des Einzelfalls beurteilt werden (st. Rspr.; vgl. nur *BGH* – Großer Senat für Strafsachen, Beschl. v. 10.4.1987 – GSSSt 1/86, *BGHSt* 34, 345 [349 f.]). Daran gemessen begegnet auch die Erwägung zur „Kürze der

Rennstrecke“ keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken, weil das *LG* ausweislich der getroffenen Feststellungen das gesamte Fahrverhalten der Angeklagten im Blick hatte.

- 18 bb) Im Ergebnis rechtsfehlerfrei hat das *LG* davon abgesehen, das Nachtatverhalten des Angeklagten M. – seine Äußerungen und seine unangemessene Sorge um sein Fahrzeug an der Unfallstelle – strafschärfend heranzuziehen; mit Blick auf den Umstand, dass M. nicht der unmittelbare Verursacher des tödlichen Unfalls war, ist der Schluss der *Strafkammer* auf eine fehlende rechtsfeindliche Einstellung vertretbar.
- 19 cc) Es kann dahinstehen, ob das *LG* bei seiner Strafzumessung mit Recht davon ausgegangen ist, F. habe durch die Fahrt (lediglich) zwei und M. drei Ordnungswidrigkeiten begangen. Der *Senat* schließt aus, dass die *Strafkammer* einer etwaigen Verwirklichung weiterer Ordnungswidrigkeitentatbestände – insbesondere fuhren beide Angeklagte Fahrzeuge, deren Betriebserlaubnisse erloschen waren – zusätzliche strafschärfende Bedeutung beigemessen hätte, da die Anzahl der Verkehrsverstöße nur einer von mehreren Gesichtspunkten war, die das *LG* zur Begründung des zu Recht angenommenen hohen Maßes der Pflichtwidrigkeit herangezogen hat.
- 20 dd) Im Übrigen erschöpft sich der Vortrag der Revisionsführerin in dem Versuch, mit eigenen Wertungen die Strafzumessung des *LG* durch eine eigene zu ersetzen; damit kann sie im Revisionsverfahren nicht gehört werden. Insbesondere hat die *Strafkammer* das besonders hohe Maß der Leichtfertigkeit rechtsfehlerfrei in die Bemessung der Strafen eingestellt. Außerdem hat sie bei beiden Angeklagten dem hier relevanten Aspekt der Generalprävention wegen der signifikanten Zunahme tödlicher Verkehrsunfälle aufgrund deutlich überhöhter Geschwindigkeit im Stadtgebiet von Köln und an anderen Orten bei der Strafzumessung Rechnung getragen und strafschärfend berücksichtigt.
- 21 3. Mit Recht beanstandet die Staatsanwaltschaft indes die Aussetzung der Vollstreckung der beiden Freiheitsstrafen zur Bewährung.
- 22 Nicht anders als die Strafzumessung ist auch die Entscheidung, ob die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe zur Bewährung ausgesetzt wird, grundsätzlich Sache des Tatrichters (st. Rspr.; vgl. nur *BGH*, Urt. v. 26.4.2007 – 4 StR 557/06, NStZ-RR 2007, 232 [233], und v. 21.2.2001 – 1 StR 519/00, NStZ 2001, 366 [367]). Wird eine Strafe zur Bewährung ausgesetzt, müssen die Urteilsgründe in einer der revisionsrechtlichen Überprüfung zugänglichen Weise die dafür maßgebenden Gründe angeben (§ 267 Abs. 3 S. 4 StPO). Dabei reichen formelhafte Wendungen oder die Wiederholung des Gesetzeswortlauts nicht aus (vgl. *Stuckenberg*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 267 Rn. 110 m.w.N.).
- 23 a) Allerdings hat das *LG* beiden Angeklagten rechtsfehlerfrei eine positive Legalprognose im Sinne des § 56 Abs. 1 StGB gestellt. Es hat hierbei im Wesentlichen auf die soziale Eingliederung, den Schulabschluss und die berufliche Perspektive der Angeklagten abgestellt. M. sei nicht vorbestraft, F. „nicht besonders gewichtig“ wegen einer schon länger zurückliegenden Tat. F. sei durch das Verfahren, dem ein außergewöhnlich großes Medieninteresse zuteilgeworden sei, sichtlich beeindruckt; er habe durch sein Geständnis rückhaltlos die Verantwortung für die Tat übernommen. Beiden Angeklagten sei eine Zugehörigkeit zur sog. Raserszene nicht nachzuweisen.
- 24 b) Sowohl die Annahme des *LG*, es lägen bei beiden Angeklagten besondere Umstände im Sinne des § 56 Abs. 2 StGB vor, als auch die Wertung, die Verteidigung der Rechtsordnung gebiete nicht die Vollstreckung der Strafen (§ 56 Abs. 3 StGB), weisen jedoch – auch eingedenk des eingeschränkten revisionsrechtlichen Prüfungsmaßstabs (vgl. dazu *BGH*, Urt. v. 13.7.2016 – 1 StR 128/16) – durchgreifende Rechtsfehler auf.
- 25 aa) Besondere Umstände im Sinne des § 56 Abs. 2 StGB sind Milderungsgründe von besonderem Gewicht, die eine Strafaussetzung trotz des Unrechts- und Schuldgehalts, der sich in der Strafhöhe widerspiegelt, als nicht unangebracht erscheinen lassen. Dazu können auch solche gehören, die schon für die Prognose nach § 56 Abs. 1 StGB zu berücksichtigen waren. Wenn auch einzelne durchschnittliche Milderungsgründe eine Aussetzung nicht rechtfertigen, verlangt § 56 Abs. 2 StGB jedoch keine „ganz außergewöhnlichen“ Umstände. Vielmehr können sich dessen Voraussetzungen auch aus dem Zusammentreffen durchschnittlicher Milderungsgründe ergeben (*BGH*, Beschl. v. 29.7.1988 – 2 StR 374/88, BGHR StGB § 56 Abs. 2 Umstände, besondere 7). Die besonderen Umstände müssen allerdings umso gewichtiger sein, je näher die Freiheitsstrafe an der Zweijahresgrenze liegt (vgl. *BGH*, Urt. v. 12.5.2016 – 4 StR 487/15, NJW 2016, 2349 [2351]; *Fischer*, StGB, 64. Aufl., § 56 Rn. 24). Bei der Prüfung ist eine Gesamtwürdigung von Tat und Persönlichkeit des Verurteilten in einer für das Revisionsgericht nachprüfbarer Weise vorzunehmen. Eine erschöpfende Darlegung aller Erwägungen ist weder möglich noch geboten; nachprüfbar darzulegen sind lediglich die wesentlichen Umstände. Die Entscheidung steht im pflichtgemäßen Ermessen des Tatgerichts; das Revisionsgericht hat dessen, ganz maßgeblich auf dem in der Hauptverhandlung gewonnenen persönlichen Eindruck beruhende Wertungen bis zur Grenze des Vertretbaren zu respektieren (st. Rspr.; vgl. etwa *BGH*, Urt. v. 12.6.2001 – 5 StR 95/01, StV 2001, 676; v. 28.5.2008 – 2 StR 140/08, NStZ-RR 2008, 276; v. 16.4.2015 – 3 StR 605/14 und v. 26.4.2017 – 2 StR 47/17).
- 26 Auch nach diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab begegnet die Annahme besonderer Umstände indes durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Das *LG* hat rechtsfehlerhaft im Wesentlichen keine über die bereits bei der Legalprognose herangezogenen Aspekte hinausgehenden Umstände berücksichtigt; seine Ausführungen schließen mit der Erwartung, dass die Angeklagten nicht erneut straffällig werden. Das genügt den aufgezeigten Anforderungen nicht. Vielmehr lässt dies besorgen, dass die *Straf-*

*kammer* bereits das Vorliegen einer günstigen Legalprognose als solcher einem besonderen Umstand gleichgestellt hat.

- 27 Soweit die *Strafkammer* darüber hinaus – ausdrücklich nur bei F. – „schließlich“ berücksichtigt hat, „dass es sich um ein ungeplantes Fahrlässigkeitsdelikt gehandelt“ habe, lässt dies wesentliche, der Ermessensentscheidung zugrunde zu legende Tatsachen aus. Nach den Feststellungen handelte es sich nämlich um eine bewusste Gefahrschaffung, auch dokumentiert durch die aggressive Fahrweise im Vorfeld der Kollision; darüber hinaus verstießen die Angeklagten vorsätzlich jedenfalls gegen das Rennverbot in § 29 Abs. 1 StVO (vgl. dazu, dass der Verstoß gegen § 29 Abs. 1 StVO „praktisch“ nur vorsätzlich begangen werden kann, die Einordnung dieser Ordnungswidrigkeit als Nr. 248 in Abschnitt II des Bußgeldkatalogs sowie *König*, in: Hentschel/König/Dauer, Straßenverkehrsrecht, 44. Aufl., § 29 StVO Rn. 11). Dieser Umstand gibt der Tat ihr wesentliches Gepräge und durfte bei der Bewährungsentscheidung nach § 56 Abs. 2 StGB nicht außer Acht bleiben.
- 28 bb) Auch die Begründung, mit der das *LG* die Frage verneint hat, ob die Verteidigung der Rechtsordnung eine Vollstreckung der verhängten Freiheitsstrafen gebietet, weist durchgreifende Rechtsfehler auf.
- 29 Strafaussetzung zur Bewährung kann nach § 56 Abs. 3 StGB nur versagt werden, wenn sie für das allgemeine Rechtsempfinden unverständlich erscheinen müsste und dadurch das Vertrauen der Bevölkerung in die Unverbrüchlichkeit des Rechts erschüttert und von der Allgemeinheit als ungerechtfertigtes Zurückweichen vor der Kriminalität angesehen werden könnte (*BGH*, Urt. v. 8.12.1970 – 1 StR 353/70, BGHSt 24, 40 [46]; Beschl. v. 21.1.1971 – 4 StR 238/70, BGHSt 24, 64 [66], jew. zu § 23 Abs. 3 StGB a.F.).

Dies darf freilich einerseits nicht dazu führen, bestimmte Tatbestände oder Tatbestandsgruppen von der Möglichkeit einer Strafaussetzung zur Bewährung auszuschließen (st. Rspr.; vgl. *BGH*, Urt. v. 24.4.1997 – 4 StR 662/96, StV 1998, 260 [Ls], und v. 27.9.2012 – 4 StR 255/12, NStZ-RR 2013, 40 [41]). Andererseits gibt es entgegen der Auffassung des *LG* keine „Regel“, wonach bei Vorliegen besonderer Umstände im Sinne von § 56 Abs. 2 StGB die Verteidigung der Rechtsordnung nach § 56 Abs. 3 StGB der Strafaussetzung nicht entgegensteht. Dem widerspricht schon die Systematik des § 56 StGB, der in Abs. 3 gerade für den Fall einen Versagungsgrund vorsieht, in dem – neben der günstigen Legalprognose – besondere Umstände für eine Strafaussetzung zur Bewäh-

rung sprechen. Es handelt sich vielmehr um unterschiedliche Gesichtspunkte; die Frage, ob die Verteidigung der Rechtsordnung die Vollstreckung gebietet, ist deshalb unter allseitiger Würdigung von Tat und Täter zu entscheiden (vgl. *BGH*, Beschl. v. 21.1.1971 – 4 StR 238/70, BGHSt 24, 64 [69]; Urt. v. 17.3.1994 – 4 StR 4/94, NStZ 1994, 336), wobei generalpräventiven Erwägungen Bedeutung zukommt (*BGH*, Urt. v. 8.12.1970 – 1 StR 353/70, BGHSt 24, 40 [45] mit Nachw. aus der Gesetzgebungsgeschichte; abw. *Groß*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl., § 56 Rn. 42 m.w.N.). Auf das dem jeweiligen Fall entgegengebrachte Medieninteresse kommt es dabei nicht an.

- 30 Eine solche allseitige Würdigung findet sich im angefochtenen Urteil nicht. Vielmehr werden vom *LG* auch hier wesentliche – zuvor festgestellte – Gesichtspunkte nicht erörtert. Die *Strafkammer* rückt das Vorliegen eines Fahrlässigkeitsdelikts in den Vordergrund, spricht von einem „spontane(n) Fehlversagen [...] im Zusammenspiel mit einer Selbstüberschätzung eigener Fahrfertigkeiten und einer Fehleinschätzung der Beherrschbarkeit“ der Fahrzeuge und betont abschließend, dass eine Zugehörigkeit zur sog. Raserszene nicht erwiesen sei.
- 31 Dies verfehlt den aufgezeigten rechtlichen Maßstab und schöpft wesentliche Elemente des zuvor festgestellten Sachverhalts nicht aus: Insbesondere der Umstand, dass die Angeklagten die – zum Tod von S. führenden – Gefahren bewusst geschaffen haben, ist innerhalb von § 56 Abs. 3 StGB von maßgeblicher Bedeutung (*OLG Karlsruhe*, NStZ-RR 2003, 246 [247 f.] in Abgrenzung zu einer „bloßen“ Überschätzung der eigenen Fähigkeiten; vgl. auch *OLG Koblenz*, Blutalkohol 15, 62). Auch die äußerst aggressive Fahrweise der Angeklagten bereits vor der eigentlichen Kollision wird von der *Strafkammer* nicht in die erforderliche Gesamtwürdigung einbezogen (vgl. *OLG Hamm*, NStZ-RR 2014, 321). Bei M. werden die verschiedenen Voreintragungen im Fahreignungsregister – bis hin zu einer Geschwindigkeitsüberschreitung um 58 km/h – nur formelhaft erwähnt (vgl. *OLG Karlsruhe*, NZV 2008, 467 für Fälle der „verantwortungslosen Raserrei“). Stattdessen greift das Landgericht erneut auf Umstände zurück, die es bereits zur Bejahung der günstigen Prognose herangezogen hat. Eine Beantwortung der Frage, ob durch die Entscheidung die Rechtstreue einer über die Besonderheiten des Einzelfalls aufgeklärten Bevölkerung beeinträchtigt wird und die Strafaussetzung von der Allgemeinheit als ungerechtfertigtes Zurückweichen vor der Kriminalität angesehen werden könnte, erfolgt nicht. Dies lag jedoch schon angesichts der festgestellten Häufung von Verkehrsunfällen mit tödlichem Ausgang aufgrund überhöhter Geschwindigkeit in Köln und anderswo (vgl. auch BT-Drs. 18/10145) nahe.

## Rechtmäßigkeit sogenannter legendierter Kontrollen

BGH, Urt. v. 26.4.2017 – 2 StR 247/16

### 1. Zur Rechtmäßigkeit sogenannter legendierter Kontrollen.

**2. Es gibt weder einen allgemeinen Vorrang der Strafprozessordnung gegenüber dem Gefahrenabwehrrecht noch umgekehrt. Die Polizei kann auch während eines bereits laufenden Ermittlungsverfahrens aufgrund präventiver Ermächtigungsgrundlagen zum Zwecke der Gefahrenabwehr tätig werden.**

**3. Ob auf präventiv-polizeilicher Grundlage gewonnene Beweise im Strafverfahren verwendet werden dürfen, bestimmt sich nach § 161 Abs. 2 S. 1 StPO.**

Gründe:

1 Das *LG* hat den Angeklagten wegen Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Freiheitsstrafe von sechs Jahren und sechs Monaten verurteilt. Zudem hat es sichergestellte Betäubungsmittel und den PKW VW Touran des Angeklagten eingezogen sowie den erweiterten Verfall eines sichergestellten Geldbetrags in Höhe von 5.571,13 Euro angeordnet.

2 Dagegen wendet sich der Angeklagte mit seiner auf die Rüge der Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützten Revision. Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

I.

3 1. Nach den Feststellungen wurde der Angeklagte am 17.8.2015 gegen 5.20 Uhr als Führer und alleiniger Insasse seines Fahrzeugs VW Touran von der Bundesautobahn A 3 kommend im Bereich der Ausfahrt L. -S. auf dem Gelände des nahe gelegenen ICE-Bahnhofs einer polizeilichen Personen- und Fahrzeugkontrolle unterzogen.

Dabei entdeckte die Polizei in einem eigens dafür präparierten Hohlraum hinter dem Armaturenbrett des Fahrzeugs insgesamt neun Päckchen Kokain (7.995 Gramm Kokain brutto; 6.500,6 Gramm Kokainhydrochloridanteil). Der Angeklagte hatte das Kokain zuvor von einer unbekannt Person in den Niederlanden übernommen und gegen 4.00 Uhr morgens zwecks gewinnbringenden Weiterverkaufs nach Deutschland eingeführt. Dies entsprach dem gemeinsamen Tatplan des Angeklagten mit dem gesondert Verfolgten B., der sich zur Tatzeit in Marokko aufhielt. B. hatte den Betäubungsmitteltransport telefonisch organisiert und den Kontakt zu dem Lieferanten in den Niederlanden hergestellt. Der Angeklagte war als seine „rechte Hand“ für die Entgegennahme und den Transport der Betäubungsmittel zuständig und hatte zuvor

noch ausstehende Geldbeträge bei Betäubungsmittelabnehmern aus früheren Lieferungen für die Bezahlung des Kokains einzutreiben.

4 2. Das *LG* hat seine Überzeugung von diesem Sachverhalt unter anderem auf die bei der Durchsuchung des Fahrzeugs des Angeklagten erlangten Erkenntnisse und auf die Aussagen der dabei tätig gewordenen Polizeibeamten gestützt. Es hat deren Aussagen zum Auffinden des Kokains im Fahrzeug, die hierzu gefertigten Lichtbilder und das Betäubungsmittelgutachten des Bundeskriminalamts Wiesbaden vom 28. 9. 2015 für verwertbar gehalten. Der Angeklagte hat der Verwertung von Beweismitteln, die mit der Fahrzeugdurchsuchung im Zusammenhang stehen, in der Hauptverhandlung widersprochen, dies vor folgendem Hintergrund:

5 a) Im April 2015 hatte eine Vertrauensperson gegenüber der Kriminalpolizei Frankfurt am Main angegeben, dass eine marokkanische Personengruppe unter Führung eines „“ im Frankfurter Stadtteil P. in großem Stil mit Drogen handele. Daraufhin leitete die Staatsanwaltschaft Frankfurt am Main ein Ermittlungsverfahren ein und führte im Weiteren verdeckte Ermittlungen durch. Aufgrund hierdurch erlangter Erkenntnisse wurden der Angeklagte und der gesondert Verfolgte B. identifiziert und in der Folge als Beschuldigte geführt. Durch Telekommunikationsüberwachungsmaßnahmen erhielten die Ermittlungsbehörden Hinweise auf einen für Mitte August 2015 geplanten Betäubungsmitteltransport des Angeklagten, den der Hintermann B., der Ende Juli 2015 mit seiner Familie vorübergehend nach Marokko gereist war, telefonisch organisiert hatte. Auf Grundlage eines ermittelrichterlichen Beschlusses wurde das Fahrzeug des Angeklagten mit einem Peilsender versehen. Ab dem 14.8.2015 wurde der Angeklagte auch observiert, wodurch die Ermittlungsbehörde Kenntnis von seiner Einreise am frühen Morgen des nächsten Tages in die Niederlande erlangte. Da eine Zusammenarbeit mit den niederländischen Strafverfolgungsbehörden nicht zustande kam, wurde die Observation an der Landesgrenze abgebrochen.

6 b) Am Tattag, dem 17. 8. 2015 gegen 1.15 Uhr, erhielten die ermittelnden Frankfurter Kriminalbeamten über den Peilsender Kenntnis davon, dass sich das Fahrzeug des Angeklagten wieder in Richtung Deutschland in Bewegung gesetzt hatte. Sie besprachen das weitere Vorgehen. Es erschien ihnen notwendig zu verhindern, dass Betäubungsmittel in erheblichem Umfang in Deutschland in Umlauf gerieten; zugleich waren die Beamten an der Sicherung etwaiger Beweise interessiert. Sie wollten auch verhindern, dass der damalige Mitbeschuldigte B., der sich zu diesem Zeitpunkt in Marokko aufhielt, von den be-

- reits laufenden Ermittlungen erfahren und eine Wiederreise nach Deutschland deshalb unterlassen würde. Darum beschlossen sie, das Fahrzeug des Angeklagten in Deutschland – wenn möglich – einer sogenannten legendierten Kontrolle durch Beamte der Verkehrspolizei zu unterziehen, um den Erfolg der laufenden Ermittlungsmaßnahmen gegen den Hintermann nicht zu gefährden. Durch die Legende einer Verkehrskontrolle sollte verhindert werden, dass infolge des Zugriffs auf den Kurier bislang verdeckt geführte, technisch und personell aufwändige Ermittlungen aufgedeckt und der Hintermann in Marokko gewarnt würde. Bei vergleichbaren Lagen war entsprechend verfahren worden, richterliche Durchsuchungsbeschlüsse für zu kontrollierende Fahrzeuge, bei denen ihr Anlass hätte aufgedeckt werden müssen (§ 107 StPO), waren nicht eingeholt worden. Die Beamten hielten auch diesmal die Einholung eines richterlichen Durchsuchungsbeschlusses in Fortsetzung der üblichen Praxis für nicht erforderlich. Dementsprechend verständigten sie die Autobahnpolizei Wiesbaden und fragten vorsorglich die Unterstützung durch einen Diensthundeführer an.
- 7 Nachdem der Angeklagte gegen 4.00 Uhr wieder nach Deutschland eingereist war und die Autobahn A 3 in Richtung Frankfurt am Main befuhr, traf sich eine Streife der Autobahnpolizei Wiesbaden – die Zeugen POKin Bi. und PK-A A. – mit dem Leiter des Observationsteams und weiteren Kriminalbeamten aus Frankfurt am Main auf dem Gelände des ICE-Bahnhofs in M. Der Streife wurde neben der Beschreibung und dem Kennzeichen des Fahrzeugs des Angeklagten mitgeteilt, dass es um das Auffinden professionell verbauten Rauschgifts gehe. Es solle versucht werden, das Fahrzeug anzuhalten. Falls sich für eine Kontrolle ein Vorwand fände, wäre das „schön“. Sofern der Fahrer flüchten würde, sollte er jedoch nicht verfolgt werden. In der Folge wurde die Streife mit Hilfe des Observationsteams an den vom Angeklagten gesteuerten VW Touran „herangeführt“.
- 8 Kurz vor der Abfahrt L. -N. beobachteten die Beamten, dass der Angeklagte an einer Baustelle etwa 10 km/h zu schnell fuhr und nahmen dies zum Anlass für eine Verkehrskontrolle. Sie überholten und setzten das Zeichen „Bitte folgen“. Der Angeklagte kam dem nach und folgte dem Polizeifahrzeug an der Ausfahrt L. -S. auf das Gelände des nahegelegenen ICE-Bahnhofs. Dort teilte POKin Bi. dem Angeklagten mit, dass er zu schnell gefahren sei, verlangte dessen Papiere und fragte ihn, ob er verbotene Gegenstände bei sich führe, was dieser verneinte. Weitere Polizeibeamte kamen hinzu, unter anderem erschien ein Diensthundeführer mit einem Betäubungsmittelspürhund, der das Fahrzeug beschnüffelte und im Bereich der über dem Radio befindlichen Lüftungsdüsen anschlug. Als die Polizeibeamten feststellten, dass die Lüftungsdüsen nicht funktionierten, durchsuchten sie das Fahrzeug eingehender und fanden nach Entfernen des Ablagefachs der Mittelkonsole neun Pakete mit Kokain in einem Hohlraum. Daraufhin belehrten sie den Angeklagten als Beschuldigten und nahmen ihn vorläufig fest.
- 9 c) Die Beamten der Verkehrspolizei fertigten auf der Dienststelle einen Bericht, in dem sie Hinweise auf die Ermittlungen der Kriminalpolizei Frankfurt am Main unterließen, wodurch der Eindruck entstand, es habe sich um eine zufällige Verkehrskontrolle gehandelt.
- 10 KOK Z. von der Polizeidirektion Limburg, der die polizeilichen Ermittlungen in der Folge führte, wurde nach Dienstantritt von der Sicherstellung des Kokains informiert und belehrte den Angeklagten ein weiteres Mal mündlich als Beschuldigten, ohne auf das Ermittlungsverfahren in Frankfurt am Main hinzuweisen. Auf seine Frage, wieviel Kokain im Fahrzeug gewesen sei, antwortete der Angeklagte: 6,5 kg. Auf Vorhalt, es seien aber bereits 8 kg brutto sichergestellt worden, zuckte er lediglich mit den Schultern. Weitere Angaben zur Sache machte der Angeklagte weder im Ermittlungsverfahren noch im Rahmen der Hauptverhandlung.
- 11 Der Haftrichter des *AG Limburg an der Lahn* erließ am 18.8.2015 in Unkenntnis der Ermittlungen der Kriminalpolizei in Frankfurt am Main antragsgemäß Haftbefehl gegen den Angeklagten wegen Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge. Der gesondert Verfolgte B. reiste am 4.9.2015 wieder in die Bundesrepublik Deutschland ein. Am 19.10.2015 wurde er aufgrund eines Haftbefehls des Amtsgerichts Frankfurt am Main vorläufig festgenommen und befindet sich seitdem in Untersuchungshaft. Mit Datum vom 20.10.2015 übersandte die Kriminaldirektion Frankfurt am Main einen Vermerk an den Ermittlungsführer der Kriminaldirektion Limburg, der die Erkenntnisse aus dem Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft Frankfurt am Main zusammenfasste. Daraus ergab sich auch, dass die Fahrzeugkontrolle nicht zufällig durchgeführt worden war. Der Vermerk ging am 23.10.2015 bei der Staatsanwaltschaft Limburg ein, die ihn per Telefax am 26.10.2015, mehrere Wochen vor Anklageerhebung am 7.12.2015, an den Verteidiger des Angeklagten übersandte.
- II.
- 12 Die von dem Angeklagten erhobenen Verfahrensbeanstandungen, die sich unter verschiedenen Gesichtspunkten gegen die Verwertung der im Rahmen der „legendierten Kontrolle“ (vgl. hierzu *LG Münster*, Beschl. v. 1.9.2014 – 9 Qs 220 Js 66/14 - 41/14, NStZ 2016, 126 mit Anm. *Gubitz*; *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, 60. Aufl. [2017], § 105 Rn. 1a; *Mosbacher*, JuS 2016, 706 [707 f.]; *Nowrousian*, Heimliches Vorgehen und aktive Täuschung im Ermittlungsverfahren, 2015, S. 95 ff.; *ders.* Kriminalistik 2013, 105 ff.; *Müller/Römer*, NStZ 2012, 543 ff.; *Tönsgerlemann*, AW-Prax 2012, 168) gewonnenen Beweismittel wenden, dringen nicht durch.
- 13 1. Die auf eine Verletzung der § 105 Abs. 1 S. 1 StPO, § 102 StPO i.V.m. § 337 StPO gestützte Verfahrensrüge, mit der sich der Beschwerdeführer gegen die Verwertung von Beweismitteln wendet, die im Zusammenhang mit der polizeilichen Durchsuchung seines Fahrzeugs erlangt wurden, hat keinen Erfolg.

- 14 Die zulässig erhobene Rüge ist unbegründet. Das vom Angeklagten geltend gemachte Verwertungsverbot besteht nicht. Die Durchsuchung des Fahrzeugs ohne vorherige richterliche Anordnung war nach hessischem Gefahrenabwehrrecht zulässig, die aufgefundenen Beweismittel waren gemäß § 161 Abs. 2 S. 1 StPO verwertbar (vgl. *BGH*, Beschl. v. 8.12.2015 – 3 StR 406/15, NStZ-RR 2016, 176 zu §§ 22, 23 Nds. SOG).
- 15 a) Entgegen der Auffassung des *LG* stellt die bundesgesetzliche Norm des § 36 Abs. 5 StVO keine Ermächtigungsgrundlage für die Fahrzeugdurchsuchung dar. § 36 Abs. 5 StVO berechtigt nur zu verkehrsbezogenen Maßnahmen, die der Sicherheit und Ordnung des Straßenverkehrs dienen, wie etwa zur Überprüfung der Fahrtauglichkeit des Fahrers, des Zustands der Ausrüstung des Fahrzeugs oder dessen Beladung (vgl. *OLG Celle*, Beschl. v. 23.7.2012 – 31 Ss 27/12, StraFo 2012, 419 [420 f.]; *Müller/Römer*, NStZ 2012, 54 [546]; *Janker/Hühnermann*, in: *Burmann pp.*, Straßenverkehrsrecht, 24. Aufl. [2016], § 36 StVO Rn. 12; *König*, in: *Hentschel pp.*, Straßenverkehrsrecht, 43. Aufl. [2016], § 36 StVO Rn. 24 m.w.N.; differenzierend *Nowroussian*, Heimliches Vorgehen und aktive Täuschung im Ermittlungsverfahren, 2015, S. 108 f.). Auf solche verkehrsbezogenen Umstände bezog sich die Fahrzeugdurchsuchung aber gerade nicht, vielmehr diente sie allein dem Auffinden und der Sicherstellung der im Fahrzeug vermuteten Betäubungsmittel.
- 16 b) Die Fahrzeugdurchsuchung war indes nach § 37 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 3 HSOG (i.V.m. § 36 Abs. 1 Nr. 1 HSOG bzw. § 40 Nr. 1 und 4 HSOG) gerechtfertigt. Zum Zeitpunkt der Durchsuchung lagen in formeller und materieller Hinsicht alle Voraussetzungen der gefahrenabwehrrechtlichen Ermächtigungsgrundlage vor. Einer vorherigen richterlichen Anordnung bedurfte es nach diesen Vorschriften nicht.
- 17 aa) Nach § 37 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 36 Abs. 1 Nr. 1 HSOG können die Polizeibehörden Sachen durchsuchen, die von einer Person mitgeführt werden, hinsichtlich der Tatsache die Annahme rechtfertigen, dass sie Gegenstände mit sich führt, die sichergestellt werden dürfen. Gleiches gilt nach § 37 Abs. 1 Nr. 3 HSOG, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sich in der zu durchsuchenden Sache eine andere Sache befindet, die sichergestellt werden darf. Sichergestellt werden können Sachen nach hessischem Gefahrenabwehrrecht etwa, um eine gegenwärtige Gefahr abzuwehren (§ 40 Nr. 1 HSOG) oder wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass sie zur Begehung einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit gebraucht oder verwertet werden sollen (§ 40 Nr. 4 HSOG). Danach gestatten die gefahrenabwehrrechtlichen Vorschriften insbesondere auch die Suche nach illegalen Betäubungsmitteln (*BGH*, Beschl. v. 8.12.2015 – 3 StR 406/15, NStZ-RR 2016, 176 zu den insoweit nahezu gleichlautenden §§ 22, 23, 26 Nds. SOG; *Pewestorf/Söllner/Tölle*, Praxishandbuch Polizei- und Ordnungsrecht, S. 320 Rn. 215). Die wegen Art. 13 GG strengeren Voraussetzungen für die Durchsuchung von Wohnungen (vgl. §§ 38, 39 HSOG) gelten für eine Fahrzeugdurchsuchung nicht.
- 18 bb) Die Maßnahme diene sowohl der Beweisgewinnung als auch der Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr, hier dem Inverkehrgelangen einer großen Menge von gefährlichen Betäubungsmitteln. Den Beamten der Autobahnpolizei Wiesbaden war von den Kriminalbeamten aus Frankfurt am Main mitgeteilt worden, dass sie das Fahrzeug wegen "professionell verbauten Rauschgifts" überprüfen sollten; zudem hatte während der Kontrolle der angeforderte Spürhund angeschlagen. Damit lagen aus Sicht der handelnden Polizeibeamten tatsächliche Anhaltspunkte dafür vor, dass der Angeklagte in seinem Fahrzeug (verbotene) Gegenstände im Sinne von § 37 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 3 HSOG (i.V.m. § 40 Nrn. 1 und 4 HSOG) mit sich führte, von denen eine Gefahr ausging. Die Durchsuchung des vom Angeklagten mitgeführten Fahrzeugs war für die Zweckerreichung, hier die Sicherstellung der im Fahrzeug befindlichen Betäubungsmittel, auch unabdingbar.
- 19 c) Der polizeirechtlichen Rechtmäßigkeit der Maßnahme steht nicht entgegen, dass zum Zeitpunkt der Fahrzeugdurchsuchung bereits ein Anfangsverdacht einer Straftat gegen den Angeklagten vorlag, der auch ein Vorgehen nach §§ 102, 105 StPO ermöglicht hätte (vgl. *BGH*, Beschl. v. 8.12.2015 – 3 StR 406/15, NStZ-RR 2016, 176; kritisch *Mosbacher*, JuS 2016, 706 [708]).
- 20 aa) Nach den Feststellungen beabsichtigte die Polizei nicht nur, die Betäubungsmittel zwecks Gefahrenabwehr aus dem Verkehr zu ziehen, sondern verfolgte daneben auch das Ziel der Beweissicherung in einem potentiellen Strafverfahren gegen den Angeklagten und dessen Hintermann. Damit handelte es sich bei der Fahrzeugdurchsuchung um eine sogenannte doppel funktionale Maßnahme, bei der die Polizei mit jeweils selbständiger präventiver und repressiver Zielsetzung tätig wurde (vgl. hierzu *BayVGH*, Beschl. v. 5.11.2009 – 10 C 09.2122, BayVbl 2010, 220; *Schoch*, JURA 2013, 1115 [1116 ff.]; *Ehrenberg/Frohne*, Kriminalistik 2003, 737; *Götz*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 15. Aufl., S. 209 Rn. 15; vgl. auch *Bertram*, Die Verwendung präventivpolizeilicher Erkenntnisse im Strafverfahren, 2009, S. 209 f.; *Rieger*, Die Abgrenzung doppel funktionaler Maßnahmen der Polizei, 1994, S. 5 f.). Von solchen „echten“ doppel funktionalen Maßnahmen abzugrenzen sind polizeiliche Maßnahmen, die nur deswegen auch präventiven Charakter besitzen, weil durch die Strafverfolgung ein entsprechender unselbständiger Nebeneffekt erzielt wird, etwa dass der Betroffene durch Festnahme an der Fortsetzung seiner strafbaren Handlung faktisch gehindert wird. In einem solchen Fall der „Prävention durch Repression“ ist das polizeiliche Vorgehen schon nach seiner alleinigen Zwecksetzung ausschließlich strafprozessualer Natur (vgl. *Denninger/Rachor*, Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl., S. 1252 Rn. 30; *Götz*, a.a.O., S. 209 f.). So liegt der Fall hier nicht, da die Durchsuchung des Fahrzeugs auch den selbständigen präventiv-polizeilichen Zweck verfolgte, das Inverkehrbringen von Betäubungsmitteln in erheblichem Umfang in Deutschland zu verhindern.
- 21 bb) Wie die Rechtmäßigkeit einer „echten“ doppel funktionalen Maßnahme der Polizei zu beurteilen ist und welche

Konsequenzen sich daraus für das Strafverfahren ergeben, ist umstritten.

- 22 (1) Nach einer Literaturmeinung ist ein Rückgriff auf Normen des Gefahrenabwehrrechts immer dann ausgeschlossen, wenn gegen den Betroffenen der Maßnahme gleichzeitig ein Anfangsverdacht einer Straftat besteht. Der absolute Vorrang strafprozessualer Vorschriften sei unabdingbar, weil ansonsten eine Umgehung der teilweise strengeren Voraussetzungen der Strafprozessordnung bzw. ein Kontrollverlust der Justiz drohe (*Gubitz*, NSTZ 2016, 128; *Müller/Römer*, NSTZ 2012, 543 [547]; *Schoreit*, in: KK-StPO, 6. Aufl. [2008], § 152 Rn. 18c).
- 23 (2) In Anlehnung an die sogenannte Schwerpunkttheorie (vgl. *BVerwG*, Beschl. v. 22.6.2001 – 6 B 25/01, NVwZ 2001, 1285 [1286]; Urt. v. 3. 12. 1974 – I C 11.73, BVerwGE 47, 255 [264 f.]; *BayVGH*, Beschl. v. 5.11.2009 – 10 C 09.2122, BayVbl 2010, 220; weitere Nachweise in *Schenke*, NJW 2011, 2838 [2841 f.]), die für die Prüfung der Rechtswegzuständigkeit zwischen Verwaltungsgerichtsbarkeit und ordentlicher Gerichtsbarkeit entwickelt wurde (vgl. *BVerwG*, Beschl. v. 22.6.2001 – 6 B 25/01, NVwZ 2001, 1285 [1286]), soll für die Beurteilung, ob eine Maßnahme an Ermächtigungsgrundlagen aus dem Gefahrenabwehrrecht oder aus der Strafprozessordnung zu messen sei, entscheidend sein, wo der Schwerpunkt des polizeilichen Eingreifens liegt (vgl. etwa *Ehrenberg/Frohne*, Kriminalistik 2003, 737 [749 f.]).
- 24 (3) Nach anderer Auffassung endet mit der Annahme eines konkreten Anfangsverdachts einer Straftat nicht die Möglichkeit der Polizei, auch nach Gefahrenabwehrrecht vorzugehen (*LG Münster*, Beschl. v. 1.9.2014 – 9 Qs 220 Js 66/14 – 41/14, NSTZ 2016, 126 [127]); *Nowroussian*, Heimliches Vorgehen und aktive Täuschung im Ermittlungsverfahren, 2015, S. 97 ff.; *ders.*, Kriminalistik 2013, 105 ff.; *Tönsgelermann*, AW-Prax 2012, 168 [169]). Vielmehr könnten nach Einleitung eines Ermittlungsverfahrens Strafverfolgung und Gefahrenabwehr zulässigerweise parallel betrieben werden (*Kniesel*, ZRP 1987, 377 [378 f.]). Beide Aufgabenbereiche stünden gleichberechtigt nebeneinander (vgl. *Tönsgelermann*, AW-Prax 2012, 168 [169]). Eine echte doppel funktionale Maßnahme sei schon dann rechtmäßig, wenn sie zur Verfolgung nur eines der beiden Zwecke rechtmäßig ist (vgl. *Schwan*, VerwArch 1979, 109 [129]). Teilweise wird der Polizei ein Wahlrecht eingeräumt, ob sie auf strafprozessualer oder polizeirechtlicher Grundlage tätig wird (*Bäcker*, Kriminalpräventionsrecht, 2015, S. 358 f.). In Situationen, in denen sich die Notwendigkeit ergebe, sowohl zum Zweck der Gefahrenabwehr als auch zum Zweck der Strafverfolgung tätig zu werden, wie z.B. typischerweise bei Entführung, Geiselnahme oder Terrorlagen, habe die Polizei im Einzelfall zu entscheiden, welcher Staatsaufgabe der Vorrang einzuräumen sei (*Rudolphi*, in: SK-StPO, 10. Aufl., Lfg. [1994], Vorbem. § 94 Rn. 12; *Nowroussian*, Kriminalistik 2013, 105 [106 f.]). Im Zweifelsfall gelte vorrangig Gefahrenabwehrrecht (*Kniesel*, Kriminalistik 1987, 316; *Pieroth/Schlink/Kniesel*, Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl., S. 24 f. Rn. 12). Dies bringe den verfassungsrechtlichen Grundsatz zur Geltung, dass im Zweifel die
- Abwehr drohender Gefahren wichtiger sei als die Verfolgung schon begangener Straftaten, und komme in den „Gemeinsamen Richtlinien der Justizminister/-senatoren und der Innenminister/-senatoren des Bundes und der Länder über die Anwendung unmittelbaren Zwanges durch Polizeibeamte auf Anordnung des Staatsanwalts“ (Anlage A zur RiStBV, BAnz 2007, 7950) zum Ausdruck. Diese sehen in Abschnitt B. III vor, dass der Staatsanwalt allgemeine Weisungen erteilt, der Polizeibeamte die Ausführung übernimmt, beide einvernehmlich zusammenarbeiten, im Einzelfall abgewogen wird, ob Gefahrenabwehr oder Strafverfolgung den Vorzug verdient und dass im Zweifel der Polizeibeamte entscheidet.
- 25 cc) Nach Ansicht des *Senats* besteht weder ein allgemeiner Vorrang der Strafprozessordnung gegenüber dem Gefahrenabwehrrecht noch umgekehrt ein solcher des Gefahrenabwehrrechts gegenüber der Strafprozessordnung. Auch bei Vorliegen eines Anfangsverdachts einer Straftat im Sinne des § 152 Abs. 2 StPO ist ein Rückgriff auf präventiv-polizeiliche Ermächtigungsgrundlagen rechtlich möglich. Insbesondere bei sogenannten Gemengelagen, in denen die Polizei sowohl repressiv als auch präventiv agieren kann und will, bleiben strafprozessuale und gefahrenabwehrrechtliche Maßnahmen grundsätzlich nebeneinander anwendbar. Im Einzelnen:
- 26 (1) Das Gesetz kennt keinen Vorrang strafprozessualer Vorschriften gegenüber dem Gefahrenabwehrrecht.
- 27 Gefahrenabwehr ist eine zentrale staatliche Aufgabe, die gegenüber der Strafverfolgung eigenständige Bedeutung hat und nicht hinter ihr zurücktritt (vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 14.9.1989 – 2 BvR 1062/87, BVerfGE 80, 367 [380] und v. 8.3.1972 – 2 BvR 28/71, BVerfGE 32, 373 [380]). Vielmehr stehen Gefahrenabwehr und Strafverfolgung als staatliche Aufgaben mit unterschiedlicher Zielrichtung gleichberechtigt nebeneinander (vgl. *BVerwG*, Beschl. v. 22.6.2001 – 6 B 25/01, NVwZ 2001, 1285 [1286]).
- 28 So spricht die gesetzgeberische Entscheidung in § 10 Abs. 3 ZollIVG dafür, dass die Anwendung der Regelungen zur Gefahrenabwehr auch bei Vorliegen eines strafprozessualen Anfangsverdachts weiterhin möglich ist (vgl. auch *LG Münster*, Beschl. v. 1.9.2014 – 9 Qs-220 Js 66/14 – 41/14, NSTZ 2016, 126 [127]). § 10 Abs. 2, 3 ZollIVG gestattet die Kontrolle und Durchsuchung von Personen, wenn tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass vorschriftswidrig Waren eingeführt werden, die der zollamtlichen Überwachung unterliegen. Aus solchen Anhaltspunkten kann sich gerade auch ein Anfangsverdacht für strafbewehrte Verstöße etwa gegen das Waffengesetz, das Gesetz über explosionsgefährliche Stoffe (SprengG) oder das Betäubungsmittelgesetz ergeben; gleichwohl ist in § 1 Abs. 3 ZollIVG gesetzlich vorgesehen, dass die dem Recht der Gefahrenabwehr zuzuordnende zollamtliche Überwachung der Gewährleistung der Einhaltung der nationalen und der gemeinschaftsrechtlichen Verbote und Beschränkungen des grenzüberschreitenden Warenverkehrs dient (vgl. *Erbs/Kohlhaas/Häberle*, Strafrechtliche Nebengesetze, 212. Erg.Lfg., ZollIVG § 1 Rn. 7). Die Vorschrift

richtet sich damit nicht nur gegen Störer, sondern typischerweise auch gegen „materiell Beschuldigte“. Sie wäre sinnlos, würde der Anfangsverdacht strafbaren Handelns ihre regelmäßig gegebene Anwendung hindern (vgl. *Nowroussian*, *Kriminalistik* 2013, 105 [106 f.]).

- 29 Auch die verfassungsrechtliche Kompetenzordnung schließt den Zugriff auf Vorschriften der Landespolizeigesetze in der vorliegenden Konstellation nicht aus. Vielmehr sind die einschlägigen landesrechtlichen Regelungen des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts grundsätzlich weder der konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes zuzuordnen (vgl. *Maunz/Dürig/Uhle*, GG, 79. EL, Art. 70 Rn. 111 m.w.N.) noch enthält das Bundesrecht Vorschriften, die einen Ausschluss entsprechender Präventivmaßnahmen im Geltungsbereich der Strafprozessordnung normieren (vgl. *BVerwG*, Beschl. v. 22.6.2001 – 6 B 25/01, NVwZ 2001, 1285 [1286]).
- 30 Eine starre Verweisung auf die Strafprozessordnung würde es den Gefahrenabwehrbehörden unmöglich machen, adäquat und flexibel auf neue, häufig nicht vorhersehbare Gefahrenlagen zu reagieren. Die Grenzen zwischen präventivem Handeln und repressivem Vorgehen können fließend sein und sich je nach Sachlage kurzfristig und kaum vorhersehbar verändern. Relevant wird dies etwa bei Ermittlungen im Bereich des Terrorismus (vgl. etwa *BGH*, Urt. v. 14.8.2009 – 3 StR 552/08, BGHSt 54, 69 [78 ff.] – „Al Qaida“) oder bei Vorfeldstraftaten des kriminalpräventiven Strafrechts (etwa § 89a StGB), bei denen der Anfangsverdacht regelmäßig eng an der Schnittstelle zur Gefahrenabwehr liegt (vgl. hierzu *Bäcker*, *Kriminalpräventionsrecht*, 2015, S. 358 f.). Eine Kombination von Strafverfolgung und Verhütung von Straftaten ergibt sich typischerweise auch bei Geiselnahmen (vgl. *Schäfer*, GA 1986, 49 [56 f.], wonach der Präventionsauftrag – z.B. bei Tötung des Geiselnahmers – einen sogar strafverfolgungsverhindernden Vorrang gewinnen kann). Von den zuständigen Polizeibehörden verlangt das Gesetz insbesondere in diesen Konstellationen die Wahrnehmung beider staatlicher Aufgaben mit jeweils unterschiedlicher Zielsetzung.
- 31 Schließlich lässt sich auch dem Legalitätsprinzip (§ 152 Abs. 2 StPO, § 163 Abs. 1 StPO) kein generelles Über- oder Unterordnungsverhältnis von Strafverfolgung und Gefahrenabwehr entnehmen (vgl. *Bäcker*, *Kriminalpräventionsrecht*, 2015, S. 359; anders *Schoreit*, DRiZ 1987, 401 [402]). Solange der repressive Zugriff zeitlich nur hinausgeschoben und nicht ganz oder teilweise unterlassen wird, ist Raum für kriminalstrategisches Vorgehen (vgl. etwa *Diemer*, in: KK-StPO, 7. Aufl., § 152 Rn. 6; *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, 60. Aufl., § 152 Rn. 6; *Wesslau/Deiters*, in: SK-StPO, 5. Aufl., Vor § 151 ff. Rn. 19).
- 32 (2) Die Gefahr der bewussten Umgehung strafprozessualer Voraussetzungen bzw. der Aushöhlung von Beschuldigtenrechten (vgl. *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, 60. Aufl., § 105 Rn. 16; *Hauschild*, in: MüKo-StPO, § 108 Rn. 7; *Müller/Römer*, NSTZ 2012, 543 [547]) wird erst bedeutsam, wenn es um die Verwertbarkeit der präventiv-polizeilich gewonnenen Erkenntnisse im Strafverfahren geht (dazu unten II.1.d) und rechtfertigt nicht die Annahme eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorrangs des Strafprozessrechts vor dem Gefahrenabwehrrecht.
- 33 (3) Dieser Auffassung steht Rechtsprechung anderer Senate des *BGH* nicht entgegen.
- 34 (a) Der Entscheidung des 1. Strafsenats zum Lockspitzeinsatz (*BGH*, Urt. v. 18.11.1999 – 1 StR 221/99, BGHSt 45, 321 [337 f.]), wonach präventive Vorschriften in der dort vorliegenden Konstellation nicht anzuwenden waren, lag zugrunde, dass das Ziel des Einsatzes der Vertrauensperson als Lockspitzel von vornherein ausschließlich repressiver Natur war. Danach kann eine Behörde, die mit ihrem Handeln allein repressive Ziele verfolgt, ihre Maßnahmen nicht auf Normen der Gefahrenabwehr stützen (so auch *Nowroussian*, *Kriminalistik* 2013, 105 [106 f.]). Zu einem allgemeinen Vorrang der Strafprozessordnung gegenüber der Gefahrenabwehr bei echten doppelfunktionalen Maßnahmen verhält sich die Entscheidung nicht.
- 35 (b) Ebensowenig ist in Entscheidungen des 4. und des 5. Strafsenats zu einer polizeirechtlichen Zollkontrolle bei der Durchsuchung von Gepäck eines Beschuldigten am Flughafen (*BGH*, Beschl. v. 21.7.2011 – 5 StR 32/11, StraFo 2011, 358 [359]) bzw. einer durch die Polizei vorgetauschten „allgemeinen“ Verkehrskontrolle, nachdem die Polizei zuvor Luft aus dem Reifen des Täterfahrzeugs gelassen hatte (*BGH*, Urt. v. 11.2.2010 – 4 StR 436/09, NSTZ 2010, 294), ein Vorrang der Strafprozessordnung gegenüber dem Polizeirecht postuliert worden. Vielmehr sind – jeweils nicht tragend – die Rechtsgrundlage der Verwendung präventiv-polizeilich gewonnener Daten im Strafverfahren (vgl. *BGH*, Beschl. v. 21.7.2011 – 5 StR 32/11, StraFo 2011, 358 [359]) bzw. das Erfordernis der Aktenwahrheit unter dem Gesichtspunkt der Darstellung eines unwahren Sachverhalts in der Ermittlungsakte erörtert worden (vgl. *BGH*, Urt. v. 11.2.2010 – 4 StR 436/09, NSTZ 2010, 294), wobei wohl auch der 4. Strafsenat davon ausgeht, dass bei einer legendierten Kontrolle sicherstellte Betäubungsmittel grundsätzlich zu Beweis Zwecken verwertbar sind.
- 36 (c) Der 3. Strafsenat (*BGH*, Beschl. v. 8.12.2015 – 3 StR 406/15, NSTZ-RR 2016, 176; kritisch *Mosbacher*, JuS 2016, 706 [708]) geht ausdrücklich von einem möglichen Nebeneinander von Strafprozessrecht und Gefahrenabwehrrecht aus. Besteht bei einer Verkehrskontrolle wegen wahrgenommenen Cannabisgeruchs der auf Tatsachen basierende Verdacht, dass sich in dem Fahrzeug oder bei den im Wagen befindlichen Personen Betäubungsmittel befinden, so ist die Durchsuchung gefahrenabwehrrechtlich zulässig und die daraus gewonnenen Erkenntnisse sind gemäß § 161 Abs. 2 StPO verwertbar.
- 37 d) Die aufgrund der gefahrenabwehrrechtlich zulässigen Fahrzeugdurchsuchung gewonnenen Erkenntnisse konnten im vorliegenden Fall nach § 161 Abs. 2 S. 1 StPO gegen den Angeklagten im Strafverfahren verwendet werden.

- 38 aa) Die Vorschrift regelt die Verwendung von Daten im Strafverfahren, die durch andere – nichtstrafprozessuale – hoheitliche Maßnahmen erlangt wurden. § 161 Abs. 2 StPO (sowie weitere Verwendungsregelungen, vgl. § 477 Abs. 2 StPO) wurde mit dem „Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen [...]“ vom 21.12.2007 (BGBl. I 2007, S. 3198) in die Strafprozessordnung eingefügt. Der Bundesgesetzgeber wollte damit unter anderem die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Datenverwendung umsetzen. Er hat daher die „Umwidmung“ und die Verwendung der durch verdeckte Ermittlungsmaßnahmen auf anderer – insbesondere präventiv-polizeilicher – Rechtsgrundlage erlangter Daten als Beweismittel in Strafverfahren in § 161 Abs. 2 StPO gesetzlich geregelt (BT-Drs. 16/5846, S. 3, 64). Gedanklicher Anknüpfungspunkt des § 161 Abs. 2 StPO ist die Idee des hypothetischen Ersatzeingriffs (BT-Drs. 16/5846, S. 64) als genereller Maßstab für die Verwendung von personenbezogenen Informationen zu Zwecken des Strafverfahrens, die nicht auf strafprozessualer Grundlage erlangt worden sind (vgl. *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, 60. Aufl., § 161 Rn. 18b; *Zöller*, in: HK-StPO, 5. Aufl., § 161 Rn. 31; BT-Drs. 16/5846, S. 64). Mit Blick auf das Prinzip des hypothetischen Ersatzeingriffs hat sich der Gesetzgeber in Kenntnis der unterschiedlichen formellen Voraussetzungen gesetzlicher Ermächtigungsgrundlagen für eine Lösung nach rein materiellen Gesichtspunkten entschieden. Damit kommt es bei der „Umwidmung“ von auf präventiv-polizeilicher Rechtsgrundlage erlangter Daten nach § 161 Abs. 2 S. 1 StPO gerade nicht darauf an, ob die formellen Anordnungsvoraussetzungen nach der Strafprozessordnung, wie hier etwa das Vorliegen einer richterlichen Durchsuchungsanordnung, gewahrt worden sind (vgl. *Ziegler/Vordermayer*, in: SSW-StPO, 2. Aufl., § 161 Rn. 27; *Zöller*, in: HK-StPO, 5. Aufl., § 161 Rn. 31). Vielmehr setzt die Datenverwendung nach § 161 Abs. 2 Satz 1 StPO grundsätzlich nur voraus, dass die zu verwendenden Daten polizeirechtlich rechtmäßig erhoben wurden (vgl. *BGH*, Beschl. v. 8.12.2015 – 3 StR 406/15, NStZ-RR 2016, 176; Urt. v. 14.8.2009 – 3 StR 552/08, BGHSt 54, 69 [79] m.w.N.; so wohl auch *BGH*, Beschl. v. 5.11.2013 – 5 StR 173/13; *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, 60. Aufl., § 161 Rn. 18b, c), sie zur Aufklärung einer Straftat dienen, aufgrund derer eine solche Maßnahme nach der Strafprozessordnung hätte angeordnet werden dürfen, und dass die materiell-rechtlichen Voraussetzungen für eine entsprechende Beweisgewinnung gemäß der Strafprozessordnung vorgelegen haben. Die mögliche Gefahr der Umgehung der engeren formellen Voraussetzungen der strafprozessualen Eingriffsnorm hat der Gesetzgeber gesehen, aber ersichtlich hingenommen (vgl. BR-Drs. 275/07, S. 148).
- 39 bb) Diese Voraussetzungen des § 161 Abs. 2 S. 1 StPO sind vorliegend gegeben. Die Erkenntnisse aus der Fahrzeugdurchsuchung dienen zur Aufklärung einer „schweren Straftat“ im Sinne des § 100a Abs. 2 Nr. 7 StPO, aufgrund derer eine Durchsuchung nach der Strafprozessordnung ohne weiteres hätte angeordnet werden dürfen.
- 40 Dem steht nicht entgegen, dass die gefahrenabwehrrechtliche Durchsuchung des Kraftfahrzeugs nach § 37 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 3 HSOG (i.V.m. § 36 Abs. 1 Nr. 1 HSOG bzw. § 40 Nr. 1 und 4 HSOG) – anders als bei einer Durchsuchung nach §§ 102, 105 StPO – grundsätzlich auch ohne richterlichen Durchsuchungsbeschluss zulässig ist. Entscheidend ist, dass ein Ermittlungsrichter bei hypothetischer Betrachtung einen entsprechenden richterlichen Durchsuchungsbeschluss auf strafprozessualer Grundlage zweifelsfrei erlassen hätte.
- 41 Eine – den Rückgriff auf hypothetische Erwägungen hindernde – rechts-missbräuchliche Umgehung der Anordnungsvoraussetzungen der strafprozessualen Eingriffsmaßnahme durch die Wahl der Maßnahme (vgl. *BGH*, Urt. v. 14.8.2009 – 3 StR 552/08, BGHSt 54, 69 [89 f.] m.w.N.) ist hier nicht ersichtlich. Eine solche Umgehung läge etwa vor, wenn Gefahrenabwehrrecht zur Legitimierung einer in Wahrheit bezweckten Strafverfolgungsmaßnahme vorgeschoben wird, weil in Wirklichkeit keine Gefahrenabwehr bezweckt wird. Entsprechendes gilt, wenn eine gefahrenabwehrrechtliche Maßnahme nur deshalb gewählt wird, weil eine vergleichbare Maßnahme nach der Strafprozessordnung nicht möglich wäre, z.B. weil die Annahme bestanden hätte, dass ein Ermittlungsrichter einen nach der Strafprozessordnung erforderlichen Beschluss aus einem anderen Grund nicht erlassen hätte.
- 42 So verhielt es sich hier indes nicht: An einer jedenfalls auch präventiven Zwecksetzung der Maßnahme durch die Polizeibeamten besteht bei der Suche nach mitgeführten gefährlichen Gegenständen (wie Betäubungsmittel, Waffen, Sprengstoff) kein Zweifel (anders etwa, wenn die Durchsuchung ausschließlich der Beweissicherung dient, z.B. bei der Suche nach der „verschripteten Buchführung“ des Betäubungsmittel-Händlers). Aus gefahrenabwehrrechtlicher Sicht durfte die Polizei eingreifen, weil anderenfalls eine große Menge gefährlicher Betäubungsmittel in Umlauf zu gelangen drohte. Angesichts der Erkenntnisse aus der Telefonüberwachung und der Observation sowie des sich daraus ergebenden Verdachts eines schwerwiegenden Betäubungsmitteldelikts hätte ein richterlicher Durchsuchungsbeschluss gegen den Angeklagten auch ohne weiteres erwirkt werden können. Vom Einsatz strafprozessualer Maßnahmen wurde allein deshalb abgesehen, um die gegen den gesondert Verfolgten B. laufenden Ermittlungen nicht zu offenbaren, wodurch dessen Ergreifung vereitelt worden wäre. Eine staatliche Pflicht, gegenüber dem Angeklagten strafprozessual tätig zu werden, und ihm gegenüber damit zwangsläufig sämtliche Ermittlungsergebnisse zu offenbaren, bestand aus rechtlichen Gründen zu diesem Zeitpunkt nicht (vgl. dazu unten II.3. und 4.).
- 43 2. Ohne Erfolg bleibt auch die Verfahrensbeanstandung, das Landgericht habe die Aussage des Zeugen KOK Z. über die teilgeständige Einlassung des Angeklagten bei seiner polizeilichen Beschuldigtenvernehmung am 17.8.2015 wegen eines Verstoßes gegen § 163a Abs. 4 S. 2 StPO i.V.m. § 136 Abs. 1 S. 2 StPO zu Unrecht verworfen.

- 44 a) Nach den Feststellungen belehrte der Zeuge KOK Z. den Angeklagten als Beschuldigten, „ohne auf das Verfahren in Frankfurt und die bereits seit längerem laufenden Ermittlungen hinzuweisen“.
- 45 Die Revision ist der Auffassung, die Beschuldigtenbelehrung habe nicht den Anforderungen des § 163a Abs. 4 S. 2 StPO i.V.m. § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO entsprochen. Zum einen hätte der Angeklagte auf das schon länger dauernde Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft Frankfurt am Main gegen ihn und den gesondert Verfolgten B. und die sich daraus ergebenden Verdachtsmomente hingewiesen werden müssen. Zum anderen müsste die Belehrung über den Tatvorwurf auch unvollständig gewesen sein, insbesondere hätte dem Angeklagten der Tatvorwurf der Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge eröffnet werden müssen.
- 46 b) Ungeachtet einer etwaigen Unzulässigkeit der Rüge – die Revision teilt den genauen Inhalt der Belehrung nicht mit und verschweigt im Übrigen, dass der Belehrung durch KOK Z. bereits eine Beschuldigtenbelehrung durch PK Mo. unmittelbar nach dem Auffinden des Kokains im Fahrzeug vorausgegangen war – hätte die Rüge auch in der Sache keinen Erfolg.
- 47 aa) Nach § 163a Abs. 4 S. 1 StPO ist dem Beschuldigten bei seiner ersten Vernehmung durch Beamte des Polizeidienstes zu eröffnen, welche Tat ihm zur Last gelegt wird. Grundsätzlich gelten für die Belehrung eines Beschuldigten dieselben Regeln, gleichgültig ob er von einem Richter (§ 136 StPO), einem Staatsanwalt (§ 163a Abs. 3 S. 2 StPO) oder von einem Polizeibeamten vernommen wird (§ 163a Abs. 4 StPO). Eine Ausnahme gilt nach § 163a Abs. 4 S. 1 StPO lediglich insoweit, als ein Polizeibeamter, anders als ein Richter oder Staatsanwalt, nicht verpflichtet ist, die möglichen Strafvorschriften zu nennen (vgl. *BGH*, Beschl. v. 6.3.2012 – 1 StR 623/11, *NStZ* 2012, 581, [582]; *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, 60. Aufl., § 163a Rn. 4). Der Tatvorwurf muss dem Beschuldigten in groben Zügen so weit erläutert werden, dass er sich sachgerecht verteidigen kann, jedoch nicht so weit, dass die Aufklärung des Sachverhalts und damit die Effektivität der Strafverfolgung darunter leiden (*Diemer*, in: *KK-StPO*, 7. Aufl., § 136 Rn. 8; *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, 60. Aufl., § 136 Rn. 6; *Rogall*, in: *SK-StPO*, 5. Aufl., § 136 Rn. 69 m.w.N.). So ist der Vernehmende nicht verpflichtet, dem Beschuldigten alle bis dahin bereits bekannten Tatumstände mitzuteilen; insbesondere hat der Vernehmende hinsichtlich der Ausgestaltung der Eröffnung im Einzelnen einen gewissen Beurteilungsspielraum (*BGH*, Beschl. v. 6.3.2012 – 1 StR 623/11, *NStZ* 2012, 581 [582]; *Meyer-Goßner/Schmitt*, a.a.O.; *Diemer*, in: *KK-StPO*, a.a.O.; *Ziegler/Vordermayer*, in: *SSW-StPO*, 2. Aufl., § 163a Rn. 25; *Schuhr*, in: *MüKo-StPO*, § 136 Rn. 21). Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der Vorschrift, wonach die Tat und nicht die Beweismittel zu eröffnen sind sowie aus § 147 Abs. 2 StPO, wonach Akteneinsicht versagt werden kann, soweit dies den Untersuchungszweck gefährdet (vgl. *Rogall*, in: *SK-StPO*, 5. Aufl., § 136 Rn. 69 m.w.N.).
- 48 bb) Nach diesen Maßstäben musste der Polizeibeamte nicht sämtliche Ermittlungsergebnisse aus der Telefonüberwachung und der Observation offenbaren. Eine Belehrung über die Genese des Tatverdachts zu diesem frühen Zeitpunkt war vor dem Hintergrund der laufenden verdeckten Ermittlungsmaßnahmen gegen den in Marokko befindlichen Hintermann B. aus ermittlungstaktischen Gründen nicht erforderlich.
- 49 Fraglich ist jedoch, ob KOK Z. – sollte er die Hintergründe der Fahrzeugkontrolle überhaupt gekannt haben – den ihm als Vernehmenden zustehenden Beurteilungsspielraum überschritten hätte, wenn er dem Beschuldigten den Tatverdacht hinsichtlich der Einfuhr des sichergestellten Kokains verschwiegen hätte. Zwar kann bei mehreren Taten die Vernehmung zunächst auf nur eine Tat beschränkt werden, sofern insoweit eine Trennung sachlich möglich ist (*Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, 60. Aufl., § 136 Rn. 6; *Diemer*, in: *KK-StPO*, 7. Aufl., § 136 Rn. 8; a.A. *Gleiß*, in: *Löwe-Rosenberg*, StPO, 26. Aufl., § 136 Rn. 24 f.). Ob das auch gilt, wenn zwei Betäubungsmitteltatbestände – wie Einfuhr und Handeltreiben – tateinheitlich begangen werden, ist zweifelhaft, kann hier aber dahinstehen. Der Senat muss ebenfalls nicht entscheiden, ob die – möglicherweise unzulängliche – Belehrung überhaupt das Aussageverhalten des Beschuldigten beeinflusst hat und damit ein Verwertungsverbot begründen könnte (vgl. *BGH*, Beschl. v. 6.3.2012 – 1 StR 623/11, *NStZ* 2012, 581 [582]), zumal der noch mehrere Wochen vor Anklageerhebung umfassend über den Tatvorwurf unterrichtete Beschuldigte in der Hauptverhandlung von seinem Schweigerecht Gebrauch gemacht hat. Jedenfalls ist auszuschließen, dass das Urteil auf einem etwaigen Verstoß gegen Belehrungsvorschriften beruht. Die knappe Einlassung des Beschuldigten gegenüber KOK Z., es handle sich bei dem aufgefundenen Kokain um 6,5 kg, war für die Strafkammer ausweislich der Urteilsgründe nicht von ausschlaggebender Bedeutung. Vielmehr hat sie ihre Überzeugung von der Einfuhr und dem täterschaftlichen Handeltreiben mit 8 kg Kokain aufgrund der Inhalte der Telefonüberwachung und der Observationsmaßnahmen sowie aufgrund der Sicherstellung der Betäubungsmittel gewonnen.
- 50 3. Das vom Beschwerdeführer geltend gemachte Beweisverwertungsverbot ergibt sich auch nicht unter dem Gesichtspunkt eines Verstoßes gegen das faire Verfahren.
- 51 Auch Verstöße gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens müssen mit einer Verfahrensrüge geltend gemacht werden (*BGH*, Urt. v. 11.2.2010 – 4 StR 436/09, *NStZ* 2010, 294; *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, 60. Aufl., Art. 6 MRK Rn. 5a; *Schädler/Jakobs*, in: *KK-StPO*, 7. Aufl., Art. 6 MRK Rn. 35). Eine zulässige Verfahrensrüge ist insoweit nicht erhoben. Die Revision greift die Verwertung von Beweismitteln ausschließlich mit der Begründung an, die Polizeibeamten hätten gegen den Richtervorbehalt gemäß § 105 StPO verstoßen und bei der ersten polizeilichen Beschuldigtenvernehmung Belehrungspflichten verletzt. Verletzungen des Rechts auf ein faires Verfahren werden damit nicht geltend gemacht.

52 4. In der Sache merkt der *Senat* an:

53 a) Das Verhalten der Ermittlungsbehörde, die in Frankfurt geführten Hintergrundermittlungen gegen den Angeklagten zunächst nicht aktenkundig zu machen und damit dem Ermittlungsrichter in Limburg einen unvollständigen Sachverhalt zu unterbreiten, ist im Hinblick auf den Fair-trial-Grundsatz und das Gebot der Aktenwahrheit und der Aktenvollständigkeit nicht unbedenklich. Grundsätzlich muss sich aus den Akten ergeben, welche konkreten Ermittlungsmaßnahmen durchgeführt worden sind und welchen Erfolg sie gehabt haben. Zwar besteht bei Gefährdung des Untersuchungszwecks unter anderem nach § 147 Abs. 2 S. 1 StPO die Möglichkeit, dem Verteidiger vor Abschluss der Ermittlungen die Einsicht in die Akten insgesamt oder teilweise zu versagen. Auch die Unterrichtung über die durchgeführte Observation konnte aus diesem Grund bis zu zwölf Monate ohne richterliche Zustimmung zurückgestellt werden (vgl. § 101 Abs. 4 S. 1 Nr. 11, Abs. 5, Abs. 6 S. 1 StPO). Jedoch muss das im Vorverfahren tätige Gericht – hier der Ermittlungsrichter in Limburg – den Gang des Verfahrens ohne Abstriche nachvollziehen können, denn es muss in einem rechtsstaatlichen Verfahren schon der bloße Anschein vermieden werden, die Ermittlungsbehörden wollten etwas verbergen (*BVerfG*, Beschl. v. 14.7.2016 – 2 BvR 2474/14, StV 2017, 361 [362 f.]). Eine etwaige Aktenunvollständigkeit hat die Staatsanwaltschaft als Herrin des Ermittlungsverfahrens zu vertreten. Sie hat für ein justizförmiges Verfahren – auch durch ihre Ermittlungspersonen – zu sorgen. Sie trägt die Grundverantwortung für die rechtlich einwandfreie Beschaffung der Beweismittel (*BVerfG*, Beschl. v. 14.7.2016 – 2 BvR 2474/14, a.a.O.). Das wiederum setzt – wie hier geschehen – eine umfassende und vollständige Information der ermittelnden Staatsanwaltschaft durch die Polizei voraus. Zwar entscheidet die Polizei grundsätzlich in eigener Verantwortung, ob sie auf präventiver Grundlage tätig wird. Ob und in welcher Weise dabei angefallene Erkenntnisse als Beweismittel in das Strafverfahren eingeführt werden, obliegt jedoch einzig der Entscheidung der Staatsanwaltschaft, die deshalb über etwaige Hintergründe von polizeilichen Ermittlungen bzw. präventiver Maßnahmen nicht im Unklaren gelassen werden darf. Nur dann ist ein faires rechtsstaatliches Verfahren gewährleistet.

54 b) Welche Konsequenzen sich aus einem Verstoß gegen die vorskizzierten Maßstäbe ergeben würden, ist abhängig von den Umständen des Einzelfalls.

55 Hier sind die Erkenntnisse der Kriminalpolizei Frankfurt am Main zu den Observations- und Telekommunikationsüberwachungsmaßnahmen mehrere Wochen vor Anklageerhebung zur Akte gelangt und der Verteidigung unverzüglich durch die Staatsanwaltschaft übermittelt worden. Damit war dem Angeklagten die Möglichkeit eröffnet, sich in Kenntnis aller ihn belastenden Umstände durch rechtzeitige Benennung seiner Mittäter und umfassende Aufdeckung der Tat gemäß § 31 BtMG die Stellung eines Kronzeugen zu verschaffen. Auch konnte die Strafkammer – wie hier geschehen – den Umstand, dass es sich um ein observiertes Betäubungsmittelgeschäft gehandelt hatte, bei ihrer Strafzumessungsentscheidung berücksichtigen (vgl. *Senat*, Beschl. v. 24.1.2017 – 2 StR 477/16). Die Verteidigungsrechte des Angeklagten in der Hauptverhandlung waren damit in keiner Weise berührt (vgl. *BGH*, Urt. v. 11.2.2010 – 4 StR 436/09, NStZ 2010, 294, sowie *Müller/Römer*, NStZ 2012, 543 [545]).

### III.

56 Die auf die Sachrüge veranlasste umfassende Überprüfung des Urteils hat keinen Rechtsfehler zu Ungunsten des Angeklagten ergeben.

## BUCHBESPRECHUNGEN

**Maximilian Immig: Die Selbstbestimmungsaufklärung im Arztstrafrecht.  
Eine kritische Betrachtung der Übertragung  
der zivilrechtlichen Rechtsprechung in das Strafrecht**

von Prof. Dr. Gunnar Dutte

2016, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, ISBN: Peter Lang GmbH, Frankfurt a. M., ISBN: 978-3-8487-3112-1, S. 220, Euro 58,00.

Bis heute schwimmt das Arztstrafrecht geradezu wie selbstverständlich im Sog der zivilrechtlichen Judikatur zur ärztlichen Aufklärung (wie auch zur Kategorie des Behandlungsfehlers nach Maßgabe des medizinischen „Standards“): Was die Zivilgerichte in zahllosen Einzelfällen vor allem an unvorhersehbaren (aber „eingriffsspezifischen“) Risiken des Heileingriffs als aufklärungspflichtig deklarieren, wird im Strafrecht um der „Einheitlichkeit“ des ärztlichen Pflichtenkanons willen bislang unverändert übernommen und zum Maßstab auch der strafrechtlichen Inverantwortungnahme erhoben. Dass eine Sanktionierung wegen Körperverletzung, je nach Behandlung der Irrtumsproblematik ggf. sogar wegen § 227 StGB, dem (allenfalls) begangenen (freiheitsspezifischen) Unrecht nicht gerecht wird, bekümmert das sonst so sehr auf seine Rechtsgutsdoktrin pochende Strafrecht bis heute nicht sonderlich; mehr noch geht beim *BGH* in Strafsachen das „Harmoniestreben“ sogar so weit, eine dezidiert im Lichte der zivilprozessualen Beweislastfrage entwickelte Rechtsfigur, die hypothetische Einwilligung, ungeachtet der massiven Bedenken sowohl dogmatischer wie rechtspraktischer Natur experimentierhalber in das Strafrecht zu überführen. Schon mehrfach wurde gerade in letztgenanntem Zusammenhang angemahnt, sich nicht auf eine Linderung der Symptome zu beschränken, sondern an den Wurzeln des Übels – der überzogenen Reichweite der ärztlichen Aufklärungspflicht – anzusetzen. Es ist nachdrücklich zu begrüßen, dass die vorliegende, unter der Betreuung von *Kudlich* entstandene Dissertation mit diesem Leitgedanken ernst macht und ein Konzept der genuin strafbewehrten Aufklärungspflichtverletzung ausarbeitet.

Dazu wird lobenswert zunächst die unsichere Reichweite der sog. Selbstbestimmungsaufklärung exemplifiziert, die insbesondere dadurch geprägt ist, dass sich die zivilrechtliche Judikatur vom Ausgangspunkt eines nur „im Großen und Ganzen“ geschuldeten Informationstransfers im Rahmen einer ausdifferenzierten Typenbildung und Kasuistik weit entfernt hat (S. 28 ff., 41 ff.). In der Tat ist der behandelnde Arzt – vor allem auch aufgrund der Unvorherseh-

barkeit der jeweiligen Anforderungen im konkreten Einzelfall – „permanent der Gefahr ausgesetzt, [...] zivil- und strafrechtlich zur Verantwortung gezogen zu werden“ (S. 53). Die dysfunktionalen Folgen für das ärztliche Selbstverständnis und Ideal einer vertrauensvollen Arzt-Patienten-Beziehung sind bekannt und werden seit langem unter dem Schlagwort der „Defensivmedizin“ kritisch diskutiert – eine medizinethische Dimension, der sich Verf. leider nicht näher widmet. Weil die als „Haftungskorrektiv“ gedachte hypothetische Einwilligung nicht überzeugen kann (solider Überblick auf S. 111 ff., freilich ohne das Spektrum an Argumenten und Literatur auszuschöpfen) und selbst bei extensiver Annahme eines vorsatzausschließenden Erlaubnistatumsirrtums (S. 89 ff., 103 f.) noch immer eine Sanktionierung wegen strafbarer Fahrlässigkeit droht (S. 105 ff.), sprechen gute Gründe für eine „Reduzierung der Aufklärungsanforderungen im Strafrecht“ (S. 143 ff.).

Den Bezugspunkt hierfür will Verf. aus einer zutreffenden Einsicht in die Rechtsgutsdimension des § 223 StGB gewinnen: Danach bildet das Selbstbestimmungsrecht kein eigenständiges Schutzgut neben der körperlichen Unversehrtheit, sondern ist in diesem Kontext stets ein allein „körperbezogenes Dispositionsrecht“ (S. 158: das dem „primären Schutzgut der körperlichen Unversehrtheit zu ... dienen“ habe). Hieraus wird gefolgert, dass infolgedessen auch die Selbstbestimmungsaufklärung nur so weit strafrechtlich abgesichert sein kann, wie es um die „wesentlichen körperlichen Auswirkungen“ des intendierten Heilgriffs geht: Nur soweit die ärztliche Aufklärung dem Patienten ermögliche, „eine im Hinblick auf seine körperliche Unversehrtheit autonome Entscheidung zu treffen“, sei sie von strafrechtlicher Relevanz; andernfalls „liefe man Gefahr, dass die primäre Rechtsgutsbestimmung der §§ 223 ff. StGB außer Acht gelassen“ werde (S. 174). Die Krux an dieser Sichtweise besteht allerdings darin, dass der zur Eingrenzung des Pflichtenkreises in Anspruch genommene „Körperlichkeitsbezug“ im Kontext eines ärztlichen Eingriffes immer per se gegeben ist – denn für den Patienten läuft das Prozedere am Ende stets auf die Entscheidung hinaus, ob er seine körperliche Unversehrtheit um des erhofften Heilerfolges willen vorübergehend preisgeben will oder nicht. Von hier aus lässt sich daher ohne Zusatzkriterium (das dann jedoch zum eigentlichen

Abgrenzungsmaßstab mutiert!) keine Begrenzung erreichen, was Verf. ungewollt selbst einräumt, wenn er die alte „im-Großen-und-Ganzen“-Formel wiederaufleben lassen will (so explizit S. 175; für die Verlaufsaufklärung S. 183). Denn für die damit postulierte Unterscheidung zwischen „wesentlichen“ und „unwesentlichen“ Informationen gibt es keine im Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit verankerte (objektive) Matrix, was in der Vergangenheit doch eben zu der beanstandeten Ausweitung geführt hat. Es gehört deshalb schon eine gewisse Chuzpe dazu, die alte, aus einer pragmatischen Intuition entstandene Formel gleichsam als *Deus ex machina* zu präsentieren, der auch noch die Rechtssicherheit und gesetzliche Bestimmtheit der strafrechtlichen Grenzen garantiere (so S. 152, 163 f. et passim).

Das fehlende begründende Fundament zeigt sich dort am deutlichsten, wo die bisherige arztrechtliche Judikatur am stärksten angefochten war: bei der Reichweite der Risikoaufklärung. Hier will Verf. mittels des Kriteriums der „Komplikationsdichte“ – verstanden als „Produkt aus der [statistischen, Zusatz *G.D.*] Eintrittswahrscheinlichkeit eines negativen Ereignisses und dessen Ausmaß“ (S. 187) – die Aufklärungsnotwendigkeiten des behandelnden Arztes auf dasjenige Maß begrenzen, was für „den (?) Patienten“ unverzichtbar ist, um „die Gefahrenlage in Bezug auf seine körperliche Unversehrtheit realistisch einschätzen“ zu können (S. 189). Zu einer „realistischen“ Einschätzung zählt jedoch aus objektiver Weltansicht uneingeschränkt jede Information, sofern und solange sie auch nur in irgendeinem gedanklichen Zusammenhang mit der Sachgegebenheit steht. Wer sich als Patient etwa auch für das besonders seltene Risiko eines Impfschadens – einem von Verf. gerne angeführten Beispiel folgend – interessiert, weil er seine Abwägung von Nutzen und Risiken auf möglichst vollständiger Informationsgrundlage treffen will, orientiert sich bei seiner Einschätzung nicht an „unrealistischen“ Gegebenheiten – im Gegenteil: Aus objektiver Sicht entfernt sich doch eher derjenige von den „Realitäten“, der einen Teil der Faktenwelt ignorieren will – wenn auch vielleicht aus dem verständlichen Motiv, sich vor einem „Übermaß“ zugunsten seiner Entscheidungsfähigkeit zu bewahren.

An diesem Punkt erhebt sich nun aber das gewichtigste Bedenken gegen die von Verf. präferierte Sichtweise: Sie sucht nach einer „objektiven“, d.h. generellen Grenzlinie zwischen Wissenswertem und zu Vernachlässigendem zwecks Abwendung einer übermäßigen Kriminalisierung der Ärzte (z.B. S. 211: „effektiven Weg ..., ärztliches Aufklärungsverhalten angemessen zu entkriminalisieren“), vergisst dabei aber denjenigen, um dessen „selbstbestimmte“ Entscheidung willen die Aufklärungspflicht überhaupt erst ihren Sinn erfährt: den individuellen Patienten. Während zu Beginn noch betont wird, dass der tradierte Paternalismus einer „individualistischen Einstellung“ gewichen sei (S. 15), sieht Verf. im Kontext der eigenen Positionierung eine Befugnis des behandelnden Arztes, Fragen des Patienten abzuweisen, die „wesentlich“ über eine Aufklärung „im Großen und Ganzen“ hinausgehen (S. 176 f.): Der Leser versteht: Ein individuali-

sierter Informationsanspruch würde die postulierte „objektive“ Grenzlinie untergraben, und damit der Affront im Lichte des Autonomieprinzips (das eigentlich die eigene Konzeption als weiteres Leitprinzip durchaus anleiten soll: S. 173) nicht gar so harsch ausfällt, wird die patientenunabhängige Informationsbarriere mit Hilfe der diffusen Klausel des „Wesentlichen“ bzw. „Unwesentlichen“ abgefedert (paradigmatisch für die dadurch produzierte Vagheit S. 176: „Fragen ..., die über den Bereich einer Aufklärung im Großen und Ganzen hinausgehen, dürfen nicht gänzlich [?] ignoriert werden“). Welche Informationen aber für die höchstpersönliche Entscheidung über Ob und Inwieweit des ärztlichen Heileingriffs wesentlich sind, vermag einzig und allein der betroffene individuelle (und keine postulierte Maßfigur des durchschnittlichen, typischen u.a.m.) Patient(en) zu beurteilen. Wenn es wirklich darum gehen sollte, dem Patienten eine „Übermaßaufklärung“ zu ersparen (die Verf. zu Recht beklagt, vgl. S. 54), dann wäre weit grundsätzlicher zu fragen, warum sich die ärztliche Aufklärungspflicht dann nicht sogleich am jeweiligen Informationsbedürfnis im konkreten Fall orientiert. Weil Verf. diese Grundfrage seines Themas von vornherein ausspart und die neuere Literatur hierzu übersieht (z.B. *Duttge*, Die Rolle der Wahrheit im Medizinrecht, in: Nembach [Hrsg.], *Informationes Theologiae Europae* 23 [2015], S. 193 ff.), gerät er erst in Versuchung, das Selbstbestimmungsrecht zu kastrieren und z.B. die Aufklärung über Behandlungsalternativen für strafrechtlich irrelevant zu erklären (S. 204 ff.). Auf der Strecke bleibt dabei die allgemeine Einsicht, dass sich die Entscheidungsfreiheit des Menschen maßgeblich an der (zutreffenden) Kenntnis und Einschätzung aller bestehenden Optionen bemisst. Konkret: Wenn dem Patienten künftig nicht mehr gesagt zu werden braucht, dass er womöglich auch ohne künstliches Kniegelenk einigermaßen schmerzfrei und ohne Inkaufnahme der Operationsrisiken eine Lebensperspektive haben kann, wird man von einem „informed consent“ beim besten Willen nicht mehr sprechen können.

Dass Verf. die tradierten („objektiven“) Einschränkungen der Aufklärungspflicht „aus therapeutischen Gründen“ kritiklos hinnimmt (S. 177 ff., 181 f., 185), kann nach dem Vorstehenden nicht mehr überraschen (siehe dagegen *Duttge*, Begrenzung der ärztlichen Aufklärungspflicht aus therapeutischen Gründen? Renaissance eines alten Themas im neuen Patientenrechtegesetz, in: Yamanaka/Schorkopf/Jehle [Hrsg.], *Präventive Tendenzen in Staat und Gesellschaft zwischen Sicherheit und Freiheit*, 2014, S. 143 ff.). Dass von dem mittlerweile anerkannten sog. „Recht auf Nichtwissen“ (z.B. *Duttge*, *MedR* 2016, 664 ff. m.w.N.) an keiner Stelle etwas zu lesen ist, obgleich es hier dezidiert um denselben sachlichen Lebenssachverhalt – die Reichweite des Informationstransfers – geht, nur eben im Sinne einer Dispositionsbefugnis des individuellen Patienten, belegt den allgemeinen Eindruck (zu erkennen auch am Fußnotenapparat und Literaturverzeichnis, in dem sich vorwiegend die „Klassiker“ des Medizinrechts wiederfinden), dass sich die vorliegenden Arbeit in medizinethischer und medizinrechtlicher Hinsicht auf einem veralteten Stand der Erkenntnis bewegt. Die Erläuterungen zum Aufklärungsverzicht, der dazu die Brücke hätte

schlagen können, bleiben cursorisch und lassen den Leser ratlos zurück, wenn für dessen Wirksamkeit die Kenntnis des Patienten von der „Erforderlichkeit des Eingriffs wie auch von dessen Risiken“ (!) verlangt wird (S. 31) – mit denen sich der Patient aber ausweislich seiner Verzichtserklärung gerade nicht belasten will. Wenn schließlich die rechtsgutsbezogene Inkonsequenz bei der strafrechtlichen Absicherung der ärztlichen Aufklärungspflicht im Körperverletzungstatbestand am Ende aus „kriminalpolitischen“ (S. 66 – bagatellisierend von einer „gewissen Verwässerung“ sprechend) bzw. „praktischen“ Gründen (S. 70) hingenommen wird, obgleich dieser „Körperbezug“ das postulierte „strafrechtliche Mindestaufklärungs-niveau“ (S. 162, 210) im Kern begründen und rechtfertigen soll, kann von einer überzeugenden Positionierung nicht gesprochen werden.

Die Arbeit bleibt daher – leider – auf halbem Wege stehen und erspart sich die notwendige Vertiefung der postulierten „körperbezogenen“ Grenzziehung, indem an den zentralen Stellen des eigenen Begründungsgangs auf die Ein-

beziehung und Auswertung einschlägigen Fallmaterials (zumeist anhand der höchstrichterlichen Rechtsprechung) ausgewichen wird. Dieser Zug macht die Darstellung anschaulich, kann aber die notwendige Argumentation nicht ersetzen. Auch unter dem (zu Recht) betonten Aspekt der Bestimmtheit und Rechtssicherheit bleibt es unbefriedigend, wenn Verf. im Kontext der Risikoaufklärung der Rechtsprechung die Aufgabe überlassen will, selbst die Grenze nach Maßgabe der „Komplikationsdichte“ zu ziehen (S. 190). Wie der dabei herangezogene Vergleich mit der (nicht bestehenden) Aufklärungspflicht einer Fahrerlaubnisbehörde über die Wahrscheinlichkeit tödlicher Motorradunfälle erhellend sein soll (S. 191), bleibt wohl des Verf. Geheimnis. Kurz und knapp zur Arbeit im Ganzen: Eine zutreffende Diagnose zum Elend der ärztlichen Aufklärungspflicht mit anschließend leider falscher Therapie – aber zugleich ein großes Verdienst, die Eigenständigkeit der strafrechtlichen Bewertung losgelöst vom haftungsrechtlichen Koordinatensystem als zwingende Notwendigkeit und bisheriges Defizit überzeugend dargetan zu haben. Diesen neuen Weg gilt es weiter voranzuschreiten!

## **Magda Wicker: Cloud Computing und staatlicher Strafanspruch. Strafrechtliche Risiken und strafprozessuale Ermittlungsmöglichkeiten in der Cloud**

*von Prof. Dr. Anja Schiemann*

2016, Verlag Nomos, Baden-Baden, ISBN: 978-3-8487-2776-6, S. 503, Euro 129,00.

Rechtsfragen rund um das Thema Cloud Computing beschäftigen schon seit einigen Jahren die juristische Fachwelt. Die vorliegende Dissertation zu strafrechtlichen und strafprozessualen Aspekten stammt von keiner Unbekannten. Vielmehr hat *Wicker* schon viele Fachaufsätze verfasst und u.a. zu der – meines Erachtens vorschnellen und falschen – Einschätzung in der Kommentierung von *Meyer-Goßner/Schmitt* beigetragen, der Zugriff auf ein externes Speichermedium außerhalb Deutschlands vom Computer des betroffenen Cloud-Nutzers über dessen Account sei von § 110 Abs. 3 StPO als rechtmäßige Ermittlungshandlung im Inland gedeckt (StPO, 59. Aufl. [2016], § 110 Rn. 7b). Von daher durfte man mit Spannung erwarten, wie sich *Wicker* den unterschiedlichen materiellrechtlichen und prozessualen Themen mit Bezug auf das Cloud Computing nähert und positioniert. Die Arbeit ist sehr umfangreich und gliedert sich in sechs Kapitel. Hilfreich wäre es angesichts des Umfangs von 500 Seiten gewesen, wenn die jeweiligen Erkenntnisse am Ende eines Kapitels zusammengefasst worden wären. Eine solche Zusammenfassung findet sich jedoch weder in den Kapiteln noch als Ergebniszusammenfassung am Ende der Monografie. Erschwert wird die Orientierung durch unpräzise Inhaltsangaben, wie bei Kapitel 3, in dem zwar die Unterabschnitte benannt, diese jedoch jeweils als „Kapitel 0“ bezeichnet werden (S. 63). Hier hätte mehr Wert auf eine redaktionelle Endbearbeitung gelegt werden sollen.

Nach einer Einleitung widmet sich *Wicker* im zweiten Kapitel den technischen und wirtschaftlichen Grundlagen des Cloud Computings sowie den Chancen und Risiken für mittelständische Unternehmen und für den öffentlichen Sektor (S. 35 ff.). Des Weiteren wird der Untersuchungsgegenstand der Arbeit abgesteckt und das „übliche Speichern in der Cloud zugrunde gelegt“ (S. 60). Außerdem wird davon ausgegangen, dass die Cloud sich auf Servern im In- oder Ausland befinden kann und weder Cloud-Nutzer noch Cloud-Anbieter zu einem bestimmten Zeitpunkt Kenntnis vom aktuellen Speicherort haben. Allerdings sei es dem Cloud-Anbieter möglich, den jeweiligen Speicherort nachträglich herauszufinden. Einschränkend wird zudem festgelegt, dass ausschließlich deutsches Recht berücksichtigt wird.

Das dritte Kapitel nimmt eine rechtliche Einordnung des

Cloud Computings vor (S. 63 ff.). Im Rahmen einer knappen zivilrechtlichen Auseinandersetzung wird von einem mietrechtlichen Vertragsverhältnis ausgegangen und dieses kurz skizziert. Es folgt eine medienrechtliche Einordnung nach dem TKG und TMG. Schließlich bezeichnet *Wicker* ihren rechtlichen Untersuchungsgegenstand des Cloud Computings als „Datenspeichermiete“ (S. 96).

Nach diesen grundsätzlichen Ausführungen folgt ein mit 180 Seiten sehr umfangreiches Kapitel zu den strafrechtlichen Risiken beim Cloud Computing (S. 99 ff.). Untersucht werden die potentiell einschlägigen Vorschriften im Strafgesetzbuch sowie dem Nebenstrafrecht. Unterteilt wird jeweils pro Delikt nach möglicher Strafbarkeit des Cloud-Anbieters, des Cloud-Nutzers sowie möglicher Angreifer. Es geht der Verfasserin um die Identifizierung von Strafbarkeitsrisiken der Cloud-Akteure, wobei die Tatbestandsmerkmale extensiv ausgelegt werden, um alle potentielle Strafbarkeitsrisiken zu erfassen (S. 103).

Eine Strafbarkeit wegen Verletzung des Briefgeheimnisses nach § 202 StGB lehnt *Wicker* mangels Verkörperung der Inhaltsdaten beim Cloud Computing ab. Eine Strafbarkeit wegen des Ausspähöns von Daten gem. § 202a StGB käme allerdings für den Cloud-Anbieter oder Dritten in Betracht. Eine extensive Auslegung des Tatbestands stelle auf den Missbrauch der tatsächlichen Zugriffsmöglichkeiten des Cloud Anbieters als Administrator ab. Sofern der Cloud-Anbieter technisch notwendig handele, bestehe dagegen kein Strafbarkeitsrisiko. Hinsichtlich der Strafbarkeit wegen des Abfangens von Daten gem. § 202b StGB differenziert die Verfasserin zwischen Datenup- und Download sowie Cloud Sharing. Während ersteres bei Erfüllung der weiteren Voraussetzungen vom Straftatbestand erfasst sein könne, würden Fälle des Cloud Sharings nicht unter den Tatbestand fallen. Den Straftatbestand des Vorbereitens des Ausspähöns und Abfangens von Daten gem. § 202c StGB könne der Cloud-Anbieter bei entsprechendem objektiven und subjektiven Verhalten begehen. Allerdings stelle allein der Aufbau eines Cloud-Angebots einschließlich der späteren Möglichkeit, auf Daten zugreifen zu können, keine vorwerfbare Handlung dar. Lediglich dann, wenn der Cloud-Anbieter in der Absicht, Daten von Cloud-Nutzern „abgreifen“ zu können, seine Cloud einrichtet und aufbaut, könne er den Straftatbestand des § 202c StGB verwirklichen.

Die größten Strafbarkeitsprobleme sieht *Wicker* in der Verletzung von Privatgeheimnissen gem. § 203 StGB. Die

Nutzung einer Cloud ohne starke technische Sicherungsmaßnahmen stelle für die im Straftatbestand genannten Berufsgruppen eine Geheimnisoffenbarung dar. Für die allermeisten Fälle dürfe die Einwilligung der Patienten oder Mandanten zur Geheimnisoffenbarung im Rahmen des Cloud Computings nicht mutmaßlich angenommen werden (S. 143). Im Anschluss daran prüft die Verfasserin eine Strafbarkeit wegen Verwertung fremder Geheimnisse nach § 204 StGB und verneint eine Strafbarkeit in allen aufgezeigten Konstellationen. Entweder fehle es an einer Schädigungsabsicht des Berufsgeheimnisträgers oder an der Sonderstellung des Cloud-Anbieters. Ausführlich prüft *Wicker* dann die Strafbarkeit der Verletzung des Post- oder Fernmeldegeheimnisses gem. § 206 StGB. Für den Cloud-Anbieter verneint sie eine Strafbarkeit, da dieser weder Inhaber noch Beschäftigter eines Unternehmens sei, das geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste erbringe. Nur Inhaber, Vertreter oder Beschäftigte von originären Telekommunikationsunternehmen könnten sich bei der Cloud-Nutzung nach § 206 StGB strafbar machen, sofern eine Datenverarbeitung oder eine unverschlüsselte Speicherung von Daten, die dem Fernmeldegeheimnis unterliegen, in der Cloud durchgeführt wird (S. 174).

Wegen Datenveränderung nach § 303a StGB können sich lediglich der Cloud-Anbieter oder Dritte strafbar machen. Der Cloud-Anbieter habe ebenso wie der Dritte keine Verfügungsberechtigung über die Daten seiner Cloud-Nutzer, so dass diese fremd und somit taugliches Tatobjekt seien. Der Cloud-Anbieter könne sich demzufolge strafbar machen, wenn er Daten des Cloud-Nutzers in der Cloud löscht oder den Zugang sperrt. Eine Strafbarkeit entfalle nur dann, wenn technische Gegebenheiten oder vertragliche Vereinbarungen dies rechtfertigen. Laut *Wicker* können sich sowohl der Cloud-Anbieter, als auch der Cloud-Nutzer und Dritte der Computersabotage gem. § 303b StGB strafbar machen. Die Tatvariante des § 303b Abs. 1 Nr. 1 StGB scheidet für den Nutzer allerdings aus, weil es dort auf die Fremdheit in Form der fremden Datenverfügungsbefugnis ankomme.

Während ein nennenswertes Strafbarkeitsrisiko im Anwendungsbereich des Cloud Computings hinsichtlich der Zerstörung wichtiger Arbeitsmittel gem. § 305a StGB nicht bestehe, berge Cloud Computing ein Risiko hinsichtlich der Strafbarkeit gem. § 353b StGB. Die Verletzung von Dienstgeheimnissen und einer besonderen Geheimhaltungspflicht könne zahlreiche Personen der öffentlichen Verwaltung treffen. Dagegen komme eine Strafbarkeit des Cloud-Nutzers wegen verbotener Mitteilungen über Gerichtsverhandlungen gem. § 353d Nr. 1 und Nr. 3 StGB nicht in Betracht, da das Merkmal der öffentlichen Mitteilung aufgrund eines publizierenden Aspekts nicht durch die schlichte Cloud-Nutzung erfüllt werden könne. Dagegen könne eine unbefugte Offenbarung gem. § 353d Nr. 2 StGB gegeben sein, wenn im Falle eines Gerichtsbeschlusses gem. § 174 Abs. 3 GVG der Schweigepflicht unterliegende Tatsachen einer Gerichtsverhandlung oder Inhalte eines die Sache betreffenden amtlichen Schriftstücks in die Cloud eingebracht werden. Als Täter komme dabei allerdings nur derjenige in Betracht, dem persönlich eine Schweigepflicht auferlegt

worden ist. Für besonders Verpflichtete i.S. des § 355 StGB bestehe zudem ein Strafbarkeitsrisiko der Verletzung des Steuergeheimnisses bei der Cloud-Nutzung. Dagegen schaffe die Nutzung von inländischen Cloud-Angeboten kein Strafbarkeitsrisiko gem. §§ 94, 95 StGB, da es nicht nur auf die Möglichkeit der Kenntnisnahme durch Dritte ankomme. Jedoch bestehe bei Nutzung US-amerikanischer Cloud-Angebote im Zusammenhang mit Staatsgeheimnissen ein Strafbarkeitsrisiko nach §§ 94, 95 StGB. Danach prüft *Wicker* relevante Strafnormen außerhalb des StGB, und zwar im BDSG und § 17 UWG (S. 230 ff.).

Im Anschluss daran findet sich an versteckter Stelle und nicht abschließend für das Kapitel eine Zusammenfassung der Strafbarkeitsrisiken der Cloud-Akteure (S. 252 ff.), die wiederum nach Cloud-Nutzer, Cloud Anbieter und Drittem differenziert. In einem weiteren Unterabschnitt „Speichern in der Cloud – ohne strafrechtliche Risiken“ (S. 259 ff.), gibt die Autorin eine Risikobewertung ab und zeigt Möglichkeiten einer Vermeidung der Strafbarkeit auf. Dieser Unterabschnitt ist leider recht knapp gehalten, die Erkenntnisse knüpfen zwangsläufig an der vorigen ausführlichen Strafbarkeitsprüfung an. Übersichtlicher wäre es sicher gewesen, schon im Unterabschnitt der Strafbarkeitsprüfung mehr zu clustern, um so einen systematischen Überblick zu geben. Dieser hätte dann, eventuell in Tabellenform, auch bei den Empfehlungen der Autorin die Strukturen deutlicher gemacht und die Rechtsprobleme klarer.

Im fünften Kapitel widmet sich *Wicker* den strafprozessualen Ermittlungen beim Cloud Computing (S. 281 ff.). Nach einer Darstellung allgemeiner Grundsätze der Beweisführung im Strafprozess in Bezug auf Daten, geht es sodann detailliert um die Möglichkeiten der Strafprozessordnung im Zusammenhang mit der Cloud-Nutzung. In diesem Kapitel bekräftigt die Autorin z.B. ihre Auffassung zur Durchsicht externer Speichermedien nach § 110 Abs. 3 StPO, eine Beschränkung auf inländische Festplatten ergäbe sich weder aus dem Wortlaut noch aus anderen Gesichtspunkten. Schuldig bleibt *Wicker* insofern – zunächst – die Antwort auf die Frage, warum sich dann in der Cybercrime Convention überhaupt solche Mühe gemacht wird, grenzübergreifende Zugriffe zu regeln bzw. wie völkerrechtliche Gesichtspunkte hier rechtlich relevant werden oder etwa nicht. Wer hier eine Vertiefung ihres in Aufsätzen vertretenen Standpunkts erwartet, wird leider enttäuscht. Im Hinblick auf die Beschlagnahme sieht die Autorin weniger rechtliche als vielmehr praktische Probleme, da der Zugriff beim Cloud-Nutzer primär am Zugang scheitern werde. Allerdings könne der Zugriff beim Cloud-Anbieter in einem größeren Umfang erfolgen, als vom Beschlagnahmebeschluss vorgesehen. Wünschenswert wäre es daher, dass der Cloud-Anbieter die Grenzen der Beschlagnahmeanordnung wahrt und nicht die Einrichtung eines Gastzugangs für die Ermittlungsbehörden ermöglicht, sondern die Daten nur im Umfang der Beschlagnahmeanordnung herausgibt.

Telekommunikationsüberwachung gem. §100a StPO bzgl. der Übermittlung von Daten zwischen dem Cloud-

Anbieter und Cloud-Nutzer hält *Wicker* zwar für technisch denkbar, jedoch als heimliche Maßnahme für rechtlich nicht möglich. Auch die Bestandsdatenauskunft nach § 100j StPO und die Verkehrsdatenauskunft gem. § 100g StPO seien keine geeigneten Maßnahmen bei Ermittlungen in der Cloud. Die Ermittlungsgeneralklausel scheidet für einen Zugriff auf Daten in der Cloud ebenfalls aus. Längst Zugangsdaten vor, so könnten allerdings gem. § 102 StPO im Wege einer Durchsuchung innerhalb der Daten des Cloud-Nutzers die Ermittlungen fortgesetzt werden.

Im Anschluss an diese Ergebnisse benennt *Wicker* noch einmal die strafprozessualen Zugriffsmöglichkeiten bei den Cloud-Akteuren und differenziert nach Cloud-Nutzer, Cloud-Anbieter, Ermittlungen im Internet und Ermittlungen im Ausland. Einige Ausführungen sind redundant zu den vorherigen, andere werden näher ausgeführt, so dass sich der Leser fragt, warum nicht schon zuvor mehr in die Tiefe gegangen wurde. So folgen z.B. beim Unterpunkt „Ermittlungen beim Cloud-Nutzer vor Ort – Daten der reinen Cloud“ wiederum Ausführungen zu § 110 StPO und ausländischen Speichermedien. Hier wird jetzt explizit auch auf die Cybercrime-Convention Bezug genommen, deren Relevanz sich auch schon im Unterkapitel zuvor ergeben hätte. Zudem wird später noch einmal unter dem Punkt „Ermittlungen im Ausland“ auf die gleiche Problematik eingegangen. Diese Zersplitterung der jeweils gleichen Rechtsmaterie ist nicht nur redundant, sondern durch Auslassungen an der einen und Vertiefungen an der anderen Stelle für den Leser auch nicht in Gänze nachvollziehbar. Hier zeigt sich – wieder einmal, – dass der Aufbau nur bedingt geglückt ist.

Im sechsten Kapitel widmet sich *Wicker* dem straf-(prozess-)rechtsverträglichem Cloud Computing (S. 445 ff.). Dazu werden die gefundenen Ergebnisse zunächst für eine rechtsverträgliche Gestaltung von Cloud Computing aufbereitet und Empfehlungen für kleinere und mittlere Un-

ternehmen sowie den öffentlichen Sektor gegeben. Dabei ist die Empfehlung für Cloud-Nutzer und Cloud-Anbieter, Strafbarkeitsrisiken zu vermeiden, recht trivial. Allerdings zeigt sich hier der Nutzen der Ausführungen zum materiellen Recht, die hier noch einmal kurz zusammengetragen werden und zum Hinweis von Risikovermeidungsstrategien führen. Dies ist sicher wertvoll, gleitet aber leider teilweise in banale Feststellungen ab. So wird für Cloud-Nutzer, die das Datenschutzrecht beachten müssen, der Tipp gegeben, „die datenschutzrechtlichen Vorgaben zur Cloud-Nutzung einzuhalten“ (S. 453).

Handlungsbedarf in Sachen Cloud Computing sieht *Wicker* nur im Bereich der besonders Geheimnisverpflichteten, weist insoweit aber auf gesetzgeberische Aktivitäten des BMJV hin. Mittlerweile liegt ein Regierungsentwurf des Gesetzes zur Neuregelung des Schutzes von Geheimnissen bei der Mitwirkung Dritter an der Berufsausübung schweigepflichtiger Personen vor (BT-Drs. 18/11936). Ansonsten hält die Autorin Änderungsbedarf de lege ferenda für nicht erforderlich, sondern zieht resümierend das Fazit, sowohl das Strafgesetzbuch als auch die Strafprozessordnung könnten der Ära „Cloud“ standhalten (S. 472).

Ob dieses Fazit überzeugt, mag jeder, der die Dissertation oder die einschlägigen Kommentierungen zu den entsprechenden Strafnormen oder strafprozessualen Ermächtigungsgrundlagen liest, selbst beurteilen. Fest steht jedenfalls, dass die zunehmende Digitalisierung bestenfalls zu Auslegungsschwierigkeiten, schlimmstenfalls zu dem Dilemma führt, neue Sachverhalte in veraltete Vorschriften pressen zu wollen. Ermittlungen in der Cloud stellen die Strafverfolgungsbehörden vor immer größere Anforderungen – dies nicht nur in rechtlicher, sondern auch in ermittlungstaktischer Hinsicht. Einen guten Überblick über strafrechtliche und strafprozessuale Implikationen gibt hier die Dissertation von *Wicker*.

**Dieter Dölling / Gunnar Duttge / Stefan König / Dieter Rössner (Hrsg.):  
Gesamtes Strafrecht. StGB, StPO, Nebengesetze**

von Prof. Dr. Frank Zieschang

4. Auflage, 2017, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, ISBN: 978-3-8487-2955-5, S. 3600, Euro 148,00.

Der Handkommentar ist seit seiner erstmaligen Veröffentlichung im Jahr 2008 nunmehr im Frühjahr 2017 schon in der 4. Auflage erschienen. Die Tatsache, dass die Neuauflagen jeweils in relativ überschaubaren Abständen erfolgten (2. Auflage: 2011, 3. Auflage 2013), ist bereits angesichts von derzeit über 50 Bearbeitern aus Wissenschaft und Praxis, deren Beiträge es zu koordinieren gilt, bemerkenswert. Dadurch ist zudem die Aktualität des Handkommentars gewahrt, wenn man sich auch eingestehen muss, dass vor dem Hintergrund der „Umtrieblichkeit“ des Gesetzgebers heute ein Kommentar zum gesamten Strafrecht stets nie gleichauf mit der aktuellen Gesetzeslage sein kann. So hat der Gesetzgeber, ohne dass dies in der Neuauflage noch berücksichtigt werden konnte, inzwischen bereits wieder mehrere bedeutsame Änderungen im StGB durchgeführt. Insbesondere sind folgende Gesetze zu erwähnen: Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes gegen Nachstellungen vom 1.3.2017 (BGBl I, S. 386) hat § 238 StGB modifiziert. Das 51. Gesetz zur Änderung des StGB vom 11.4.2017 (BGBl I, S. 815) – Strafbarkeit von Sportwettbetrug und der Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben – hat die neuen §§ 265c, 265d, 265e StGB eingeführt. Zu erwähnen ist weiterhin das Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vom 13.4.2017 (BGBl I, S. 872), welches insbesondere die §§ 73 ff. StGB, §§ 111b ff. StPO sowie §§ 421 ff. StPO reformiert hat. Weiterhin hat das 52. Gesetz zur Änderung des StGB vom 23.5.2017 (BGBl I, S. 1226) – Stärkung des Schutzes von Vollstreckungsbeamten und Rettungskräften – die §§ 113 ff. StGB modifiziert und § 323c StGB um einen zweiten Absatz ergänzt, der die Behinderung von hilfeleistenden Personen pönalisiert. Das 53. Gesetz zur Änderung des StGB vom 11.6.2017 (BGBl I, S. 1612) – Ausweitung des Maßregelrechts bei extremistischen Straftätern – hat vor allem §§ 66, 68b StGB erweitert. Jüngst hat der Bundestag einen neuen § 315d StGB („Verbotene Kraftfahrzeugrennen“) beschlossen. Schließlich wird § 244 StGB dahingehend verändert, dass der Wohnungseinbruchsdiebstahl bei einer dauerhaft genutzten Privatwohnung ein Verbrechen darstellt.

Wenn damit auch der Handkommentar bereits jetzt schon wieder in Teilbereichen nicht mehr der ganz aktuellen Gesetzeslage entspricht, konnten immerhin zahlreiche Änderungen des StGB seit der 3. Auflage in die Neukommentierung einfließen. Auf sie wird sogleich zurückzukom-

men sein. Zunächst jedoch einige allgemeine Bemerkungen.

In der Neuauflage ist der Herausgeberkreis um Rechtsanwalt Prof. Dr. *Stefan König* erweitert worden. Damit wird nochmals deutlich, dass in der Kommentierung auch der Blick aus der Rechtspraxis heraus besondere Bedeutung haben soll, was dadurch bewerkstelligt wird, dass neben Wissenschaftlern ebenfalls Praktiker daran mitwirken. Der Kommentar selbst versteht sich als Handkommentar zum „Gesamten Strafrecht“ mit dem Anspruch, die wesentlichen Strafnormen in Deutschland nicht nur in ihrer Gesamtheit und ihrem sozialen Kontext, sondern auch die Wege der Rechtsverwirklichung im Strafprozess entsprechend darzustellen (so das Vorwort zur 4. Auflage). Das ist ein ambitioniertes Projekt und man fragt sich, ob das überhaupt durch einen „Handkommentar“ hinreichend tiefgründig erreicht werden kann. Die Herausgeber beweisen, dass es möglich ist: Auf mehr als 3400 Seiten eigentlicher Kommentierung (der Kommentar selbst umfasst einschließlich Inhalts-, Abkürzungs-, Literatur- und Stichwortverzeichnis insgesamt exakt 3600 Seiten) werden insbesondere die Vorschriften des StGB sowie der StPO erläutert, daneben aber u.a. auch Normen des BtMG, GVG und JGG. Eine Kommentierung des VStGB sowie des WStG enthält der Handkommentar allerdings nicht. Soweit es um strafrechtliche Regelungen im Nebenstrafrecht geht, muss man zudem feststellen, dass diese teilweise recht kurz angesprochen sind. Sinnvoll erscheint aber, dass die Ausführungen zum Nebenstrafrecht jeweils im Hinblick auf ihre Sachnähe in die Kommentierung integriert sind. So wird etwa auf die praxisrelevante Regelung des § 21 StVG (Fahren ohne Fahrerlaubnis) im Rahmen des § 315c StGB eingegangen und auf § 22 StVG (Kennzeichenmissbrauch) innerhalb der Kommentierung des § 267 StGB. Das Gesetz zur Bekämpfung von Doping im Sport vom 10.12.2015 (BGBl I, S. 2210) erläutert *Rössner* im Zusammenhang mit § 223 StGB.

Obwohl es sich um einen Handkommentar handelt, fallen die Erläuterungen der Normen des StGB und StPO regelmäßig angemessen und prägnant aus. Aus der Vielzahl der gelungenen Darlegungen ist beispielhaft auf die von *M. Heinrich* übernommenen Vorbemerkungen zu § 13 StGB hinzuweisen, in deren Rahmen er auf zahlreiche mit der Kausalität und objektiven Zurechnung verbundene Facetten sorgfältig eingeht. Entsprechendes gilt etwa für die Ausführungen zu den Notstandsvorschriften von *Duttge* oder die Kommentierung der Beleidigungsdelikte durch

*Schneider*. Aus dem Bereich der StPO ist etwa hinzuweisen auf die sorgfältigen und differenzierten Darlegungen von *Jäger* zum zehnten Abschnitt der StPO (Vernehmung des Beschuldigten).

Wie bereits angeklungen ist, waren in der Neuauflage viele seit dem Erscheinen der Voraufgabe verkündete wichtige Gesetze zu berücksichtigen, denn der Gesetzgeber zeigte sich in den letzten Jahren im Feld der Neukriminalisierung sehr aktiv. Hervorzuheben sind insbesondere folgende Novellierungen:

In der 4. Auflage des Werks ist nunmehr von *Dölling* § 226a StGB kommentiert, der durch das 47. Gesetz zur Änderung des StGB vom 24.9.2013 (BGBl I, S. 3671) – Strafbarkeit der Verstümmelung weiblicher Genitalien – eingeführt worden ist. Leider wird dabei das Problem der Verfassungsmäßigkeit der Norm unter dem Blickwinkel des Gleichheitsgrundsatzes mit nur einem Satz gestreift. Hier hätte man sich gründlichere Ausführungen gewünscht (s. etwa *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. [2014], § 226a Rn. 1 m.w.N.).

Auch wird in der Neuauflage berücksichtigt, dass insbesondere § 108e StGB durch das 48. Strafrechtsänderungsgesetz vom 23.4.2014 (BGBl I, S. 410) – Erweiterung des Straftatbestandes der Abgeordnetenbestechung – erheblich umgestaltet worden ist. *Hartmann* erläutert, dass die Vorschrift nunmehr nicht nur für Abstimmungen gilt, sondern für alle Formen der Wahrnehmung des Mandats. Dabei äußert er sich zu Recht kritisch und zurückhaltend zu der in der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 18/476, S. 9) gewählten Formulierung, Vorteile dürften auch angenommen werden, wenn dies „anerkannten parlamentarischen Gepflogenheiten“ entspricht (*Hartmann*, §§ 105-108e Rn. 9).

Änderungen hat zwischenzeitlich auch das Sexualstrafrecht erfahren, einmal durch das 49. Gesetz zur Änderung des StGB vom 21.1.2015 (BGBl I, S. 10) – Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht –, zum anderen durch das 50. Gesetz zur Änderung des StGB vom 4.11.2016 (BGBl I, S. 2460) – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung –, welches § 177 StGB erheblich erweitert und §§ 184i, 184j StGB eingeführt hat. *Laue* erläutert, dass diese Neuregelungen auch durch die Vorkommnisse in der Kölner Silvesternacht 2015/2016 beeinflusst wurden. Neuer Grundtatbestand ist nunmehr in § 177 Abs. 1, 2 StGB der „sexuelle Übergriff“. Hierbei hat der Gesetzgeber in § 177 Abs. 1 StGB die „Nein heißt nein“-Lösung verwirklicht (BT-Drs. 18/9097, S. 2, 21), der entgegenstehende Wille des Opfers reicht also aus. Mit § 184i StGB (Sexuelle Belästigung) wird eine neue Kategorie sexueller Betätigung definiert (*Laue*, § 184i Rn. 1), indem der Gesetzgeber Handlungen, welche die Schwelle der sexuellen Erheblichkeit (§ 184h Nr. 1 StGB) nicht erreichen, zukünftig strafrechtlich erfasst (BT-Drs. 18/9097, S. 30). Im Hinblick auf § 184j StGB (Straftaten aus Gruppen) weist *Laue* darauf hin, dass damit die bloße Beteiligung an einer Gruppe unter Strafe gestellt wird und eine unter Umständen sehr weit von der Haupttat entfernte Beihilfehandlung zur selbständigen Haupttat erhoben

wird. Da eine Straftat nach den §§ 177 oder 184i StGB lediglich objektive Bedingung der Strafbarkeit sei, sieht *Laue* in der Vorschrift die Grenzen eines tatbezogenen Schuldstrafrechts überschritten (§ 184j Rn. 3).

Mit dem Gesetz zur Bekämpfung der Korruption vom 20.11.2015 (BGBl I, S. 2025) geht ebenfalls eine Ausweitung des Strafrechts einher. Es hat u.a. eine Legaldefinition des Europäischen Amtsträgers in § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. a StGB eingefügt. Leider ist diese Neuregelung jedoch in der eigentlichen Kommentierung des § 11 StGB durch *Hölscher* nicht berücksichtigt. Dagegen weist *Bannenberg* in ihren Erläuterungen zu den §§ 331 ff. StGB zumindest darauf hin, dass die Vorschriften um den „Europäischen Amtsträger“ sowie um das „Mitglied eines Gerichts der Europäischen Union“ ergänzt worden sind und insoweit im Hinblick auf die Vorteilsannahme und Vorteilsgewährung eine Ausweitung der Strafbarkeit im Gegensatz zur vorherigen Rechtslage erfolgt.

Eine bedeutsame Neuregelung im StGB ist durch das Gesetz zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung vom 3.12.2015 (BGBl I, S. 2177) erfolgt. Es hat § 217 StGB eingeführt. *Wenkel* kommentiert die Neuregelung. Hierbei wird aber nicht auf die mit dieser Regelung im Zusammenhang stehende vorherige intensive Diskussion eingegangen, ob überhaupt und falls ja mit welchem Inhalt eine derartige Vorschrift normiert werden soll. Auch fehlen Ausführungen zur Problematik der Verfassungsmäßigkeit der Norm. Lediglich in einem „Ausblick“ wird die Hoffnung zum Ausdruck gebracht, dass der Tatbestand durch die Rechtsprechung eine enge Auslegung erfahre (*Wenkel*, § 217 Rn. 13).

Durch Gesetz zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen vom 30.5.2016 (BGBl I, S. 1254) wurden die §§ 299a, 299b in das StGB aufgenommen. *Bannenberg* erläutert, dass die Vorschriften eine Reaktion auf die Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen des BGH (BGHSt 57, 202) darstellen, wonach Kassenärzte weder § 299 StGB noch den §§ 331 ff. StGB unterfallen. Prägnant wird auf die Gesetzesgenese eingegangen. *Bannenberg* führt aus, dass der Gesetzgeber die neuen Vorschriften an § 299 StGB angelehnt hat und geht auf die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen ein.

Das Gesetz zur Novellierung des Rechts der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 63 StGB vom 8.7.2016 (BGBl I, S. 1610) führt (ausnahmsweise) keine Erweiterung des Strafrechts durch, sondern knüpft die Unterbringung angesichts einer öffentlichen Diskussion über Unterbringungsfälle („Fall *Mollath*“; *BVerfG*, NJW 2013, 3228) an strengere Erfordernisse. *Braasch* weist darauf hin, dass in § 63 StGB die Voraussetzungen der Anordnung im Sinne der Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes verschärft wurden. Entsprechend wird auch die Dauer der Maßregel gemäß § 67d n.F. StGB engeren Anforderungen unterworfen. Flankierend hat der Gesetzgeber in § 463 StPO prozessuale Sicherungen zur Vermeidung unverhältnismäßig langer Unterbringungen umgesetzt.

Hinzuweisen ist schließlich auf das Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung des Menschenhandels vom 11.10.2016 (BGBl 2016, S. 2226), das unionsrechtliche Vorgaben (Richtlinie 2011/36/EU vom 5.4.2011, ABl EU L 101, 1) umsetzt. *Laue* erläutert im Einzelnen die mit §§ 232 ff. StGB verbundenen Neuerungen. Die Neufassung der Vorschriften soll zu einer größeren Praxistauglichkeit sowie zu einer Verbesserung der Bekämpfung des Menschenhandels führen (BT-Drs. 18/9095, S. 18). Insbesondere ist dabei die neue Regelung in § 233 StGB hervorzuheben: Derjenige, der das Opfer zwar nicht in eine Ausbeutungssituation gebracht hat, jedoch dessen Situation für sich ausnutzt, wird nunmehr ebenfalls strafrechtlich erfasst (*Laue*, § 233 Rn. 1).

Die Ausführungen zeigen hinreichend, dass in der vierten Auflage des Handkommentars sehr viele Neuerungen zu verarbeiten waren. Dabei zeigt der Gesetzgeber eine deutliche Tendenz zur Neukriminalisierung von Verhaltensweisen. Die zeitlich nach Erscheinen der Neuauflage verabschiedeten Gesetze setzen diesen Weg fort. Angesichts der Aktivität des Gesetzgebers wird dabei die fünfte Auflage des Werkes hoffentlich nicht allzu lange auf sich warten lassen. Der Handkommentar jedenfalls in seiner vierten Auflage ist insgesamt ein gelungenes Werk, wenn man sich auch an einzelnen Stellen noch etwas vertiefere Ausführungen gewünscht hätte. Dennoch bietet er die Gelegenheit, sich über die maßgeblichen materiellrechtlichen und prozessualen Fragen des Strafrechts prägnant zu informieren.

## TAGUNGSBERICHTE

## „Das genetische Foto“ – Tagungsbericht zum interdisziplinären Symposium in Mainz

von Wiss. Mit. Maren Wegner

### I. Einführung

Am 8. Mai 2017 trafen sich Vertreter\*innen des Landtags, der Justiz, der Polizei, der Rechtsanwaltschaft sowie der universitären Fachbereiche Jura und Rechtsmedizin in dem Plenarsaal der Akademie der Wissenschaften und Literatur in Mainz im Rahmen eines interdisziplinären Symposiums zu dem Thema „Das genetische Foto – Was kann, was darf die genetische Forensik?“, das durch das Ministerium der Justiz in Rheinland-Pfalz organisiert wurde.

Einleitende Worte fand *Prof. Dr. Claudius Geißler*, der als Generalsekretär der Akademie der Wissenschaften und Literatur die Moderation der Veranstaltung übernahm. Er bemerkte eingangs, dass das primäre Ziel der Veranstaltung sei, durch einen im Anschluss an die Vorträge der Referenten stattfindenden sachbezogenen, kritischen Dialog eine Erweiterung des Problembewusstseins herbeizuführen. Vor dem Hintergrund der aktuell geführten kriminalpolitischen Debatte über die Erweiterung der DNA-Analyse sei es wichtig, sich eine vollständige Meinung zu bilden – ähnlich zu einem Mediziner, der einen Therapieversuch erst aufgrund einer vollständigen Anamnese und Risikoanalyse unterbreite.

Neben den politisch diskutierten Vorteilen stellte er auch kritische Überlegungen an. So gab er zu bedenken, dass die Erweiterung der DNA-Analyse Einfluss auf vorhandene Ressourcen nehmen kann und wies zudem mit Bezug auf das „Phantom von Heilbronn“ auf die nicht völlige Fehlerfreiheit der DNA-Technik hin. Außerdem stelle sich auch die Frage nach der Praktikabilität resp. inwieweit Änderungen dem Ermittlungsverfahren einen tatsächlichen Fortschritt bringen. Nachdem die Zuhörerschaft für das Thema sensibilisiert wurde, übergab er das Wort an den Staatsminister des Ministeriums der Justiz Rheinland-Pfalz, *Herbert Mertin*.

Herr *Mertin* hieß die Referenten und Teilnehmer\*innen zunächst willkommen und leitete ebenfalls mit eigenen Überlegungen zum Thema des Symposiums über. Er gab zunächst einen gesamtgesellschaftlichen Überblick darüber, welches Potential der DNA-Analyse innewohnt. Auch Herr *Mertin* äußerte sich mit Bedacht und betonte, dass die genetische Forensik lediglich statistische Aussagen über die untersuchten Merkmale ermögliche.

Sodann widmete er sich mit Bezug auf aktuelle Gesetzge-

bungsvorhaben der Erweiterung der Analyse auf Merkmale, die ebenfalls von Augenzeugen wahrgenommen werden können. Er befürwortete letztlich eine pragmatische Lösung, die jedoch rechtsstaatliche Grundsätze berücksichtige. Damit leitete er zu den Referenten des Symposiums über, die als Experten die Perspektive ihrer jeweiligen Fachrichtung einnahmen.

### II. Der naturwissenschaftliche Blickwinkel

*Prof. Dr. Peter Schneider*, Leiter des Fachbereichs Molekulargenetik am Institut der Rechtsmedizin der Universität Köln und Vorsitzender der gemeinsamen Spurenkommission, fokussierte die Thematik aus einem naturwissenschaftlichen Blickwinkel. In seinem eindrucksvollen Vortrag zu den „Wissenschaftliche(n) Möglichkeiten und Grenzen bei der Auswertung von DNA-Spuren“ stellte er zunächst den Ist-Zustand dar – die Wissenschaft sei bei der Decodierung der DNA derzeit in der Lage, einzelne Wörter zu erkennen, aber sie könne noch nicht ganze Sätze lesen.

Dann zeigte er sowohl den kriminalistischen Mehrwert als auch die Grenzen der DNA-Analyse auf. DNA-Profile ermöglichen es, eine Spur einer individuellen Person zuzuordnen und können einen wesentlichen Beitrag zu strafrechtlichen Ermittlungen leisten. Beispielhaft führte er die Eckdaten der DNA-Treffer Statistik des BKA für das Jahr 2016 an. Danach umfasste die DNA-Analyse-Datei einen Bestand von 1.167.087 Datensätzen, welche sich aus 864.630 Personendatensätzen und 302.457 Spurendatensätzen zusammensetzte. Europaweit bestehen laut *Prof. Dr. Schneider* derzeit 1,6 Millionen ungeklärte Spuren.

Den Bezug zur der kriminalpolitischen Debatte um die Erweiterung des Umfangs der Untersuchungen von DNA-fähigem Material stellte er durch die Schilderung des Falles „Eva Blanco“ her. Im April 1997 wurde die damals 16-Jährige Eva Blanco in der Nähe des Dorfes Algete bei Madrid vergewaltigt und getötet. Der Spurenleger konnte 18 Jahre später aufgrund der vorhersagenden DNA-Analyse des gefundenen Spurenmaterials, das Wahrscheinlichkeitsaussagen über die Haut-, Haar- und Augenfarbe sowie über die biogenetische Herkunft treffen konnte, als Täter identifiziert werden.

Dieses Verbrechen nahm *Prof. Dr. Schneider* zum Anlass,

den Begriff der genetischen Herkunft näher darzustellen. Grundsätzlich bilde dabei der afrikanische Kontinent die genetische Herkunft aller Menschen. Aufgrund der Auswanderung und Fortpflanzung führten Mutations- und Selektionsprozesse zu spontanen Änderungen der DNA-Sequenzen der einzelnen Gruppen, die sich – durch die Völkerwanderungsprozesse bedingt – auf unterschiedliche Weise im Erbgut wiederfinden. Diese subtilen Änderungen der DNA ermöglichen es, regionale Unterscheidungen bei Vorhersagen zu berücksichtigen. Die Aussagekraft sei jedoch dadurch begrenzt, dass lediglich die kontinentale Herkunft des genetischen Materials – namentlich Afrika, Ozeanien, Amerika, Europa und Ostasien – bestimmt werden könne und es zudem Regionen gebe, die sich besser aber auch schlechter vorhersagen lassen. Neben der genetischen Herkunft sei es derzeit möglich, Aussagen bezüglich des Geschlechts, der Haar-, Haut, Augenfarbe, der Haarstruktur, des Vorhandenseins von Sommersprossen und der Form der Ohrläppchen zu treffen. Diese Vorhersagen in Form von Wahrscheinlichkeitsaussagen unterliegen jedoch Unsicherheiten, insoweit es sich um sogenannte Mischtypen handelt. So sei die Vorhersage, ob jemand eine dunkle oder sehr helle Pigmentierung der Haut aufweise, einfacher als bei gemischter Pigmentierung. Ähnlich verhalte es sich mit der Augen- und der Haarfarbe. Darüber hinaus ermögliche die Methylierungsanalyse eine Bestimmung des biologischen Alters und aufgrund der geringen Varianz eine relativ genaue Bestimmung des chronologischen Alters.

Als Fazit merkte er an, dass die Erweiterung der DNA-Analyse aus forensischer Sicht zielführend sei und betonte dabei die Notwendigkeit, die Erweiterung in ihrer Komplexität zu betrachten. Merkmale wie Haut, Augen- und Haarfarbe können demzufolge nicht losgelöst von der biogeographischen Herkunft analysiert werden, da diese in einem untrennbaren Wechselwirkungsprozess stehen. Im Ergebnis befürwortete er die Erweiterung der Analyse auf die sogenannten äußerlichen Merkmale mit Verweis auf die in den Niederlanden angewandte Praxis. Eine Ausweitung auf (höchst-)persönliche Merkmale lehnte er jedoch strikt ab.

### III. Die kriminalistische Perspektive

Der nächste Redebeitrag folgte von *Kriminalhauptkommissar Dirk Rech*, dem stellvertretenden Leiter des Kommissariats 11 – Tötungsdelikte – des Polizeipräsidiums Mainz, der sich der ermittlungstaktischen Perspektive widmete. In seinem Vortrag zur „Auswertung von DNA-Spuren – Bedeutung aus der kriminalpolizeilichen Praxis“ vermittelte er den Teilnehmer\*innen zunächst die wichtigsten Eckdaten zur kriminalpolizeilichen Tätigkeit des K 11. Danach gab es im Jahr 2016 22 Tötungsdelikte, die mit einer Aufklärungsquote von 97 % bei einer Anzahl von 8 Beamten ermittelt werden konnten. Der Zuständigkeitsbereich erstreckte sich auf eine Fläche von ca. 2 500 qkm bei 803 000 Einwohnern.

Er machte eingangs deutlich, dass der DNA-Analyse aus polizeilicher Sicht elementare Bedeutung zukomme,

gleichwohl diese nicht die kriminaltechnische Arbeit sowie die Ermittlungsarbeit der eingesetzten Beamten ersetze. Zudem zeigte er auf, dass sich der Beweiswert einer DNA-Spur mit zunehmend subtileren molekulargenetischen Untersuchungsmethoden verringere. Da mit dem technischen Fortschritt immer weniger Spurenmaterial benötigt werde, um ein Profil der DNA des Spurenlegers erstellen zu können, könne es sich häufiger auch um Zufallsübertragungen etc. handeln. Im Anschluss daran stellte er zwei Fälle vor.

Resümierend stellte er fest, dass die Erweiterung der DNA-Analyse ermittlungunterstützende Funktion aufweisen kann, da sie insbesondere im Bereich der Kapitalverbrechen neue Ermittlungsansätze mit Blick auf die Fahndung biete. Außerdem diene sie auch dazu, Unbeteiligte als Tatverdächtige auszuschließen. Zuletzt trage sie dazu bei, einem verantwortungsvollen Umgang mit Ressourcen im Hinblick auf den Personaleinsatz, den Verfahrenskosten sowie der Verfahrensbeschleunigung Rechnung zu tragen.

### IV. Die rechtliche Betrachtung

Als letzter Experte referierte *Prof. Dr. Mark Zöller*, der Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Trier über die „Rechtliche[n] Möglichkeiten und Grenzen bei der Ausweitung der Regelung der DNA-Analyse in § 81e StPO“. Auch er betonte am Anfang, dass die Ergebnisse der molekulargenetischen Untersuchung Aussagen über statistische Wahrscheinlichkeiten enthalten, die nicht die richterliche Beweiswürdigung und die Überzeugungsbildung über die Täterschaft eines Beschuldigten ersetzen. Gegenüber dem Zeugenbeweis ermögli- che sie demgegenüber allerdings zuverlässigere Aussagen, sodass ihr im Strafverfahren eine überragende Indizwirkung zukomme.

Danach gab er den Teilnehmern einen historischen Überblick über DNA-bezogene Rechtsprechung bis 1997 und stellte die Leitsätze der Entscheidungen des *LG Berlin* NJW 1989, 787; des *BGHSt* 37, 157 und des *BVerfG* vom 18.9.1995 – NJW 1996, 771 vor. Er skizzierte damit, dass die Verwendung der Ergebnisse der DNA-Analyse unter Beachtung der Leitsätze rechtlich zulässig ist. Gleichzeitig zeigte er die rechtliche Grenze auf, die in dem Verbot der Ausforschung von Persönlichkeitsmerkmalen liegt. Die zentrale Leitlinie, die sich nach der Rechtsprechung entwickelt hat, sehe laut *Prof. Dr. Zöller* den absoluten Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung vor. Der Gesetzgeber habe in den §§ 81e-f StPO spezialgesetzliche Ermächtigungsgrundlagen geschaffen, deren Voraussetzungen er darstellte. Der § 81f StPO enthalte darüber hinaus verfahrensrechtliche Sicherungsinstrumente. De lege lata kann die DNA zur Feststellung der Abstammung oder der Tatsache, ob aufgefundenes Spurenmaterial von dem Beschuldigten oder dem Verletzten stammt, untersucht werden, wobei auch das Geschlecht bestimmt werden darf.

Im Anschluss daran nahm er aktuelle Gesetzgebungsvorhaben in den Blick. Die StPO-Reform, welche der Gesetzentwurf zur Änderung des Strafgesetzbuchs, des Jugendgerichtsgesetzes und der Strafprozessordnung (BT-Drs. 18/11277) forciert, sehe lediglich redaktionelle Änderungen der DNA-Vorschriften vor. Die Gesetzesanträge des Landes Baden-Württemberg (BR-Drs. 117/17) und des Freistaates Bayern (BR-Drs. 231/17), welche über den Bundesrat in den Bundestag eingebracht werden sollen, sehen dagegen auch inhaltliche Veränderungen vor. Das Land Baden-Württemberg strebt danach eine Erweiterung des Umfangs der Untersuchungen von DNA-fähigem Material an. Zukünftig sollen auch Feststellungen über das die Augen-, Haar- und Hautfarbe sowie das biologische Alter einer Person getroffen werden, soweit unbekannt ist, von welcher Person das Spurenmaterial stammt. Der bayerische Entwurf sieht vor, die Regelungen des genetischen Fingerabdrucks den Regelungen des klassischen Fingerabdrucks anzugleichen, indem der Anwendungsbereich der DNA-Analyse für die Zwecke künftiger Strafverfahren erweitert und den materiellen Voraussetzungen sonstiger erkennungsdienstlicher Maßnahmen angepasst wird. Damit würden besondere Verhältnismäßigkeitsvoraussetzungen und der Richtervorbehalt hinsichtlich der Erhebung des DNA-Identifizierungsmusters entfallen. Insbesondere der bayerische Gesetzesantrag stieß auf Kritik, da er grund- und datenschutzrechtliche Standards verkenne.

Die geforderte Erweiterung der DNA-Analyse ist mittlerweile im Rahmen des Gesetzentwurfs zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens beschlossen worden. In Zukunft werden auch Beinahe-treffer, die ein Verwandtschaftsverhältnis aufzeigen, als Beweismittel verwendbar sein.

Die Gesetzentwürfe nahm *Prof. Dr. Zöller* zum Anlass, auf die verfassungs- und menschenrechtlichen Vorgaben und deren dogmatische Verankerung hinzuweisen. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und den unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung sowie der Achtung des Privat- und Familienlebens verbiete es demnach, genetische Persönlichkeitsprofile zu erstellen. Äußere Merkmale, wie sie *Prof. Dr. Schneider* bereits dargelegt hatte, seien verfassungsrechtlich zulässig.

Die Grenze sei jedoch dann erreicht, wenn sich die Analyse auf genetische Anomalien, genetisch bedingte Krankheiten oder Charaktereigenschaften beziehe. Zudem komme dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine besondere Bedeutung bei.

Zuletzt präsentierte er Leitlinien zu rechtlichen Beurteilung. Danach sei der Entwurf des Landes Baden-Württemberg und die Prüfung des Landes Rheinland-Pfalz ermittlungstaktisch sinnvoll und verfassungskonform auszugestalten. Außerdem müsse das Gesetz enumerativ und abschließend die Eigenschaften aufzählen, auf die sich die Erweiterung beziehe, da äußerliche Merkmale möglicherweise nicht verfassungskonform ausgelegt werden können. Aus Gründen der Erforderlichkeit sei die Erweiterung der Analyse auf die Fälle zu beschränken, bei denen der Abgleich oder die Erstellung nicht zielführend sind, weil bisher kein Tatverdacht gegenüber einer Person besteht. Eine Beschränkung solle auch im Hinblick auf aufgefundenes, sichergestelltes oder beschlagnahmtes Spurenmaterial bestehen. Ausgeschlossen vom Anwendungsbereich sollen darüber hinaus Fälle der Bagatelldelinquenz sein. Zudem sei der Richtervorbehalt auf Fälle auszuweiten, in denen der Beschuldigte noch nicht ermittelt ist. Zuletzt sei in jeder Phase des Ermittlungsverfahrens zu beachten, dass sich die Aussagekraft auf statistische Wahrscheinlichkeiten begrenzt.

## V. Abschluss

Nach den Redebeiträgen fand eine lebhaft geführte Diskussion mit allen Referenten statt. Inhaltlich wurden dabei verschiedene Facetten angesprochen. Beispielfhaft werden an dieser Stelle datenschutzrechtliche Aspekte, die durch den Landesbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit des Landes Rheinland-Pfalz *Prof. Dr. Dieter Kugelmann*, vorgebracht worden sind, sowie die Frage der diskriminierenden Wirkung der Ausweitung, genannt.

Abschließende Worte fand Herr *Mertin*, der die Vorträge und ihre Kernaussagen nochmal Revue passieren ließ, die Referenten mit einer Danksagung verabschiedete und bleibende Eindrücke einer sehr interessanten, fachlich anspruchsvollen und gelungenen Veranstaltung hinterließ.