

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

Redaktion (national)

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

ALLGEMEINE BEITRÄGE | 330 – 386

- 330 | Reformbedürftigkeit der Strafvorschriften betreffend die Prostitution
von Prof. Dr. Jörg Eisele
- 338 | Was von der großen StPO-Reform übriggeblieben ist
von Prof. Dr. Anja Schiemann
- 352 | Drei Überlegungen zur Entkriminalisierung des Schwarzfahrens
von Wiss. Mit. Henning Lorenz, M.mel. und Sascha Sebastian, M.mel.
- 358 | Die Reform der §§ 232 ff. StGB
von Prof. Dr. Joachim Renzikowski
- 367 | Die Gefährdergesetze im Lichte des Vorsorge-Paradigmas
von Wiss. Mit. Maren Wegner und Wiss. Mit. Dr. Daniela Hunold
- 376 | Sozial-psychologische Reibungsverluste im „digitalen Strafprozess“
von Wiss. Mit. Dr. Oliver Harry Gerson

AUSLANDSRUBRIK | 387 – 394

- 387 | Über die Relation zwischen Straftat und Strafsanktion
von Dr. Dagmara Gruszecka

BUCHBESPRECHUNGEN | 395 – 400

- 395 | Johannes Kaspar (Hrsg.): „Sicherungsverwahrung 2.0“
von Prof. Dr. Alexander Baur
- 397 | Lisa Tuchscherer: Stadtpolizei statt Polizei
von Polizeirätin Anke Arkenau

TAGUNGSBERICHT | 401 – 404

- 401 | Medien – Kriminalität – Kriminalpolitik
Fachtagung der Kriminologischen Zentralstelle
von Wiss. Mit. Fredericke Leuschner und Wiss. Mit. Dr. Matthias Rau

EDITORIAL

Heft 6 der KriPoZ stellt zum Ende des Jahres sieben Beiträge für Sie bereit – davon einen in der Auslandsrubrik. Das Heft beginnt mit einem Aufsatz von *Eisele* zu der Reformbedürftigkeit der Strafvorschriften betreffend die Prostitution. Der Autor geht der Wertung des ProstSchG nach, das Prostitution bzw. die Nachfrage nach Prostitution in Deutschland nicht schlechthin verbietet, sondern unter bestimmten Voraussetzungen für zulässig und damit nicht strafbar erklärt. Die Ausführungen *Eiseles* beruhen auf Überlegungen, die der Autor als Mitglied der Reformkommission zum Sexualstrafrecht in einem Impulsreferat vorgestellt hat und die von der ganz großen Mehrheit der Kommission als Empfehlung beschlossen wurden.

Im zweiten Aufsatz beleuchtet *Schiemann* die gesetzlichen Neuerungen, die durch die „große“ StPO-Reform in die Strafprozessordnung übernommen worden sind. Die wichtigste und kritischste Änderung ist in der Einführung der Quellen-TKÜ und Online-Durchsuchung zu sehen. Zudem wurde das Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens mit dem Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs, des Jugendgerichtsgesetzes, der Strafprozessordnung und weiterer Gesetze vereint, so dass z.B. auch das Fahrverbot in § 44 StGB und Änderungen des § 266a StGB im Zuge dieser Reform miterfasst wurden.

Lorenz und *Sebastian* stellen in ihrem Beitrag drei Überlegungen zur Entkriminalisierung des Schwarzfahrens an. Anlass für diese Überlegungen war ein Vorstoß des Justizministers des Landes Nordrhein-Westfalen, *Peter Biesenbach* (CDU), der in einem Interview mit der Rheinischen Post die Entkriminalisierung des „einfachen Schwarzfahrens“ – verstanden als Nutzung des öffentlichen Personennahverkehrs ohne gültige Fahrkarte – (erneut) ins Gespräch brachte.

In einem weiteren Aufsatz stellt *Renzikowski* die neuen Straftatbestände der §§ 232 ff. StGB überblicksartig vor und würdigt diese kritisch. Der Gesetzgeber entschied sich gegen die ursprünglich geplante minimale Änderung und für eine umfassende Neugestaltung der §§ 232 ff. StGB, wobei die drei früheren, schon nicht durch große Übersichtlichkeit glänzenden, Strafvorschriften durch fünf Vorschriften abgelöst wurden, die einen Verweisungsdschungel verschiedener Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründen enthalten, in denen sich die Praxis leicht verirren kann.

Wegner und *Hunold* erörtern in ihrem Beitrag die Gefährdengesetze im Lichte des Vorsorge-Paradigmas. Sie beleuchten dabei die gesetzliche Neuausrichtung im Rahmen der präventiven Wende der Sicherheitspolitik sowie des sicherheitsbehördlichen Umgangs mit sogenannten (islamistischen) Gefährdern und stellt die gesetzgeberische Tendenz in den Zusammenhang mit gesellschaftlichen Einflussfaktoren.

Der Beitrag von *Gerson* untersucht aus interdisziplinärer Perspektive die in der deutschen Diskussion noch weitgehend unterrepräsentierten sozial-psychologischen Vor- und Nachteile der „Digitalisierung“ des Strafprozesses. Die Meilensteine auf dem Weg dorthin – „Gerichtsfernsehen“, audiovisuelle Vernehmungsdokumentation und „Big Data-Ermittlungen“ – verfangen bislang nach Ansicht des Autors nahezu ausschließlich in rechtspolitischen Fäden.

In der Auslandsrubrik stellt *Gruszecka* einige grundlegende Überlegungen zur Relation zwischen Straftat und Strafsanktion an und verknüpft die strafrechtsdogmatischen und -theoretischen Überlegungen mit den jüngsten Änderungen des polnischen Strafgesetzbuches.

Ferner finden sich zwei Buchbesprechungen und ein Tagungsbericht zur Fachtagung der Kriminologischen Forschungsstelle mit dem Titel „Medien – Kriminalität – Kriminalpolitik“ im aktuellen Heft.

Auch wenn es in Zeiten schwieriger Regierungsbildung zwangsläufig ruhig im Hinblick auf Gesetzentwürfe und -initiativen geworden ist, so sind doch zahlreiche Änderungen, die in der letzten Legislaturperiode beschlossen wurden, durch Verkündung im Bundesgesetzblatt in Kraft getreten. Im Oktober traten das Netzwerkdurchsetzungsgesetz, die Kassensicherungsverordnung, die Strafbarkeit nicht genehmigter Kraftfahrzeugrennen im Straßenverkehr und das Gesetz über die Erweiterung der Medienöffentlichkeit in Gerichtsverfahren in Kraft.

Im November wurde das Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens – allerdings nur redaktionell – berichtigt. Die Neuregelungen zu § 203 StGB sind am 9.11.2017 teilweise in Kraft getreten. Am 20. November ist die Verordnung (EU) 2017/1939 des Rates vom 12.10.2017 zur Durchführung einer verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft (EUSTA) in Kraft getreten (ABl EU L 283/1).

Nachdem der Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung von Betrug und Fälschung im Zusammenhang mit unbaren Zahlungsmitteln und zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2001/413/JI des Rates von Bundestag und Bundesrat gerade im Hinblick auf die Schaffung neuer Straftatbestände kritisch gesehen wurde, begrüßte der Bundesrat in seiner Plenarsitzung am 24.11.2017 die gemeinsame Mitteilung der Europäischen Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, zur Abwehrfähigkeit, Abschreckung und Abwehr, die Cybersicherheit in der EU wirksam zu erhöhen.

Prof. Dr. Anja Schiemann

ALLGEMEINE BEITRÄGE

Reformbedürftigkeit der Strafvorschriften betreffend die Prostitution

von Prof. Dr. Jörg Eisele*

Abstract

Die Straftatbestände der §§ 180a und 181a StGB sind nicht mehr zeitgemäß. Verstärkt wird die Problematik durch die Neufassung der §§ 232 bis 233b StGB, die einen Teilausschnitt der Prostitution regeln und ihrerseits teilweise inkonsistent sind. Weitere Wertungswidersprüche sind durch die Schaffung des Prostituiertenschutzgesetzes (ProstSchG) entstanden. Es wird vorgeschlagen, das Prostitutionsstrafrecht grundlegend zu reformieren. Dazu sollte zunächst der Tatbestand der Zwangsprostitution (§ 232a StGB) in den 13. Abschnitt (rück-)überführt werden. Ferner sollte ein allgemeiner Ausbeutungstatbestand geschaffen, die dirigistische Zuhälterei unter Berücksichtigung des ProstG und des ProstSchG neu geregelt und ein stimmiges Jugendschutzkonzept geschaffen werden.

I. Einführung

Die letzte Legislaturperiode hat zu einer kaum mehr zu überschauenden und allseits beklagten Anzahl von Reformen im Strafrecht geführt. Daher mag es vielleicht zunächst überraschen, wenn der folgende Beitrag eine weitere Reform anmahnt. Allerdings hängt diese Forderung mit zwei Gesetzgebungsvorhaben der vergangenen Legislaturperiode zusammen, die weiteren Reformbedarf im Bereich der Strafvorschriften über Prostitution (§§ 180a, 181a StGB) geschaffen haben. So wurden §§ 232 bis 233b StGB mit dem Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung des Menschenhandels und zur Änderung des Bundeszentralregistergesetzes sowie des Achten Buches Sozialgesetzbuch vom 11.10.2016¹ weitgehend neu gefasst und hierbei auch Teilbereiche der Prostitution geregelt, ohne dass das Verhältnis zu §§ 180a, 181a StGB hinreichend Berücksichtigung fand.² Zudem enthält das neue Prostituiertenschutzgesetz (ProstSchG) vom 21.10.2016³ detaillierte Regelungen über Prostitutionsbetriebe, die ebenfalls eine Anpassung des Prostitutionsstrafrechts notwendig machen.

Im Folgenden soll von der Wertung des ProstSchG ausgegangen werden, wonach Prostitution bzw. die Nachfrage nach Prostitution in Deutschland nicht schlechthin verboten (so aber das sog. Schwedische Modell), sondern unter bestimmten Voraussetzungen zulässig und damit nicht strafbar ist.⁴ Dem liegt – verkürzt gesagt – die Sichtweise zugrunde, dass bei erwachsenen Personen, die freiwillig der Prostitution nachgehen, eine eigenverantwortliche Entscheidung vorliegt, die einen paternalistischen Schutz nicht gebietet. Die nachfolgenden Ausführungen beruhen auf Überlegungen, die ich als Mitglied der Reformkommission zum Sexualstrafrecht in einem Impulsreferat vorgestellt habe und die von der ganz großen Mehrheit als Empfehlung beschlossen wurden.⁵

II. Regelung der Prostitution innerhalb der Strafvorschriften über den Menschenhandel

Zunächst gilt es zu berücksichtigen, dass ein zentraler Teil der Strafvorschriften über die Prostitution in den Vorschriften über den Menschenhandel (§§ 232 ff. StGB) enthalten ist. Die gravierendsten Fälle, in denen eine Person zur Prostitution veranlasst wird, sind nämlich bereits mit dem 37. StrÄG aus dem Jahre 2005 von den Vorschriften des 13. Abschnitts und damit vom Sexualstrafrecht in den 18. Abschnitt zu den Straftaten gegen die persönliche Freiheit verschoben worden. Dies geschah freilich lediglich, um den Menschenhandel an einem einheitlichen Standort im StGB zu regeln,⁶ wobei jedoch schon damals die damit verbundenen Wertungswidersprüche und Überschneidungen zum Sexualstrafrecht verkannt wurden. Mit der Neuregelung der §§ 232 ff. StGB im Jahre 2016, die der Umsetzung der Richtlinie 2011/36/EU zur Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels und zum Schutz seiner Opfer sowie zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2002/629/JI⁷ diente und weitere Formen der Ausbeutung – Ausnutzung der Bettelei und der Begehung von strafbaren Handlungen sowie die rechtswidrige Organentnahme – einbezieht, hat der Gesetzgeber trotz deutlicher

* Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches und Europäisches Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Computerstrafrecht an der Eberhard Karls Universität Tübingen.

¹ BGBl I, S. 2226.

² Näher zu dieser Problematik bereits *Renzikowski*, Strafvorschriften gegen Menschenhandel und Zwangsprostitution de lege lata und de lege ferenda, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 132, November 2014. Abrufbar unter <http://telc.jura.uni-halle.de/sites/default/files/BeitraegeTWR/Heft%20132.pdf> (zuletzt abgerufen am 10.10.2017).

³ BGBl I, S. 2372.

⁴ Dazu auch *Laubenthal*, Handbuch Sexualstraftaten, 2012, Rn. 760.

⁵ Abschlussbericht der Reformkommission, Empfehlungen Nrn. 42 bis 45, Bericht S. 197 ff., Abstimmungsergebnisse, S. 213 ff. Abrufbar unter: http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/StudienUntersuchungenFachbuecher/Abschlussbericht_Reform-kommission_Sexualstrafrecht.pdf;jsessionid=AAF7E820C72CE681809730229116A454.2_cid289?__blob=publicationFile&v=1 (zuletzt abgerufen am 10.10.2017).

⁶ BT-Drs. 15/3045, S. 6.

⁷ ABl. EU 2011 Nr. L 101, S. 1; dazu *Brodowski*, ZIS 2011, 940 (944); *Bürger*, ZIS 2017, 169 (176 f.); *Pfuhl*, Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung, 2012, S. 211 ff. (289 ff.).

Kritik nichts an der Systematik geändert.⁸

Dass der Gesetzgeber bei der Neuregelung die Regelungen des Sexualstrafrechts aus dem Blick verloren hat, soll an dieser Stelle nur anhand eines Beispiels illustriert werden. In § 232a Abs. 6 StGB wurde für Fälle der Zwangsprostitution nunmehr eine Freierstrafbarkeit mit Kronzeugenregelung eingeführt, um dem Opferschutz Rechnung zu tragen und den Menschenhändlern die wirtschaftliche Basis ihrer Tätigkeit zu entziehen. Diese Regelung ist zunächst sehr eng gefasst, da sie sich entsprechend des Regelungskontextes nur auf Fälle des Menschenhandels und der Zwangsprostitution beschränkt. Noch gravierender ist freilich, dass die Kronzeugenregelung, die Anreize zur Tataufdeckung und Mitwirkung an der Aufklärung schaffen soll,⁹ de facto leerläuft,¹⁰ weil der Täter neben § 232a Abs. 6 StGB tateinheitlich § 177 Abs. 1 StGB verwirklicht, wenn das Opfer zu erkennen gibt, dass es die sexuellen Handlungen nicht vornehmen möchte und er § 177 Abs. 2 Nr. 4 StGB verwirklicht, wenn er es ausnutzt, dass dem Opfer vom Zuhälter bei Nichtvornahme der sexuellen Handlungen ein empfindliches Übel droht. Da die Kronzeugenregelung für diese Vorschriften aber nicht Anwendung findet und innerhalb des § 177 StGB auch eine Privilegierung von Freiern durch eine analoge Anwendung der Vorschrift nicht geboten ist, ist eine Mitwirkung an der Aufklärung in der Praxis kaum zu erwarten.

1. Zwangsprostitution

Die strafwürdigsten Fälle von Prostitution sind derzeit in § 232a StGB geregelt, der weitgehend § 232 StGB a.F. entspricht.¹¹ § 232a Abs. 1 StGB erfasst mit einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zehn Jahren alle Fälle, in denen eine Person unter Ausnutzung einer persönlichen oder wirtschaftlichen Zwangslage oder der Hilflosigkeit, die mit ihrem Aufenthalt in einem fremden Land verbunden ist (sog. auslandsspezifische Hilflosigkeit), zur Aufnahme oder Fortsetzung der Prostitution oder dazu veranlasst wird, sexuelle Handlungen, durch die sie ausgebeutet wird, an oder vor dem Täter oder einer dritten Person vorzunehmen oder von dem Täter oder einer dritten Person an sich vornehmen zu lassen. Ohne Zwangslage oder auslandsspezifische Hilflosigkeit werden auch Fälle erfasst, in denen eine Person unter 21 Jahren (d.h. ein Kind, ein Jugendlicher, aber auch ein Heranwachsender) zur Aufnahme oder Fortsetzung der Prostitution oder zu sonstigen sexuellen Handlungen veranlasst wird. § 232a Abs. 3 StGB enthält zudem einen eigenständigen Verbrechenstatbestand¹² mit einer Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren, bei dem kein Ausnutzen einer Schwächesituation oder ein bestimmtes Alter des Opfers verlangt wird, sondern der Einsatz von Nötigungsmitteln, durch die das Opfer zur Prostitution oder zu sexuellen Handlungen veranlasst wird. § 232a Abs. 4 StGB normiert zur Umsetzung der EU-Richtlinie durch Verweis auf § 232 Abs. 3 S. 1 Nrn. 1 bis 3 StGB Qualifikationen. Zu erwähnen ist ferner

die bereits eben angesprochene Freierstrafbarkeit mit Kronzeugenregelung in Abs. 6.

2. Menschenhandel und Ausbeutung unter Ausnutzung einer Freiheitsberaubung

Bezüge zum Prostitutionsstrafrecht finden sich ferner im neuen § 232 StGB, der hinsichtlich der Tathandlungen an § 233a StGB a.F. angelehnt ist. Das abstrakte Gefährdungsdelikt im Vorfeld der Ausbeutung pönalisiert in seinem Abs. 1 mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren das Anwerben, Befördern, Weitergeben, Beribergeren und Aufnehmen einer anderen Person unter Ausnutzung ihrer persönlichen oder wirtschaftlichen Zwangslage oder ihrer Hilflosigkeit, die mit dem Aufenthalt in einem fremden Land verbunden ist, sofern sie durch den Täter oder einen Dritten ausgebeutet werden soll. Entsprechendes gilt auch ohne Zwangslage für Personen unter 21 Jahren. Nach Nr. 1 lit. a wird auch die intendierte Ausbeutung durch Prostitution und sexuelle Handlungen erfasst.

Völlig neu geschaffen wurde der Tatbestand des § 233a StGB, der die Ausbeutung unter Ausnutzung einer Freiheitsberaubung regelt. Nach § 233a Abs. 1 StGB wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren bestraft, wer eine andere Person einsperrt oder auf andere Weise der Freiheit beraubt und sie in dieser Lage ausbeutet, wobei Nr. 1 explizit die Prostitution nennt.

3. Systematische Ungereimtheiten innerhalb der §§ 232 ff. StGB

Im Folgenden soll es nicht allgemein um eine kritische Betrachtung der insgesamt wenig gelungenen Neuregelung des Menschenhandels gehen, sondern um Ungereimtheiten, die speziell mit der Implementierung der Prostitution in §§ 232 ff. StGB verbunden sind. In §§ 232 ff. StGB werden – wie schon in den Vorgängerregelungen – Prostitution und ausbeuterische Beschäftigung grundsätzlich gleichgestellt. Dies gilt für den Menschenhandel in § 232 StGB, die Zwangsprostitution in § 232a StGB und die parallel dazu ausgestaltete Zwangsarbeit in § 232b StGB sowie die Ausbeutung unter Ausnutzung einer Freiheitsberaubung in § 233a StGB. Hingegen findet sich für die Prostitution keine dem § 233 StGB (Ausbeutung der Arbeitskraft) vergleichbare Regelung. Nach dieser Vorschrift wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bestraft, wer eine andere Person unter Ausnutzung ihrer persönlichen oder wirtschaftlichen Zwangslage oder ihrer auslandsspezifischen Hilflosigkeit bzw. eine Person unter 21 Jahren durch eine Beschäftigung (Nr. 1) ausbeutet. Diese bewusste Aufhebung des Gleichlaufs von Prostitution und ausbeuterischer Beschäftigung liegt in dem Umstand begründet, dass die Ausbeutung von Prostituierten bereits – inhaltlich abweichend – in §§ 180a, 181a StGB geregelt ist. Diese Regelungstechnik überzeugt freilich

⁸ Näher Eisele, Schriftliche Stellungnahme Rechtsausschuss, S. 2 u. 11 f.; vgl. ferner Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, Empfehlung Nr. 42 und S. 196; Bürger, ZIS 2017, 169 (180).

⁹ BT-Drs. 18/9095, S. 36.

¹⁰ Näher Eisele, Schriftliche Stellungnahme Rechtsausschuss, S. 13; ferner Böse, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), Vorb. § 232 Rn. 6; Petzsche, KJ 50 (2017), 244 f.

¹¹ BT-Drs. 18/9095, S. 32.

¹² A.a.O., S. 34.

wenig. Denn entweder sind beide Bereiche miteinander vergleichbar, dann hätte auch die Ausbeutung von Prostituierten in §§ 232 ff. StGB geregelt werden können (konsequenterweise in § 233 StGB: Ausbeutung von Prostituierten, in § 233a StGB: Ausbeutung der Arbeitskraft). Oder die beiden Regelungsbereiche betreffen ganz unterschiedliche Materien (was angesichts des Schutzguts der sexuellen Selbstbestimmung¹³ allein zutreffend ist), dann hätte aber die Prostitution in den 13. Abschnitt (rück-)überführt werden müssen.¹⁴ Ein Gleichlauf lässt sich im Übrigen auch nicht dadurch erreichen, dass man – was angesichts der Regelungen im ProstG und ProstSchG denkbar wäre – die Prostitution, sofern diese innerhalb eines Prostitutionsgewerbes erfolgt, als Beschäftigungsverhältnis i.S.d. §§ 232 ff. StGB interpretiert und somit zur Anwendbarkeit des § 233 StGB gelangt. Denn §§ 232 ff. StGB trennen explizit zwischen Prostitution und sexuellen Handlungen einerseits und ausbeuterischer Beschäftigung andererseits, so dass davon auszugehen ist, dass der Gesetzgeber die Prostitution speziell regeln wollte. Dafür lässt sich auch anführen, dass die ausbeuterische Beschäftigung in § 232 Abs. 1 S. 2 StGB legaldefiniert ist, diese Definition der Ausbeutung aber gerade nicht für die Prostitution gilt und damit nicht über den Umweg der gleichzeitigen Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses zur Anwendung gebracht werden kann. Dass die Neuregelung der §§ 232 ff. StGB zu Friktionen führt, hat der Gesetzgeber zwar gesehen, aber lapidar ausgeführt: „Einem möglichen gesetzgeberischen Handlungsbedarf im Hinblick auf diese Vorschriften soll bei einer Gesamtreform des 13. Abschnitts des StGB (Vorschriften über die sexuelle Selbstbestimmung) Rechnung getragen werden.“¹⁵

III. Analyse der Vorschriften des 13. Abschnitts

Der Reformbedarf im Hinblick auf die Strafvorschriften der §§ 180a, 181a StGB folgt aber nicht nur aus Verwerfungen im Hinblick auf die neuen §§ 232 ff. StGB, sondern auch daraus, dass §§ 180a, 181a StGB inzwischen veraltet sind.

1. Ausbeutung von Prostituierten, § 180a StGB

a) § 180a Abs. 1 StGB

§ 180a Abs. 1 StGB sanktioniert mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren (das entspricht dem Strafrahmen des § 233 StGB für das Ausbeuten der Arbeitskraft) das gewerbsmäßige Unterhalten oder Leiten eines Betriebes, in dem Personen der Prostitution nachgehen, wenn diese in persönlicher oder wirtschaftlicher Abhängigkeit gehalten werden. Die Vorschrift, die im Lichte des ProstG und ProstSchG auszulegen ist,¹⁶ ist zunächst enger als § 232a StGB, da

der Täterkreis auf das gewerbsmäßige Unterhalten (d.h. die Inhaberschaft am Betrieb) und das Leiten (Direktionsbefugnis) beschränkt ist. Große inhaltliche Überschneidungen ergeben sich dann aber, weil die persönliche oder wirtschaftliche Zwangslage bei § 232a Abs. 1 StGB häufig mit der persönlichen oder wirtschaftlichen Abhängigkeit i.S.d. § 180a Abs. 1 StGB einhergehen wird.¹⁷ Denn unter Zwangslage i.S.d. § 232a Abs. 1 StGB ist gerade das Bestehen einer ernsten Not oder Bedrängnis persönlicher oder wirtschaftlicher Art zu verstehen.¹⁸ Auch das bei § 232a Abs. 1 StGB vorausgesetzte Ausnutzen der Zwangslage führt de facto kaum zu einer Einschränkung gegenüber § 180a Abs. 1 StGB, da ein solches regelmäßig vorliegen wird. Ferner verlangt § 232a Abs. 1 StGB in der neuen Fassung in Fällen der Prostitution nach Nr. 1 keine Ausbeutung mehr, da diese ausdrücklich nur noch auf sexuelle Handlungen i.S.d. Nr. 2 bezogen ist,¹⁹ so dass auch insoweit kein Unterschied zu § 180a StGB besteht. Da § 232a Abs. 1 StGB jedoch einen deutlich höheren Strafrahmen (und zudem Qualifikationen) aufweist, wird demnach durch § 180a Abs. 1 StGB – ungeachtet der Konkurrenzfrage der Vorschriften – der Bordellbetreiber privilegiert. Da § 180a Abs. 1 StGB zudem weite Überschneidungen mit § 181a Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB aufweist,²⁰ könnte bei entsprechender Anpassung des § 181a StGB die Vorschrift des § 180a Abs. 1 StGB vollständig gestrichen werden. Der Unrechtsgehalt würde dann bereits hinreichend von § 232a StGB, der in den 13. Abschnitt überführt werden sollte, sowie von § 181a Abs. 1 StGB abgedeckt.

b) § 180a Abs. 2 Nr. 1 StGB

Nach § 180a Abs. 2 Nr. 1 StGB wird bestraft, wer einer Person unter 18 Jahren zur Ausübung der Prostitution Wohnung, gewerbsmäßig Unterkunft oder gewerbsmäßig Aufenthalt gewährt. Die Vorschrift soll verhindern, dass Jugendliche in Prostituiertenwohnheimen, Eros-Center usw. aufgenommen werden, wo sie leicht in dauerhafte Abhängigkeiten geraten können.²¹ Überzeugend ist diese Regelung jedoch nicht. Soweit Jugendliche auf Prostitution angewiesen sind, werden sie diese kaum mangels Wohnung aufgeben. Vielmehr ist es naheliegender, dass sie in die deutlich gefährlichere Straßenprostitution getrieben werden.²² Dies gilt erst recht seit Erlass des ProstSchG, wonach der Betreiber eines Prostitutionsgewerbes einer Erlaubnis bedarf, so dass die Genehmigung und Kontrolle seitens der Behörden für die Prostituierten ein Mehr an Sicherheit gegenüber der Straßenprostitution gewährt. Da § 180a Abs. 2 Nr. 1 StGB von vornherein nicht geeignet ist, den Schutzzweck zu erreichen, sollte diese Vorschrift ebenfalls gestrichen werden.

¹³ Vgl. nur BT-Drs. 18/9095, S. 32.

¹⁴ Die unangemessene Beschäftigung gehört richtigerweise in den Kontext des § 291 StGB, § 10 SchwarzArbG sowie § 15a AÜG; die Sklaverei hätte wie vor dem 37. StÄG in § 234 StGB geregelt werden können. Zum Ganzen *Eisele*, Schriftliche Stellungnahme Rechtsausschuss, S. 1 ff.

¹⁵ BT-Drs. 18/9095, S. 20.

¹⁶ Dazu näher unten III. 2.

¹⁷ So auch *Renzikowski*, Strafvorschriften gegen Menschenhandel und Zwangsprostitution de lege lata und de lege ferenda, S. 21 f.

¹⁸ Vgl. *Fischer*, StGB, 64. Aufl. (2017), § 232 Rn. 5; zu § 182 Abs. 1 Nr. 1 StGB auch BGHSt 42, 399.

¹⁹ BT-Drs. 18/9095 S. 33; zum früheren Streit s. *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 232 Rn. 16.

²⁰ S. II. 2.

²¹ BT-Drs. VI/1552, S. 27; *Laubenthal*, Sexualstraftaten, Rn. 807.

²² Siehe nur *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 180a Rn. 4; *Schroeder*, JR 2002, 408 (409).

Stattdessen ist grundsätzlich zu überlegen, wie Personen unter 18 bzw. 21 Jahren vor Prostitution strafrechtlich geschützt werden sollen. Dabei sind nicht nur § 232 Abs. 1 Nr. 1 StGB (insb. Beherbergen) und § 232a Abs. 1 Nr. 1 StGB, sondern auch § 180 Abs. 2 StGB zu berücksichtigen, der das Bestimmen einer Person unter 18 Jahren zu sexuellen Handlungen gegen Entgelt sowie das Vorschubleisten durch Vermittlung bestraft. Ferner ist § 182 Abs. 2 StGB einzubeziehen, der eine Strafbarkeit für Fälle vorsieht, in denen der Täter eine Person unter 18 Jahren dadurch missbraucht, dass sie gegen Entgelt sexuelle Handlungen an ihm vornimmt oder an sich von ihr vornehmen lässt. Insoweit bedarf es künftig eines einheitlichen Konzeptes mit stimmigen Altersgrenzen.²³

c) § 180a Abs. 2 Nr. 2 StGB

Letztlich wird nach § 180a Abs. 2 Nr. 2 StGB bestraft, wer eine andere Person, der er zur Ausübung der Prostitution Wohnung gewährt, zur Prostitution anhält (Var. 1) oder im Hinblick auf sie ausbeutet (Var. 2). Soweit das Anhalten zur Prostitution (Var. 1), das eine andauernde und nachhaltige Beeinflussung erfordert, die nicht nur in gelegentlichen Äußerungen besteht,²⁴ strafbar ist, überzeugt dies schon nach den Wertungen des ProstG und ProstSchG wenig. Denn es ist nicht ersichtlich, weshalb das Überreden zu einer legalen Tätigkeit ohne Hinzutreten weiterer Umstände, wie etwa dem Ausnutzen einer Zwangslage oder dem Einsatz von Nötigungsmitteln, strafbar sein soll. Letztlich trifft die volljährige Prostituierte in solchen Fällen eine eigenverantwortliche Entscheidung.²⁵ Auch § 180a Abs. 2 Nr. 2 Var. 1 StGB sollte daher gestrichen werden. Die Strafbarkeit der Ausbeutung durch Wohnungsgewährung (Var. 2), die (nur) einen Spezialfall der Ausbeutung nach § 181a StGB darstellt,²⁶ beruht im Wesentlichen darauf, dass der Vermieter es sich zunutze machen kann, dass es für Prostituierte schwierig ist, entsprechende Räumlichkeiten anzumieten. Da die Ausbeutung nach § 181a Abs. 1 StGB grundsätzlich mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren bestraft wird, wird bei § 180a Abs. 2 Nr. 2 StGB, der nur eine Obergrenze von drei Jahren Freiheitsstrafe vorsieht, der Vermieter in kaum nachvollziehbarer Weise privilegiert (sog. Vermieterprivileg).²⁷ Die Vorschrift sollte daher ebenfalls gestrichen werden.

d) Zwischenergebnis

Die Vorschrift des § 180a StGB kann im Rahmen einer Neukonzeption vollständig gestrichen werden, da das Unrecht bereits im Wesentlichen von § 232a StGB und § 181a StGB erfasst wird, so dass allenfalls dort leichte Modifikationen notwendig werden.

2. Zuhälterei nach § 181a StGB

a) § 181a Abs. 1 Nr. 1 StGB

§ 181a Abs. 1 Nr. 1 StGB bestraft die Ausbeutung von Prostituierten, ohne dass es einer Zwangslage oder eines jugendlichen Alters bedarf. Der Strafrahmen beträgt sechs Monate bis zu fünf Jahre Freiheitsstrafe und liegt damit deutlich über der Ausbeutung der Arbeitskraft nach § 233 StGB. Dies überzeugt aber aus zwei Gründen nicht. Zum einen sind in den §§ 232 ff. StGB Prostitution und ausbeuterische Beschäftigung ansonsten gleichgestellt. Zum anderen weist § 233 StGB sogar einen höheren Unrechtsgehalt auf, da hier zusätzlich verlangt wird, dass der Täter eine Zwangslage oder auslandsspezifische Hilflosigkeit ausnutzt oder das Tatopfer unter 21 Jahren ist. Da auch die Ausbeutung ein Element der Abhängigkeit verlangt, erfasst § 181a Abs. 1 Nr. 1 StGB bereits viele Fälle des § 180a Abs. 1 StGB;²⁸ dies bestätigt erneut die These, dass § 180a Abs. 1 StGB entbehrlich ist.²⁹ In der Ausbeutung dürfte zugleich der Kern eines dritten eigenständigen Tatbestandes liegen, der neben diejenigen Strafvorschriften treten sollte, die an Zwangslagen oder das Alter der Prostituierten anknüpfen.

b) § 181a Abs. 1 Nr. 2 StGB

§ 181a Abs. 1 Nr. 2 StGB pönalisiert die sog. „dirigierende Zuhälterei“. Dies sind Fälle, in denen der Täter seines Vermögensvorteils wegen eine andere Person bei der Ausübung der Prostitution überwacht (Var. 1), Ort, Zeit, Ausmaß oder andere Umstände der Prostitutionsausübung bestimmt (Var. 2) oder Maßnahmen trifft, die sie davon abhalten sollen, die Prostitution aufzugeben (Var. 3). Da das Halten in persönlicher Abhängigkeit i.S.d. § 180a Abs. 1 StGB ohne eine entsprechende Überwachung der Prostitutionsausübung kaum denkbar ist, zeigt sich auch hier ein weiter Überschneidungsbereich.³⁰ Dabei ist zu beachten, dass die Einschränkung „seines Vermögensvorteils wegen“ kaum praktische Bedeutung erlangt, da diese Voraussetzung im Hinblick auf den wirtschaftlichen Profit im Prostitutionsgewerbe regelmäßig gegeben sein wird. Der Überschneidungsbereich soll nach Vorschlägen aus dem Schrifttum derzeit vor allem durch Restriktionen bei § 181a Abs. 1 Nr. 2 StGB aufgelöst werden, so dass teilweise auf eine Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit durch Gewalt, Drohung, Versagen von Schutz usw. abgestellt wird.³¹ Dagegen spricht jedoch, dass solche Fälle schon von §§ 232 ff. StGB erfasst werden, so dass es de lege ferenda überzeugender ist, § 180a Abs. 1 StGB zu streichen und mit § 181a StGB einen reinen Ausbeutungstatbestand beizubehalten.

Zu berücksichtigen ist ferner, dass § 181a StGB bereits de lege lata im Lichte des ProstG und ProstSchG ausgelegt

²³ S. auch unten III. 3.

²⁴ Vgl. *BGH*, NStZ 1983, 220.

²⁵ *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, § 180a Rn. 3 und Rn. 43.

²⁶ Die Ausbeutung bei § 180a Abs. 2 Nr. 2 und § 181a Abs. 1 Nr. 1 StGB hat nach h.M. denselben Inhalt; vgl. *BGH*, NStE Nr. 3; *Fischer*, § 180 a Rn 27; a.A. *Laubenthal*, Sexualstraftaten, Rn. 606.

²⁷ Vgl. nur *Eisele*, in: Schönke/Schröder, § 180 a Rn. 17; *Eschelbach*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB (2013), § 180a Rn. 18.

²⁸ § 180a Abs. 1 StGB ist in solchen Fällen daher auch subsidiär; vgl. nur *Eisele*, in: Schönke/Schröder, § 181a Rn. 24.

²⁹ S. oben II.1.a.

³⁰ *BGH*, StV 2003, 617; *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, § 181a Rn. 36.

³¹ Näher zu solchen Lösungen *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, § 181a Rn. 36 ff.; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, § 181a Rn. 7.

werden muss und sich daran auch eine künftige Tatbestandsfassung zu orientieren hat.³² Ist die Prostitution nämlich als sozialversicherungspflichtige Tätigkeit rechtlich anerkannt, so können arbeitsrechtlich zulässige Überwachungsmaßnahmen und Weisungen (Var. 1 und Var. 2) für sich genommen keine Strafbarkeit begründen. Bereits der Gesetzgeber hat darauf hingewiesen, dass „eine freiwillig getroffene Vereinbarung über Ort und Zeit der Prostitutionsausübung, also ein einvernehmlich begründetes rechtlich wirksames Beschäftigungsverhältnis, das Prostituierten eine jederzeitige Loslösung aus dieser vertraglichen Beziehung ermöglicht“, nicht vom Tatbestand erfasst wird.³³ Daher kann der Tatbestand nicht auf Grund der Vorgabe von Arbeitszeiten, Arbeitsorten, Arbeitskleidung, Hygienestandards, Festsetzen von Preisen und einer festen Organisationsstruktur angenommen werden, wenn die Prostituierte den Arbeitsbedingungen wirksam zugestimmt hat. Voraussetzung für dessen Verwirklichung ist vielmehr, dass sich die Prostituierte auf Grund wirtschaftlicher oder persönlicher Abhängigkeit der Kontrolle bzw. Weisung nicht entziehen kann.³⁴ Erfasst werden damit nur Einschränkungen des Selbstbestimmungsrechts, die über die in einem normalen Arbeitsverhältnis üblichen Maßnahmen hinausgehen. Anzeichen hierfür können z.B. unangemessene, benachteiligende Arbeitsbedingungen, Drohen von Sanktionen, Beschränkungen der persönlichen Freiheit durch Wegnahme von Personalpapieren, Ausgangsbeschränkungen, Verstrickung in Schulden usw. sein.³⁵ Unzulässig sind ferner Anordnungen hinsichtlich der Ausführung bzw. der Art und Weise einzelner sexueller Handlungen sowie hinsichtlich der Anzahl der sexuellen Kontakte; ferner darf die Prostituierte keinem Weisungsrecht dahingehend unterliegen, dass sie bestimmte Kunden annehmen muss.³⁶ Dem ist zuzustimmen, da solche Weisungen in das sexuelle Selbstbestimmungsrecht eingreifen. Entsprechendes gilt für Maßnahmen, die die Prostituierte davon abhalten sollen, die Prostitution aufzugeben (Var. 3). Soweit eine bessere Bezahlung gewährt wird oder auf den wegfallenden Verdienst aus legaler Prostitution hingewiesen wird, vermag dies den Tatbestand nicht zu begründen. Letztlich muss hier ebenfalls die Entscheidungsfreiheit mit unzulässigen Mitteln beeinträchtigt werden.³⁷ Dabei ergeben sich erneut weite Überschneidungen mit § 232a Abs. 1 Nr. 1 (ggf. i.V.m. Abs. 3) StGB, der auch Fälle erfasst, in denen der Täter durch Ausnutzen einer Zwangslage, Drohung u.s.w. das Opfer zur Fortsetzung der Prostitution bringt, so dass dieser Variante kaum eigenständige Bedeutung zukommt.

Für eine Reform ergeben sich daraus folgende Leitlinien: Es ist zunächst zu prüfen, welche Maßnahmen des Betreibers eines Prostitutionsgewerbes nach ProstG und ProstSchG zulässig sind. Solche legalen Handlungen können ohne Hinzutreten weiterer Umstände eine Strafbarkeit von vornherein nicht begründen. Möchte eine Person, die freiwillig der Prostitution nachgeht, zulässigen Weisun-

gen nicht nachkommen (vgl. etwa § 32 ProstSchG: Kondompflicht), kann sie jederzeit von ihrem Kündigungsrecht Gebrauch machen.

c) § 181a Abs. 2 StGB

Diese Vorschrift normiert die sog. kupplerische Zuhälterei. Strafbar ist es, wenn der Täter die persönliche oder wirtschaftliche Unabhängigkeit einer anderen Person dadurch beeinträchtigt, dass er gewerbsmäßig die Prostitutionsausübung der anderen Person durch Vermittlung sexuellen Verkehrs fördert. Ebenso wie bei den übrigen Tatbeständen ist zu beachten, dass die Förderung zulässiger Prostitution nicht strafbar ist. Nicht erfasst werden soll jedenfalls die bloße Vermittlung des freiwilligen Verkehrs.³⁸ Es spricht viel dafür, künftig die Vermittlung den übrigen Formen des Betreibens eines Prostitutionsgewerbes gleichzustellen und in einem einheitlichen Tatbestand zu regeln.³⁹

d) Beziehungs- und Ehegattenklausel

Ganz gestrichen werden könnte die unklare Beziehungsklausel in Abs. 1 und Abs. 2 („und im Hinblick darauf Beziehungen zu ihr unterhält, die über den Einzelfall hinausgehen“), da diese praktisch keine besondere Bedeutung erlangt⁴⁰ und auch die nur einzelne oder gelegentliche Ausbeutung von Prostituierten – wie §§ 232 ff. StGB zeigen – durchaus strafwürdig ist. Damit würde auch die fragwürdige Sonderregelung für Ehegatten in § 181a Abs. 3 StGB entbehrlich.

IV. Leitlinien einer Reform

Aus der Analyse der bestehenden Vorschriften ergeben sich einige Leitlinien einer Reform der Strafvorschriften über die Prostitution. Fälle der Zwangsprostitution werden derzeit von § 232a StGB erfasst. Insoweit dürfte zunächst Konsens bestehen, dass diese Vorschrift – ungeachtet einzelner Details – im Kern erhalten bleiben sollte. Sie sollte jedoch im systematischen Zusammenhang mit §§ 180a, 181a StGB im 13. Abschnitt geregelt werden. Für weitere Reformfragen bleiben damit folgende Regelungsbereiche übrig: Ausbeutung von Prostituierten samt Vermittlung, Überwachungs- und Weisungsmaßnahmen sowie Jugendschutz.

1. Ausbeutung von Prostituierten unter Einbeziehung von Vermittlung

In Anlehnung an § 181a Nr. 1 StGB sollte zunächst ein allgemeiner Ausbeutungstatbestand geschaffen werden.

a) Täter- und Opferkreis

Der Tatbestand sollte als Täter nicht nur (wie bei § 180a StGB) den Betreiber eines Prostitutionsgewerbes, sondern

³² BGHSt 48, 314 (318 ff.); vgl. hierzu *Eisele*, in: Schönke/Schröder, § 181a Rn. 8a f.; *Laubenthal*, Sexualstraftaten, Rn. 42.

³³ BT-Drs. 14/5958, S. 5; s. auch BGHSt 48, 314 (319); *BayObLG*, StV 2004, 210 (211); *Heger*, StV 2003, 350 (353).

³⁴ BGHSt 48, 314 (319); *BGH*, NSZ 2015, 638 f.

³⁵ BGHSt 48, 314 (319); *OLG Celle*, NSZ-RR 2013, 144.

³⁶ BGHSt 48, 314 (319); *Heger*, StV 2003, 350 (353).

³⁷ Vgl. auch *BGH*, NSZ-RR 2002, 232.

³⁸ BT-Drs. 14/7174, S. 10; *OLG Celle*, NSZ-RR 2013, 144.

³⁹ S. unten III.1.b.

⁴⁰ *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, § 181a Rn. 49.

Jedermann erfassen. Auch § 2 Abs. 3 ProstSchG lässt es für die Erlaubnispflicht genügen, dass die sexuellen Dienstleistungen von mindestens einer Person erbracht werden. Damit käme es für die Strafbarkeit auch nicht darauf an, ob gemäß § 12 ProstSchG eine behördliche Erlaubnis für die Ausübung eines Prostitutionsgewerbes vorliegt. Insoweit könnten sowohl Betreiber eines Prostitutionsgewerbes mit behördlicher Erlaubnis als auch illegale Zuhälter erfasst werden. Auf Opferseite sind zunächst alle Personen einzubeziehen, da auch Erwachsene eines Schutzes vor Ausbeutung bedürfen. Zu überlegen wäre, ob für Kinder und Jugendliche auf Opferseite eine Qualifikation nach dem Vorbild des § 232a Abs. 4 i.V.m. § 232 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 StGB geschaffen wird. Der Unterschied zu § 232a Abs. 1 StGB läge dann darin, dass allein die Ausbeutung bestraft wird, ohne dass der Täter das kindliche oder jugendliche Opfer zugleich zur Aufnahme oder Fortsetzung der Prostitution gebracht haben muss.

*b) Ausbeutung oder auffälliges Missverhältnis als strafbe-
gründendes Merkmal?*

Statt dem engeren Begriff der Ausbeutung, der nach bisherigem Verständnis auf das planmäßige Ausnutzen eines Herrschafts- oder Abhängigkeitsverhältnisses abstellt und die persönliche bzw. wirtschaftliche Unabhängigkeit des Opfers schützt,⁴¹ könnte man auch daran denken, an ein „auffälliges Missverhältnis“ von Leistung und Gegenleistung (vgl. § 291 StGB) oder im Hinblick auf die Arbeitsbedingungen anderer Prostituierten (vgl. § 232 Abs. 1 S. 2 StGB) anzuknüpfen und damit mehr den Schutz des Vermögens in den Vordergrund zu stellen. Damit würde zunächst die Abgrenzung zu § 232a StGB deutlicher, der bereits an eine Zwangslage anknüpft und daher das Element der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit ebenfalls berücksichtigt. Zugleich käme es auf den mitunter schwierigen Nachweis solcher Abhängigkeitsverhältnisse nicht an. Im Übrigen zielt auch das ProstSchG darauf ab, solche auffälligen Missverhältnisse zu vermeiden. So normiert etwa § 26 Abs. 4 ProstSchG, dass es „dem Betreiber eines Prostitutionsgewerbes verboten [ist], sich von den Prostituierten für die Vermietung von Räumlichkeiten, für eine sonstige Leistung oder für die Vermittlung einer Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren zu lassen, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung oder zu deren Vermittlung stehen.“

Für das Merkmal der Ausbeutung spricht hingegen, dass dieses illegal tätige Zuhälter deutlich besser erfasst, da hier Leistung und Gegenleistung schwer zu bemessen sind. Auch lassen sich hinsichtlich der Arbeitsbedingungen nur schwer vergleichbare Prostituiertengruppen bilden. Letztlich kommt es bei minderjährigen Prostituierten auch weniger auf die kommerzielle Ausbeutung an, sondern darauf, dass solche Handlungen aus Jugendschutzgründen ganz verboten sind.⁴² Insgesamt ist daher die Verwendung des Merkmals der Ausbeutung vorzugswürdig.

Der Gesetzgeber hat daher aus guten Gründen auch die Definition des auffälligen Missverhältnisses in § 232 Abs. 1 S. 2 StGB nicht auf die Prostitution bezogen. In einen solchen Tatbestand ist dann auch die Vermittlung zu integrieren.⁴³ Dafür spricht auch, dass § 2 Abs. 3 Nr. 4 ProstSchG die gewerbliche Vermittlung ausdrücklich als Betreiben eines Prostitutionsgewerbes einstuft und damit zwischen Betreiben einer Prostitutionsstätte, Bereitstellen eines Prostitutionsfahrzeuges, dem Organisieren und Durchführen einer Prostitutionsveranstaltung und der Prostitutionsvermittlung im Ausgangspunkt nicht unterscheidet.

2. Überwachungs- und Weisungsmaßnahmen

§ 181a Abs. 1 Nr. 2 StGB pönalisiert Anordnungen hinsichtlich der Ausführung bzw. der Art und Weise einzelner sexueller Handlungen, hinsichtlich der Anzahl der sexuellen Kontakte oder der Vornahme sexueller Handlungen. Ferner sind Fälle des Zwangs erfasst, da das Opfer auch dann zur Fortsetzung der Prostitution gebracht wird, wenn sich die Qualität bereits zuvor erbrachter Prostitutionsleistungen durch die Einwirkung des Täters ändert. Damit ist auch das Veranlassen zu einer intensiveren Form der Prostitutionsausübung tatbestandsmäßig.⁴⁴ Regelungsbedarf im Rahmen des § 181a StGB besteht daher vor allem unterhalb der Schwelle der Ausnutzung einer Zwangslage, Gewalt, Drohung oder List i.S.d. § 232a StGB.

Fraglich ist sodann, ob allein die Vornahme unzulässiger Überwachungs- oder Weisungsmaßnahmen die Strafbarkeit begründen soll. Damit würde akzessorisch zu § 3 ProstG und § 26 ProstSchG eine Strafbarkeit begründet. Nach § 3 ProstG und § 26 Abs. 2 ProstSchG sind „Weisungen, die Art oder Ausmaß der Erbringung sexueller Dienstleistungen vorschreiben, unzulässig.“ Nach § 26 Abs. 1 ProstSchG wird „die Ausgestaltung sexueller Dienstleistungen ausschließlich zwischen den Prostituierten und deren Kundinnen und Kunden in eigener Verantwortung festgelegt.“ Dabei ist die Prostituierte aber schuldrechtlich nicht zur Erfüllung dieser Vereinbarung verpflichtet.⁴⁵ Selbst wenn eine Prostituierte in einem Betrieb engagiert ist, der bestimmte Praktiken anbietet (z.B. „SM-Betrieb“), kann sie solche Praktiken sowohl gegenüber dem Betreiber als auch dem Kunden jederzeit ablehnen. Das umfassende Verbot, Vorgaben zu Art oder Ausmaß sexueller Dienstleistungen (insb. hinsichtlich bestimmter Sexualpraktiken, bestimmter Kunden oder der Häufigkeit) zu erteilen, soll nach Ansicht des Gesetzgebers auch Fälle angemessener Weisungsbefugnis, in denen also kein echtes Beschäftigungsverhältnis besteht, erfassen.⁴⁶ Auch die Vorgabe, sich vollständig unbekleidet den Kunden zu präsentieren bzw. sich in den Räumen des Betriebs aufzuhalten, soll aufgrund eines Eingriffs in den Kernbereich des Persönlichkeitsrechts (sog. Intimsphäre) unzulässig sein, obgleich diese Vorgabe nicht unmittelbar

⁴¹ Vgl. BGH, NStZ 1984, 334; BGH, NStZ 2014, 453 (455).

⁴² Renzikowski, in: MüKo-StGB, 2. Aufl. (2012), § 232 Rn. 51; ferner BT-Drs. 18/9095, S. 26.

⁴³ Vgl. auch den Vorschlag von Renzikowski, Strafvorschriften gegen Menschenhandel und Zwangsprostitution de lege lata und de lege

ferenda, S. 58.

⁴⁴ BGHSt 42, 181 (184 f.); Laubenthal, Sexualstraftaten, Rn. 779 f.; a.A. Schroeder, JZ 1995, 232 (235).

⁴⁵ BT-Drs. 18/8556, S. 90.

⁴⁶ A.a.O., S. 90.

die Vornahme der sexuellen Handlung selbst betrifft.⁴⁷ Umgekehrt sollen ausnahmsweise auch Weisungen über Art und Weise der sexuellen Dienstleistungen zulässig sein, wenn diese dem Schutz der Prostituierten oder einem Dritten dienen oder zur Gewährleistung der Sicherheit erforderlich sind. Dies gilt etwa im Hinblick auf die in § 32 ProstSchG normierte Kondompflicht, aber auch hinsichtlich eines Verbots, die sexuellen Dienstleistungen in nicht dafür vorgesehenen Zimmern zu erbringen oder sexuelle Handlungen auf Video aufzunehmen.⁴⁸

Unter Berücksichtigung dessen könnte man daran denken mit *Renzikowski* denjenigen zu bestrafen, „*der die Art und Weise der Prostitutionsleistung vorschreibt*“.⁴⁹ Da Weisungen hinsichtlich Art und Ausmaß der sexuellen Dienstleistung jedoch arbeitsrechtlich unverbindlich sind, kann die Prostituierte entsprechende Ansinnen ablehnen, so dass man in Anlehnung an das geltende Recht überlegen könnte, ob weitere einschränkende Merkmale – wie etwa persönliche oder wirtschaftliche Abhängigkeit – erforderlich sein sollten, die eine eigenverantwortliche Entscheidung der Prostituierten beseitigen. Andererseits muss man sehen, dass im Kontext von Prostitutionsleistungen häufig ein faktischer Druck zur Befolgung solcher Weisungen bestehen wird, weil ansonsten zumindest die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses im Prostitutionsbetrieb zu befürchten ist, auf das die Prostituierte wirtschaftlich angewiesen sein kann. Jedenfalls sollte man die Strafbarkeit nicht davon abhängig machen, dass sich die Prostituierte tatsächlich der Weisung durch Vornahme der angeordneten sexuellen Handlungen beugt, da der Nachweis der Kausalität zu erheblichen Beweisproblemen führen würde. Sinnvoll erscheint es aber, an die Vornahme der Weisung strengere Anforderungen zu stellen, so dass die nur einmalige oder nicht nachdrückliche Aufforderung nicht genügt. Dies könnte ggf. über bekannte Tathandlungen wie Anhalten⁵⁰ oder Einwirken⁵¹ erreicht werden. So verlangt auch die Rechtsprechung derzeit bei § 181a Abs. 1 Nr. 2 StGB einen „bestimmenden Einfluss“, während das freiwillige Akzeptieren von Bedingungen die dirigierende Zuhälterei ausschließen soll.⁵²

Da dem Betreiber eines Prostitutionsgewerbes umfassende Kontroll- und Compliancemaßnahmen (§§ 24 ff. ProstSchG; z.B. § 27: Kontrolle von Personaldokumenten und Anmeldebescheinigung; Hinweispflicht auf gesundheitliche Beratung) obliegen, dürfte eine rechtswidrige kontrollierende Überwachung nur noch selten Bedeutung erlangen. Schon bisher wurde diesbezüglich verlangt, dass das Verhalten geeignet sein muss, die Prostituierte in Abhängigkeit vom Täter zu halten oder ihre Selbstbestimmung zu beeinträchtigen.⁵³ Die bloße Kontrolle der Einnahmen oder der Preisgestaltung u.s.w., die in jedem ordnungsgemäß geführten Betrieb gegeben bzw. sogar zu verlangen sein wird, genügt für sich genommen nicht.⁵⁴

Soweit man daher für Überwachungsmaßnahmen unterhalb der Schwelle des § 232a StGB und neben einem Ausbeutungstatbestand noch Regelungsbedarf sieht, könnte der bisherige § 180a Abs. 1 StGB dergestalt in die Regelung integriert werden, dass das Halten der Prostituierten durch den Betreiber bzw. die Beeinträchtigung in persönlicher oder wirtschaftlicher Abhängigkeit sanktioniert wird.

3. Jugendschutz

Zunächst ist zu beachten, dass die zuvor beschriebenen Tatbestände für Ausbeutung und rechtswidrige Weisungen auch für Jugendliche gelten sollten. Zudem wird der Jugendschutz derzeit bereits maßgeblich über § 232a StGB begründet. Strafbar ist es demnach, wenn der Täter eine Person unter 21 Jahren zur Aufnahme oder Fortsetzung der Prostitution oder zu entsprechenden sexuellen Handlungen veranlasst, ohne dass es einer Zwangslage u.s.w. bedarf. In Übererfüllung der internationalen Vorgaben über den Menschenhandel hat der Gesetzgeber hier auch Heranwachsende mit einbezogen.⁵⁵ Dabei besteht ein Wertungswiderspruch zu § 180 Abs. 2 Var. 1 StGB, nach dem nur mit bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe bestraft wird, wer eine Person unter 18 Jahren bestimmt, entgeltliche sexuelle Handlungen vorzunehmen oder vornehmen zu lassen oder solchen Handlungen durch Vermittlung Vorschub leistet. Was den Unrechtsgehalt der Tat anbelangt, stellt § 232a Abs. 1 StGB mit seinem höheren Strafraumen zunächst sogar geringere Anforderungen, da auch heranwachsende Opfer miteinbezogen sind, die sexuellen Handlungen ferner unentgeltlich sein können und lediglich ein Veranlassen i.S.e. mitursächlichen Handlung⁵⁶ (im Unterschied zum Bestimmen i.S.d § 180 Abs. 2 StGB) als Tathandlung genügt. Bei einer Gesamtreform sollten solche Ungereimtheiten beseitigt werden, die freilich hier vor allem durch die weite Ausgestaltung des § 232a Abs. 1 S. 2 StGB bedingt sind und das Gefüge des Sexualstrafrechts sprengen.

Weiter ist auch § 182 Abs. 2 StGB in den Blick zu nehmen. Danach wird eine Person über 18 Jahren bestraft, die eine Person unter 18 Jahren dadurch missbraucht, dass sie gegen Entgelt sexuelle Handlungen an ihr vornimmt oder an sich von ihr vornehmen lässt. Mit der Vorschrift soll den im Erleben von Sexualität als „käuferlicher Ware“ liegenden Gefahren für die sexuelle Entwicklung⁵⁷ und dem zu befürchtenden Abgleiten in die Prostitution⁵⁸ begegnet werden. Geregelt ist hier also die sog. Freierstrafbarkeit, soweit es um sexuelle Kontakte mit Jugendlichen geht. Auch hier führt die Altersgrenze auf Opferseite zu Ungereimtheiten gegenüber § 232a Abs. 1 StGB, der ein höheres Schutzzalter aufweist, aber nicht einmal verlangt, dass der Täter selbst den sexuellen Kontakt ausübt. Letztlich spricht vieles dafür, eine einheitliche Altersgrenze von 18

⁴⁷ A.a.O., S. 91.

⁴⁸ A.a.O., S. 91.

⁴⁹ *Renzikowski*, Strafvorschriften gegen Menschenhandel und Zwangsprostitution de lege lata und de lege ferenda, S. 57.

⁵⁰ Vgl. § 180a Abs. 2 Nr. 2 StGB.

⁵¹ Vgl. § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB.

⁵² *BGH*, NStZ 2015, 638 f.

⁵³ BGHSt 48, 314 (317); *BGH*, NStZ-RR 2002, 232.

⁵⁴ *BGH*, NStZ 2015, 638 (639).

⁵⁵ Vgl. bereits BT-Drs. 12/2046, S. 6: „an sich systemwidrig“; BT-Drs. 15/3045, S. 8, sah hingegen noch eine Altersgrenze von 18 Jahren vor.

⁵⁶ BT-Drs. 18/9095, S. 32.

⁵⁷ S. *BGH*, NStZ 2006, 444.

⁵⁸ BT-Drs. 12/4584, S. 8.

Jahren vorzusehen und damit die Sonderregelungen in §§ 232 ff. StGB zu beseitigen.⁵⁹ Auch das ProstSchG sieht eine grundsätzliche Altersgrenze von 18 Jahren für die Zulässigkeit von Prostitution vor (§§ 1, 16 II Nr. 2 lit. a ProstSchG), wenngleich im Hinblick auf §§ 232 ff. StGB eine Beschäftigung von Menschenhandelsopfern unter 21 Jahren nicht zulässig ist (§§ 1, 16 II Nr. 2 lit. b ProstSchG).

4. Freierstrafbarkeit

Hinsichtlich Jugendlicher regelt – wie bereits gezeigt – § 182 Abs. 2 StGB die Strafbarkeit der Freier. Für Fälle der Zwangsprostitution hat der Gesetzgeber eine solche nun in § 232a Abs. 6 StGB eingeführt, wobei der Anwendungsbereich recht eng bleibt und die Kronzeugenregelung missglückt ist, was der Anpassung bedarf.⁶⁰ Unterhalb dieser Schwelle – also etwa bei unzulässigen Weisungen des Bordellbetreibers oder wirtschaftlicher Ausbeutung – ist eine Freierstrafbarkeit schon deshalb nicht zu befürworten, weil sich hier der Vorsatz des Kunden kaum je nachweisen lassen wird. Auch eine allgemeine Freierstrafbarkeit nach Schwedischem Modell ist abzulehnen.⁶¹

5. Regelungen der §§ 184f und 184g StGB

Spätestens seit Erlass des ProstG wird die Streichung des § 184f StGB (Ausübung der verbotenen Prostitution) und § 184g StGB (jugendgefährdende Prostitution) mangels strafwürdigen Unrechtsgehalts gefordert.⁶² Zu diesem Ergebnis ist auch die Reformkommission Sexualstrafrecht gelangt.⁶³ Blickt man auf die Regelungen des ProstSchG, so spricht viel dafür, diese allenfalls als Ordnungswidrig-

keiten beizubehalten. In § 33 Abs. 2 ProstSchG ist ein umfangreicher Katalog von Ordnungswidrigkeiten für Betreiberverstöße vorgesehen. Insbesondere stellt es nach § 33 Abs. 2 Nr. 1 ProstSchG eine Ordnungswidrigkeit dar, wenn das Gewerbe ohne Erlaubnis betrieben wird. Da im Bereich der §§ 184f, 184g StGB keine Erlaubnis erteilt wird (z.B. bei § 184f StGB keine Erlaubniserteilung bei entgegenstehender Rechtsverordnung), handelt der Betreiber insoweit ordnungswidrig. Es wäre nun aber wenig überzeugend, das Verhalten der Prostituierten dann als Straftat einzustufen, zumal der Unrechtsgehalt gegenüber den dort vorgesehenen Ordnungswidrigkeiten nicht entscheidend erhöht ist.

V. Zusammenfassung

Im Hinblick auf zahlreiche Wertungswidersprüche zu §§ 232 ff. StGB und das neue ProstSchG bedarf es dringend einer Reform der Strafvorschriften betreffend die Prostitution. Dabei geht es im Wesentlichen um vier Problemkreise, die innerhalb des 13. Abschnitts geregelt werden sollten: Zwangsprostitution (einschließlich Freierstrafbarkeit), Ausbeutung von Prostituierten, unzulässige Weisungen und Kontrollmaßnahmen sowie Jugendschutz. Dabei ist bei der Ausgestaltung der Vorschriften nicht nur eine inhaltliche, sondern auch eine begriffliche Anlehnung an das ProstSchG (vgl. vor allem § 2 ProstSchG) vorzunehmen. Nach § 2 Abs. 2 ProstSchG sind Prostituierte „Personen, die sexuelle Dienstleistungen erbringen.“ Der Begriff der sexuellen Dienstleistung ist wiederum näher in § 2 Abs. 1 ProstSchG definiert. Mit dieser Formulierung könnte etwa die in § 181a Abs. 1 Nr. 1 StGB bislang enthaltene Formulierung „Person, die der Prostitution nachgeht“ ersetzt werden.

⁵⁹ Fischer, § 232a Rn. 18 ff.; Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 232 Rn. 3.

⁶⁰ S. oben II.

⁶¹ S. auch Abschlussbericht Reformkommission Sexualstrafrecht, Empfehlung Nr. 47.

⁶² Dazu nur Eisele, in: Schönke/Schröder, § 184e Rn. 1 und § 184f Rn. 1.

⁶³ Abschlussbericht Reformkommission Sexualstrafrecht, Empfehlung Nr. 48 und 49.

Effektivere und praxistauglichere Ausgestaltung des Strafverfahrens? Was von der großen StPO-Reform übriggeblieben ist

Prof. Dr. Anja Schiemann*

Abstract

Am 24.8.2017 ist das Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens in Kraft getreten. Dieses beinhaltet nicht nur den – im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens stetig „geschrumpften“ – Entwurf des gleichnamigen Gesetzes, sondern vereint diesen mit dem Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs, des Jugendgerichtsgesetzes, der Strafprozessordnung und weiterer Gesetze. Zudem sind – verfassungsrechtlich fragwürdig – nach der ersten Lesung im Bundestag Vorschriften zur Einführung der sog. Quellen-Telekommunikationsüberwachung und der Online-Durchsuchung hinzugekommen, die nun ebenfalls mit dem Gesetz in Kraft getreten sind.

I. Kurze Gesetzgebungsgeschichte

Das Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens geht auf Vorarbeiten einer im Sommer 2014 von Heiko Maas eingesetzten Expertenkommission zur Reform des Strafverfahrens zurück.¹ Die Expertenkommission spricht in ihrem Bericht insgesamt 50 Einzelempfehlungen aus, die nicht alle einen Reformvorschlag enthalten, sondern teilweise den unveränderten Fortbestand des damaligen Rechtszustands befürworten.² Von den dennoch umfangreichen Änderungsempfehlungen werden mit dem vorliegenden Gesetz nur „einige überschaubare Neuerungen umgesetzt“.³ Insofern unterlag das Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens einem stetigen Schrumpfungsprozess. Nahm schon der Referentenentwurf nur eine verhaltene Umsetzung der Änderungsvorschläge der Expertenkommission vor,⁴ so blieb der Regierungsentwurf noch einmal hinter dem zurück, was der Referentenentwurf formuliert hatte.⁵

Allerdings muss beachtet werden, dass der ursprüngliche

Entwurf eines Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens zwar auf der einen Seite stetig reduziert wurde, auf der anderen Seite jedoch nach der ersten Lesung eine Ausweitung erfahren hat. Denn mit dem Änderungsantrag der CDU/CSU und SPD wurde der Regierungsentwurf zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens mit dem Regierungsentwurf zur Änderung des Strafgesetzbuchs, des Jugendgerichtsgesetzes, der Strafprozessordnung und weiterer Gesetze vereint und zusätzlich um die Vorschriften zur Quellen-Telekommunikationsüberwachung (im Folgenden: Quellen-TKÜ) und Online-Durchsuchung erweitert. Am 22.6.2017 wurde der so erweiterte Regierungsentwurf⁶ in der geänderten Fassung des Rechtsausschusses⁷ in der zweiten und dritten Lesung beschlossen.

Während der Inhalt des Regierungsentwurfes zur Änderung des Strafgesetzbuchs, des Jugendgerichtsgesetzes, der Strafprozessordnung und weiterer Gesetze durch einen entsprechenden Referenten- und Regierungsentwurf bekannt war,⁸ wurden durch den Änderungsantrag aus dem Nichts und in quasi letzter Sekunde des Gesetzgebungsverfahrens die eingriffsintensiven Vorschriften zur Online-Durchsuchung und Quellen-TKÜ in das Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens eingefügt. Zwar hatte die Expertenkommission ebenfalls eine explizite Rechtsgrundlage in der Strafprozessordnung für die Quellen-TKÜ zum Zwecke des Grundrechtsschutzes des Betroffenen gefordert.⁹ Zur Online-Durchsuchung finden sich aber keine Empfehlungen – ganz im Gegenteil ergibt sich aus den Ausführungen zur Quellen-TKÜ eine ablehnende Haltung. Denn im Bericht wird deutlich gemacht, dass im Rahmen der Quellen-TKÜ sichergestellt werden muss, dass mit der hierzu eingesetzten Software kein Zugriff auf die auf den überwachten Endgeräten gespeicherten Daten erfolgt¹⁰ – genau dies

* Prof. Dr. Anja Schiemann ist Fachgebietsleiterin an der Deutschen Hochschule der Polizei in Münster, Department Kriminal- und Rechtswissenschaften, Fachgebiet Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminalpolitik.

¹ Der Bericht der Expertenkommission ist abrufbar unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Abschlussbericht_Reform_StPO_Kommission.pdf?__blob=publication-file&v=2 (zuletzt abgerufen am 6.11.2017).

² Ausführlich zu Leitlinien und Reformvorschlägen der Kommission Basar/Schiemann, KriPoZ 2016, 177 (178 ff.). Vgl. ebenfalls die kritischen Beiträge von Caspari, DRiZ 2015, 386; von Galen, ZRP 2016, 42; Schünemann, StraFo 2016, 45; Schlothauer, StV 2016, 607; Basar, StraFo 2016, 226; Kudlich, JR 2016, 514; Greco, GA 2016, 1.

³ So Singelstein/Derin, NJW 2017, 2646.

⁴ Basar/Schiemann, KriPoZ 2016, 177 (193).

⁵ So Basar, KriPoZ 2017, 95 (105).

⁶ BT-Drs. 18/11277.

⁷ BT-Drs. 18/12785. Gleichzeitig wurde der Regierungsentwurf „zur Änderung des Strafgesetzbuchs, des Jugendgerichtsgesetzes, der Strafprozessordnung und weiterer Gesetze“ (BT-Drs. 18/11272) einvernehmlich für erledigt erklärt und die dort angestrebten Änderungen in den ersteren Regierungsentwurf übernommen.

⁸ Zu den Entwürfen und der Entwicklung vgl. <http://kri-poz.de/2016/06/20/gesetz-zur-aenderung-des-strafgesetzbuchs-des-jugendgerichtsgesetzes-und-der-strafprozessordnung-referentenentwurf-2/> (zuletzt abgerufen am 6.11.2017).

⁹ Vgl. den Bericht der Expertenkommission (Fn. 1), S. 73 ff.

¹⁰ A.a.O., S. 74.

ermöglicht die Online-Durchsuchung.

Kritisiert wurde zu Recht die Art und Weise, wie die Vorschriften zur Online-Durchsuchung und Quellen-TKÜ Eingang in das Gesetz erhalten haben. Die politische, gesellschaftliche und rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung mit den neuen Vorschriften wurde dadurch umgangen, dass die Regelungen über ein laufendes Gesetzgebungsverfahren zu einem denkbar späten Zeitpunkt in die Strafprozessordnung eingebracht wurden. *Prantl* nennt diesen Vorgang eine Form des „legislativen Quasibetrugs zum Zwecke der Umgehung von kritischer Diskussion“.¹¹ Hinzu kommt, dass es sich bei dem Vorschlag zur Einfügung der Regelungen zur Quellen-TKÜ und Online-Durchsuchung schon vom Wortlaut her um keinen Änderungsantrag i.S. des § 82 GOBT gehandelt hat, sondern um einen vollkommen neuen, selbstständigen Gesetzesentwurf. Dies widerspricht der gesetzlichen Vorgabe in § 82 Abs. 1 GOBT, nach der „Änderungen“ beantragt werden können, „solange die Beratung des Gegenstandes, auf den sie sich beziehen, noch nicht abgeschlossen ist“. Eine Beratung über den „Gegenstand“ Quellen-TKÜ und Online-Durchsuchung hatte aber zum Zeitpunkt des Änderungsantrags noch gar nicht stattgefunden.

Insofern weist auch *Rubbert* völlig zu Recht darauf hin, dass Änderungsanträge an die vom federführenden Ausschuss empfohlenen Formulierungen anknüpfen müssen und somit ein „Aliud“ in das Gesetzgebungsverfahren geschmuggelt“ worden ist.¹²

II. Änderungen in der Strafprozessordnung¹³

Die StPO-Reform hat nicht zu den grundsätzlichen Neuerungen im Strafverfahrensrecht geführt, die ursprünglich einmal angedacht waren. Vielmehr wurden Ergänzungen an verschiedenen Stellen innerhalb der einzelnen Verfahrensstadien vorgenommen, wobei die einschneidendsten Änderungen im Ermittlungsverfahren und im Bereich der Ermittlungsmaßnahmen vorgenommen wurden.

1. Richterablehnung

Aus dem Referentenentwurf übernommen wurden die Änderungen zum Ablehnungsrecht. Mit der Streichung des Passus der Nichtanwendbarkeit des § 257a StPO in § 26 Abs. 1 StPO und der Ergänzung um die Möglichkeit der schriftlichen Begründung eines Ablehnungsgesuchs, ist es nicht mehr erforderlich, die Gesuchsbegründung in der Hauptverhandlung vorzutragen. Die Pflicht zur schriftlichen Begründung in angemessener Frist kann vom Gericht aufgegeben werden, allerdings besteht weiterhin die

Möglichkeit, das Gesuch in der Hauptverhandlung mündlich zu begründen, sofern das Gericht von der Möglichkeit des § 26 Abs. 1 S. 2 StPO keinen Gebrauch macht. Laut Gesetzesbegründung ist die neu geschaffene Möglichkeit auf Ausnahmesituationen begrenzt und dient der missbräuchlichen Verfahrensverzögerung durch Verlesung ausführlicher Ablehnungsbegründungen.¹⁴ Allerdings weisen *Singelstein/Derin* zutreffend darauf hin, dass bei Missbrauchs- oder Verschleppungsabsicht bereits nach alter Rechtslage die sofortige Verwerfung nach § 26a StPO statthaft war bzw. die Beweisaufnahme fortgesetzt und das Ablehnungsgesuch auf einen späteren Zeitpunkt verwiesen werden konnte.¹⁵

Wird eine vom Gericht eingeforderte schriftliche Begründung nicht fristgerecht eingereicht, so liegt gem. § 26a Abs. 1 Nr. 2 Alt. 3 StPO auch ein (neuer) Verwerfungsgrund vor. Ebenfalls wegen der schriftlichen Begründungspflicht ergänzt wurde § 29 StPO. Der neu eingefügte Abs. 3 legt fest, dass über die Ablehnung spätestens bis zum Beginn des übernächsten Verhandlungstages nach Eingang der Begründung, aber stets vor Beginn der Schlussanträge zu entscheiden ist.

Auch § 29 Abs. 1 StPO wurde um einen zweiten Satz ergänzt. Wegen der unklaren Rechtslage¹⁶ regelt die Vorschrift nun explizit Ablehnungsanträge vor Beginn der Hauptverhandlung. Würde eine Entscheidung über die Ablehnung den Beginn der Hauptverhandlung verzögern, so kann diese auch ohne Ablehnungsentscheidung jedenfalls so lange durchgeführt werden, bis der Staatsanwalt den Anklagesatz verlesen hat.

2. Untersuchungen des Beschuldigten und DNA-Reihenuntersuchung

a) Blutprobenentnahme

Die Ergänzung im Rahmen der richterlichen Blutprobenentnahme geht auf den Entwurf des Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs, des Jugendgerichtsgesetzes, der Strafprozessordnung und weiterer Gesetze zurück und wurde auch von der Expertenkommission empfohlen. Hintergrund ist die uneinheitliche Rechtsprechung in Bezug auf Blutentnahmen zur Feststellung von Trunkenheitsdelikten im Straßenverkehr, die zu „Unschärfen und Anwendungsschwierigkeiten geführt“ hat.¹⁷ Die vom *BVerfG* gerügte Praxis der Strafverfolgungsbehörden, Gefahr im Verzug beim Verdacht auf Alkohol am Steuer großzügig zu bejahen,¹⁸ ließ schon vor Jahren die Stimmen laut werden, den Richtervorbehalt wegen des relativ

¹¹ Süddeutsche Zeitung vom 22.6.2017, abrufbar unter: <http://www.sueddeutsche.de/digital/ueberwachung-der-staatstrojaner-ist-ein-einbruch-ins-grundgesetz-1.3555917> (zuletzt abgerufen am 8.11.2017). Von „griechischer List“ spricht *Bleeschmitt*, *StraFo* 2017, 361.

¹² *Rubbert*, Editorial, *StV* 9/2017, I.

¹³ Eine Synopse mit allen gesetzlichen Änderungen der StPO anlässlich des am 24.8.2017 in Kraft getretenen Gesetzes findet sich unter: <https://www.buzer.de/gesetz/5815/v209197-2017-08-24.htm?n=html> (zuletzt abgerufen am 8.11.2017). Soweit es thematisch passt, werden unter dem Gliederungspunkt 2 auch Änderungen im OWiG und GVG mit aufgeführt.

¹⁴ BT-Drs. 18/11277, S. 18 f.

¹⁵ *Singelstein/Derin*, *NJW* 2017, 2646 (2650).

¹⁶ BT-Drs. 18/11277, S. 19 f. unter Verweis auf BGHSt 48, 264 = *NJW* 2003, 2396 (2397).

¹⁷ *Meyer-Göfner/Schmitt*, *StPO*, 59. Aufl. (2016), § 81a Rn. 25b; ebenso *Trück*, in: *MK-StPO*, 1. Aufl. (2014), § 81a Rn. 32.

¹⁸ Erstmals *BVerfG*, *NJW* 2007, 1345; Anm. von *Laschewski*, *NZV* 2007, 581 (582 f.). Zu den Hintergründen und praktischen Schwierigkeiten vgl. *Claus*, *jurisPR-StrafR* 18/2017, Anm. 1. Ausf. auch *dies.*, *NZV* 2017, 449 (451).

geringen Grundrechtseingriffs abzuschaffen.¹⁹

Während der Referentenentwurf noch die wenig praxistaugliche Regelung enthielt, statt eines Richtervorbehalts einen Staatsanwaltsvorbehalt festzuschreiben – der insofern die Probleme nicht behoben, sondern nur personell verschoben hätte – enthielt bereits der Regierungsentwurf eine gleichrangige Anordnungscompetenz von Staatsanwaltschaft und Polizei. Nach § 81a Abs. 2 S. 2 bedarf die Entnahme einer Blutprobe „abweichend von Satz 1 keiner richterlichen Anordnung, wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, dass eine Straftat nach § 315a Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 und Abs. 3, § 315 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a, Abs. 2 und Abs. 3 oder § 316 StGB begangen worden ist.“

Damit werden im Strafverfahren von der Neuregelung die Straftatbestände der Gefährdung des Bahn-, Schiffs- und Luftverkehrs durch Trunkenheit, die Gefährdung des Straßenverkehrs durch Trunkenheit und die Trunkenheitsfahrt erfasst und zwar sowohl der Versuch, als auch die Vollendung sowie die vorsätzliche und fahrlässige Begehung. Nicht erfasst wird der gefährliche Eingriff in den Straßenverkehr nach § 315b StGB.

Die parallele Änderung des § 46 Abs. 4 S. 2 OWiG führt dazu, dass die Abschaffung des Richtervorbehalts im Bußgeldverfahren für die Ordnungswidrigkeiten nach §§ 24a, 24c StVG übernommen worden ist.

Da sich die Abschaffung des Richtervorbehalts explizit auf die genannten Verkehrsstraftaten bezieht, gilt dies nicht im Falle kumulativer Verwirklichung anderer Straftatbestände.²⁰ Hier kommt ausschließlich § 81a Abs. 2 S. 1 StPO zur Anwendung.

Bei den ausschließlich im Gesetz benannten Straßenverkehrsdelikten bedarf es keiner richterlichen Anordnung mehr. Die Anordnung durch Staatsanwaltschaft und Polizei ist auch nicht vom Vorliegen einer Gefahr im Verzug abhängig.²¹ Die in der Gesetzesbegründung ausdrücklich gleichrangige Anordnungscompetenz von Staatsanwaltschaft und Polizei²² führt allerdings dazu, dass die Sachleitungsbefugnis der Staatsanwaltschaft faktisch unterminiert wird.²³ Diese Sachleitungsbefugnis kann aber laut Gesetzesbegründung dadurch hergestellt werden, dass die Staatsanwaltschaft generalisierende Vorgaben macht, Fallgruppen bildet oder sich Entscheidungen im Einzelfall vorbehält.²⁴

Insoweit sollte ein Strafverteidiger bei Blutentnahmen nach § 81a Abs. 2 S. 2 StPO Auskunft darüber einholen, ob und wenn ja welche Vorgaben der Staatsanwaltschaft

existieren und diesbezügliche Akteneinsicht fordern, um eventuelle Fehler der Strafverfolgungsbehörden aufzuspüren.²⁵

b) Molekulargenetische Untersuchung

Die Vorschrift zur molekulargenetischen Untersuchung ist primär redaktionell präzisiert worden,²⁶ um bisherige Auslegungsschwierigkeiten in Zukunft zu vermeiden. So war der in § 81e StPO a.F. verwendete Begriff des „Spurenmaterials“ umstritten²⁷ und ist durch den Begriff „Material“ ersetzt worden. Dadurch wird die molekulargenetische Untersuchung unabhängig davon zulässig, ob es sich um „Spurenmaterial im engeren Sinne“ handelt.²⁸

Zudem wird in § 81e Abs. 1 S. 1 StPO neben der Feststellung von Abstammung und Geschlecht die molekulargenetische Untersuchung zur Erstellung eines DNA-Identifizierungsmusters mit umfasst. Einschränkend ist – insoweit eine Ergänzung der alten Regelung – die molekulargenetische Untersuchung nur dann zulässig, wenn sie zur Erforschung des Sachverhalts erforderlich ist.²⁹

c) DNA-Reihenuntersuchung

Durch die Änderungen in § 81h StPO wird die bisher nicht statthafte Verwertung sog. Beinahetreffer aus DNA-Reihenuntersuchungen legalisiert. Zuvor hatte der BGH betont, dass Spuren im Rahmen von Reihenuntersuchungen, die aufgrund der teilweisen Übereinstimmung auf ein verwandtschaftliches Verhältnis zum Untersuchten hindeuten, nicht verwertet werden dürfen.³⁰ Nunmehr wird der Untersuchungsumfang im Rahmen des § 81h StPO dahingehend erweitert, dass neben der Übereinstimmung zwischen Material und Teilnehmern auch die genetische Ähnlichkeit untersucht werden darf. Treffer dürfen zu Lasten von Verwandten in gerader Linie oder zu Lasten von Verwandten in der Seitenlinie bis zum dritten Grad verwertet werden.³¹

Wegen dieser Erweiterung auf Treffer, die auf ein nahes Verwandtschaftsverhältnis hinweisen, ist auch die Belegungspflicht gegenüber dem Betroffenen nach § 81h Abs. 4 S. 2 StPO erweitert worden. Der Betroffene ist auf den automatischen Abgleich auf Verwandtschaftsverhältnisse und die Verwertbarkeit zu Lasten eines Verwandten hinzuweisen.

Singelstein/Derin weisen in diesem Zusammenhang zu Recht auf einen massiven Interessenkonflikt hin. Neben dem intensiven Entlastungsdruck und dem Bedürfnis,

¹⁹ Neuhaus, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl. (2017), § 81a StPO Rn. 14 m.w.N. Für eine Abschaffung auch *Ritzert*, in: BeckOK-StPO, 27. Ed. (Stand: 1.1.2017), § 81a Rn. 14a. Kritisch zur Verkürzung des Rechtsschutzes auch bei geringerer Eingriffsqualität *Singelstein/Derin*, NJW 2017, 2646 (2649).

²⁰ So bereits *Burhoff*, ZAP 2017, 1079 (1081).

²¹ Vgl. *Burhoff*, a.a.O., 1082.

²² S. BT-Drs. 18/12785, S. 51.

²³ So *Singelstein/Derin*, NJW 2017, 2646 (2649).

²⁴ BT-Drs. 18/12785, S. 51.

²⁵ So bereits *Burhoff*, ZAP 2017, 1079 (1082).

²⁶ BT-Drs. 18/11277, S. 22.

²⁷ Vgl. zur unterschiedlichen Auslegung ausf. *Trück*, in: MK-StPO, § 81e Rn. 11 ff. Auf Zweifel in der Praxis, was unter dem Begriff des „Spurenmaterials“ zu verstehen ist, weist auch *Burhoff*, ZAP 2017, 1079 (1093), hin.

²⁸ *Singelstein/Derin*, NJW 2017, 2646 (2648).

²⁹ Ausführlich und kritisch zur Neuregelung *Basar*, KriPoZ 2017, 95 (96 f.).

³⁰ BGHSt 58, 84 = NJW 2013, 1827; hierzu auch *Busch*, NJW 2013, 1771 (1773); *Swoboda*, StV 2013, 461; *Magnus*, ZRP 2015, 13. Diese Auslegung des BGH wurde vom *BVerfG* bestätigt, vgl. *BVerfG*, ZD 2015, 423.

³¹ BT-Drs. 18/11277, S. 23.

durch Einwilligung in die Untersuchung die eigene Unschuld nachzuweisen, steht auf der anderen Seite die Abwägung, ggf. einen nahen Angehörigen zu belasten. Sie fordern daher einen Erlaubnisvorbehalt, der es dem betroffenen zu Untersuchenden ermöglicht, sich auch ohne Belastung eines nahen Angehörigen zu entlasten.³²

3. Quellen-TKÜ und Online-Durchsuchung

Mediale Aufmerksamkeit hat vor allem die kurzfristige Einführung der Quellen-TKÜ und Online-Durchsuchung erfahren.³³ In der Rechtswissenschaft werden Zulässigkeit und Voraussetzungen schon seit längerer Zeit diskutiert.³⁴

a) Quellen-TKÜ

Notwendig geworden waren die Überlegungen zur Zulässigkeit der Quellen-TKÜ durch die zunehmende Verschlüsselung der Telekommunikation. Bei der verschlüsselten Telekommunikation werden Datenpakete übermittelt, die mit automatisch generierten temporären Verschlüsselungsalgorithmen versehen sind, so dass diese Kommunikationsinhalte auf herkömmliche Weise nicht überwacht werden können.³⁵

Zunächst wurde in Rechtsprechung und Kommentarliteratur überwiegend die Auffassung vertreten, eine Quellen-TKÜ sei unter den Voraussetzungen der Ermächtigunggrundlage der „normalen“ TKÜ gem. §§ 100a, 100b StPO a.F. zulässig.³⁶ Durch den Landshuter Trojaner-Skandal ist aber deutlich geworden, dass die Software zur Quellen-TKÜ mehr kann, als die unverschlüsselte Kommunikation „abzugreifen“. Angelegt ist in der Software zumindest auch die Möglichkeit einer darüber hinausgehenden Online-Durchsuchung. Diesbezüglich hatte das *BVerfG* aber eine explizite Rechtsgrundlage gefordert.³⁸ Dementsprechend machte der Generalbundesanwalt in einem Vermerk deutlich, dass es de lege lata keine rechtliche Grundlage für den Trojanereinsatz zur Quellen-TKÜ gäbe.³⁹ Faktisch wurde die Quellen-TKÜ daher wegen der unklaren Rechtslage ausgesetzt und der Gesetzgeber aufgefordert, eine entsprechende Regelung in der StPO zu schaffen. Wie bereits erwähnt sprach sich auch die von *Heiko Maas* eingesetzte Expertenkommission für eine gesetzliche Rechtsgrundlage der Quellen-TKÜ aus.

Der Gesetzgeber hat die Quellen-TKÜ durch Ergänzung der Regelung zur allgemeinen TKÜ in § 100a StPO eingeführt. Nach Abs. 1 S. 2 darf „die Überwachung und

Aufzeichnung der Telekommunikation ... auch in der Weise erfolgen, das mit technischen Mitteln in von dem Betroffenen genutzte informationstechnische Systeme eingegriffen wird, wenn dies notwendig ist, um die Überwachung und Aufzeichnung insbesondere in unverschlüsselter Form zu ermöglichen.“ Insofern ist die Quellen-TKÜ wegen ihres durch die Infiltration gesteigerten Eingriffscharakters zwar subsidiär, also nur dann zulässig, wenn die einfache TKÜ nicht möglich ist.⁴⁰ Allerdings gelten nach Abs. 1 S. 3 die gleichen Anforderungen wie für die klassische TKÜ. Noch dazu soll nicht nur auf laufende, sondern auch auf gespeicherte Kommunikation zugegriffen werden können, sofern diese „während des laufenden Übertragungsvorgangs im öffentlichen Telekommunikationsnetz in verschlüsselter Form hätten überwacht und aufgezeichnet werden können“. Dies soll nur die Kommunikation erfassen, die nach der Anordnung der Maßnahme tatsächlich erfolgt ist.⁴¹

Verfassungsrechtlich bedenklich ist die Gleichsetzung der Eingriffsvoraussetzungen von TKÜ und Quellen-TKÜ. Die Eingriffsintensität, so sieht es ja auch der Gesetzgeber, ist bei der Quellen-TKÜ höher als bei klassischer TKÜ. Die Quellen-TKÜ greift nicht nur in das Fernmeldegeheimnis nach Art. 10 GG ein, sondern berührt ebenfalls das sog. Computergrundrecht, also das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme.⁴² Insofern müssten auch die Eingriffsvoraussetzungen enger gefasst sein, was ersichtlich nicht der Fall ist. *Burhoff* spart sich daher in seinem Aufsatz die Darstellung der Neuregelung mit dem Hinweis, dass diese „verfassungsrechtlich höchst bedenklich(e)“ Regelung der Quellen-TKÜ „in dieser Form beim *BVerfG* keine Gnade finden“ wird.⁴³

Der Gesetzgeber wollte dann durch § 100a Abs. 5 StPO sicherstellen, dass technische Vorkehrungen dafür Sorge tragen, dass ausschließlich die laufende Kommunikation sowie zeitlich begrenzt die Kommunikation ab dem Zeitpunkt der richterlichen Anordnung überwacht und aufgezeichnet wird. Nach Abs. 5 Nr. 2 wird dann klargestellt, dass am informationstechnischen System nur Veränderungen vorgenommen werden, die für die Datenerhebung unerlässlich sind und die dann nach Nr. 3 – soweit technisch möglich – automatisiert nach Beendigung der Maßnahme wieder rückgängig gemacht werden. Diese Einschränkung ändert aber nichts daran, dass durch die, wenn auch nur zur Ermöglichung der Quellen-TKÜ vorgenommenen, Veränderungen am Computer faktisch ein Eingriff

³² *Singelstein/Derin*, NJW 2017, 2646 (2648) m. w. N. So auch bereits *Conen* in der Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens, S. 3 f. Abrufbar unter: <http://www.bundestag.de/blob/501008/ec6ddca86a0d64ef7102d8c0b75fd965/conen-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 8.11.2017).

³³ Zur Kritik an der Art und Weise der Einführung s. oben unter I.

³⁴ Vgl. zu den Anfängen der Diskussion statt vieler nur *Stadler*, MMR 2012, 18; *Singelstein*, NSiZ 2012, 593 (598 f.); *Skistims/Roßnagel*, ZD 2012, 3; *Bär*, ZD-Aktuell 2013, 03171.

³⁵ *Claus*, jurisPR-StrafR 18/2017 Anm. 1; *Blechschnitt*, StraFo 2017, 361 (362).

³⁶ Vgl. *AG Bayreuth*, MMR 2010, 266 m. zust. Anm. *Bär*; *LG Landshut*, NSiZ 2011, 479; für die Kommentarliteratur vgl. *Meyer-Göfner*, StPO, 54. Aufl. (2011), § 100a Rn. 7a. Kritisch aber *Becker/Meinicke*, StV 2011, 50. Zur unterschiedlichen rechtlichen Bewertung ausf. auch *Braun/Roggenkamp*, K&R 2011, 681.

³⁷ Vgl. *Skistims/Roßnagel*, ZD 2012, 3; *Braun/Roggenkamp*, K&R 2011, 681 (683 f.); *Buermeyer*, StV 2013, 476.

³⁸ *BVerfG*, NJW 2018, 822.

³⁹ *GBA*, Vermerk v. 29.10.2010, StV 2013, 478.

⁴⁰ BT-Drs. 18/12785, S. 51.

⁴¹ BT-Drs. 18/12785, S. 50. Kritisch *Blechschnitt*, StraFo 2017, 361 (365).

⁴² So auch *Singelstein/Derin*, NJW 2017, 2646 (2648); ausf. *Blechschnitt*, StraFo 2017, 361 (364 f.).

⁴³ *Burhoff*, ZAP 2017, 1079 (1094).

in das Computergrundrecht erfolgt und somit ein verstärkter Schutz ausgelöst wird. Hinzu kommt, dass der Gesetzgeber sich wohl selbst nicht sicher war, was technisch zu leisten ist und insoweit auch die Rückgängigmachung der technischen Veränderungen optional davon abhängig macht, ob dies durch die Behörden technisch leistbar ist. Rein praktisch wäre bei technischer Unmöglichkeit der Rückgängigmachung der Infiltration für die Zukunft Tür und Tor geöffnet, wiederum in das Computersystem einzudringen – insoweit würden Strafverfolgungsbehörden schlimmstenfalls zukünftige Hackerangriffe auf den infiltrierten Computer erleichtern.

In § 100a Abs. 6 StPO normiert der Gesetzgeber Protokollierungspflichten, um die nachträgliche Überprüfung zu gewährleisten, ob die Maßnahmen von den Strafverfolgungsbehörden in rechtmäßiger Art und Weise durchgeführt wurden.⁴⁴

b) Online-Durchsuchung

Unter einer Online-Durchsuchung versteht man die heimliche Infizierung informationstechnischer Systeme mit Hilfe einer Schadsoftware, um Zugriff auf die dort gespeicherten Daten zu erhalten.⁴⁵ Nach alter Rechtslage war eine Online-Durchsuchung unzulässig.⁴⁶ Durch den schwerwiegenden Eingriff in das sog. Computergrundrecht bedarf die Online-Durchsuchung nämlich einer eigenständigen Rechtsgrundlage und ist laut *BVerfG* nur zulässig, wenn tatsächliche Anhaltspunkte einer konkreten Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut bestehen. Überragend wichtig sind Leib, Leben und Freiheit der Person oder solche Güter der Allgemeinheit, deren Bedrohung die Grundlagen oder den Bestand des Staates oder die Grundlagen der Existenz der Menschen berührt.⁴⁷

Die neue Befugnisnorm für Online-Durchsuchungen ist § 100b StPO. Nach der Legaldefinition des Abs. 1 versteht man unter Online-Durchsuchung den Eingriff in ein vom Betroffenen genutztes informationstechnisches System und die dadurch ermöglichte Erhebung von Daten. Die Befugnis umfasst also nur eine Erhebung aus dem System heraus, nicht aber dessen manipulative Nutzung und Erhebung von Daten mittels dieses Systems.⁴⁸ Außerdem enthält § 100b StPO – ebenso wie § 100a StPO – keine Befugnis, die Wohnung heimlich zu betreten. Die Infiltration darf nur auf technischem Wege oder mittels kriminalistischer List erfolgen.⁴⁹

Die Maßnahme beschränkt sich logischer Weise auf die für das jeweilige Strafverfahren relevanten Daten, so dass eine umfassende Untersuchung des informationstechnischen Systems unzulässig ist. Insoweit sind gem. § 100e

Abs. 3 S. 2 Nr. 4 StPO die Art der durch die Maßnahme zu erhebenden Informationen und ihre Bedeutung für das Verfahren in der Entscheidungsformel der richterlichen Anordnung zu benennen. Zudem wird in der Gesetzesbegründung darauf hingewiesen, dass die Online-Durchsuchung subsidiär ist und zuvor geprüft werden muss, ob nicht als milderes Mittel eine offene Durchsuchung und Beschlagnahme in Betracht kommt.⁵⁰

Die Voraussetzungen der Online-Durchsuchung sind eng an die des großen Lauschangriffs angelehnt.⁵¹ Der Straftatenkatalog ist in Abs. 2 aufgeführt, erfasst aber nicht nur Schwerekriminalität, sondern auch Straftaten mittlerer Kriminalität, so dass fraglich ist, ob ein so schwerwiegender Eingriff wie die Online-Durchsuchung in allen normierten Verdachtsfällen gerechtfertigt ist.⁵² Schließlich handelt es sich bei der Online-Durchsuchung um den „schwerste(n) Ermittlungseingriff in der StPO“.⁵³ Legt man den oben angeführten Maßstab des *BVerfG* für ein überragend wichtiges Rechtsgut an, so darf bezweifelt werden, dass der Straftatenkatalog des Abs. 2 vor dem *BVerfG* Bestand haben wird. Hinzu kommt das äußerst bedenkliche Gesetzgebungsverfahren.⁵⁴

Darüber hinaus ist es mehr als fragwürdig, dass durch § 100b Abs. 3 StPO nicht nur die Möglichkeit besteht, Dritte zu belasten, sofern der Beschuldigte deren informationstechnisches System nutzt, sondern die Maßnahme auch dann durchgeführt werden darf, „wenn andere Personen unvermeidbar betroffen werden“. Zu dieser letzten „Ausuferung“ der eingriffsintensivsten Maßnahme auf absolut Unverdächtige finden sich in der Gesetzesbegründung keinerlei Ausführungen.

Gemäß § 100b Abs. 4 i.V. mit § 100a Abs. 6 StPO gelten für die Online-Durchsuchung die gleichen Protokollierungspflichten hinsichtlich der Durchführung der Maßnahme wie für die Quellen-TKÜ.

Der Kernbereichsschutz für die Online-Durchsuchung ist in § 100d StPO geregelt und macht Maßnahmen unzulässig, wenn „allein Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erlangt werden“ (Abs. 1). Das *BVerfG* hat insoweit im Hinblick auf den Kernbereichsschutz den Besonderheiten der Datenerhebung bei Online-Durchsuchungen in einer Entscheidung Rechnung getragen. Können kernbereichsrelevante Daten vor oder bei der Datenerhebung nicht ausgesondert werden, so ist laut *BVerfG* ein Zugriff auf das informationstechnische System auch dann zulässig, wenn die Wahrscheinlichkeit besteht, dass am Rande auch höchstpersönliche Daten mit erfasst werden. „Der Gesetzgeber hat insofern dem Schutzbedarf der Betroffenen durch Sicherungen auf der

⁴⁴ BT-Drs. 18/12785, S. 52.

⁴⁵ Zu Begriff und Technik sowie dem Unterschied zwischen Online-Durchsuchung und Online-Überwachung vgl. ausführlich *Hornick*, *StraFo* 2008, 281.

⁴⁶ Vgl. *Meyer-Gößner/Schmitt*, *StPO*, 59. Aufl. (2016), § 100a Rn. 7c m.z.w.N.; *BGHSt* 51, 211.

⁴⁷ *BVerfG*, *NJW* 2008, 822.

⁴⁸ So bereits *Singelstein/Derin*, *NJW* 2017, 2646 (2647).

⁴⁹ BT-Drs. 18/12785, S. 52.

⁵⁰ A.a.O., S. 55.

⁵¹ BT-Drs. 18/12785, S. 54.

⁵² Insoweit ebenfalls zweifelnd und mit Bsp. *Bleischmitt*, *StraFo* 2017, 361 (364). Kritisch auch *Singelstein/Derin*, *NJW* 2017, 2646 (2647).

⁵³ *Singelstein/Derin*, *NJW* 2017, 2646 (2647).

⁵⁴ Vgl. oben unter I. *Burhoff* verzichtet insoweit auch auf Ausführungen zur Online-Durchsuchung, da wegen erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken abgewartet werden soll, wie das *BVerfG* entscheidet, s. *Burhoff*, *ZAP* 2017, 1079 (1094).

Aus- und Verwertungsebene Rechnung zu tragen und die Auswirkungen eines solchen Zugriffs zu minimieren.⁵⁵

Singelstein/Derin halten es für unzureichend, dass § 100d Abs. 3 StPO für die Erhebungsebene lediglich technische Sicherungen zur Vermeidung von Eingriffen in den Kernbereich verlangt.⁵⁶ Durch die Formulierung „so weit möglich“ wird zudem der Vorbehalt der Realisierbarkeit eingebaut, der die Erforderlichkeit der technischen Sicherung wieder relativiert. Auch dieser Absatz wird den Anforderungen des *BVerfG* nicht gerecht, das zu Recht fordert, durch eine angemessene vorgelagerte Prüfung sicherzustellen, dass kernbereichsrelevante Informationen nicht erfasst werden.⁵⁷

c) Fazit

Sowohl die neuen Vorschriften zur Quellen-TKÜ als auch zur Online-Durchsuchung sind erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt. Diese konnten nur bedingt bereits im Gesetzgebungsverfahren geäußert werden,⁵⁸ da der Gesetzgeber durch einen fragwürdigen Gesetzgebungsvorgang neue Vorschriften per „Änderungs“antrag in ein laufendes Gesetzgebungsverfahren eingeführt hat. Dadurch wurde die rechtswissenschaftliche und politische Debatte unmöglich gemacht. Von daher sind die Vorschriften unabhängig von ihrem Regelungsinhalt schon wegen dieses unzulässigen, rechtsstaatlichen Grundsätzen zuwiderlaufenden Gesetzgebungsverfahrens verfassungswidrig. Allerdings erfüllt auch der Regelungsinhalt der Normen an den oben aufgeführten Stellen nicht den Vorgaben des *BVerfG*.

4. Beschuldigtenvernehmung

Im Zusammenhang mit der Beschuldigtenvernehmung gemäß § 136 StPO sind zwei Änderungen in das Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens aufgenommen worden. Die erste betrifft Belehrungspflichten gegenüber dem Beschuldigten bei seiner ersten Vernehmung, die in Abs. 1 S. 3 um den Hinweis auf die Kostenfolge des § 465 StPO erweitert wurden. Auch wenn es sich hierbei nur um einen klarstellenden Hinweis auf die bestehende Rechtslage handelt, dass der Beschuldigte im Falle seiner Verurteilung die Kosten seiner Verteidigung zu tragen hat,⁵⁹ wird doch zutreffend in der Literatur die Gefahr gesehen, dass der Beschuldigte unter dem Eindruck des Kostenrisikos auf die Inanspruchnahme eines Verteidigers verzichtet.⁶⁰ Insofern ist zu fordern, dass der Vernehmende sich streng auf den neutralen Hinweis auf die Kostenfolge beschränkt.⁶¹

Weitreichende Änderungen wird die Beschuldigtenvernehmung allerdings im Hinblick auf die audiovisuelle Vernehmung erst im Jahr 2020 erfahren. Erst dann tritt nämlich § 136 Abs. 4 StPO in Kraft, um den Ländern eine Übergangsfrist für die Ausstattung der Dienststellen mit der erforderlichen Technik einzuräumen.⁶² Prinzipiell besteht schon jetzt die Möglichkeit der Dokumentation der Beschuldigtenvernehmung durch Verweis von § 163a Abs. 1 S. 2 auf §§ 58a und 58b StPO. Diese fakultative Möglichkeit nimmt der zukünftige Abs. 4 S. 1 StPO explizit in die Vorschrift zur Beschuldigtenvernehmung mit auf. Daneben werden aber Aufzeichnungspflichten für bestimmte Verfahren und besondere Konstellationen geregelt. Insofern wird sich die audiovisuelle Beschuldigtenvernehmung ab dem Jahr 2020 erheblich erweitern.

Liegt dem Verfahren nach § 136 Abs. 4 Nr. 1 StPO ein vorsätzlich begangenes Tötungsdelikt zugrunde oder können nach § 136 Abs. 4 Nr. 2 StPO schutzwürdige Interessen von Minderjährigen oder einer Person mit erkennbar eingeschränkten geistigen Fähigkeiten oder schwerwiegenden seelischen Störungen so besser gewahrt werden, so ist ab 2020 verpflichtend audiovisuell aufzuzeichnen.⁶³ Bei Personen, deren schutzwürdige Interessen durch die Aufzeichnung besser gewahrt werden können, spielt die der Vernehmung zugrunde liegende Straftat keine Rolle. Der Gesetzgeber erwartet sich von der Neuregelung die Verbesserung der Wahrheitsfindung, da eine Videoaufzeichnung „den Verlauf authentisch wiedergeben kann.“⁶⁴ Wird dieses gesteckte Ziel erreicht, was 5 Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes evaluiert werden soll, könnte nach dem Willen des Gesetzgebers eine Ausweitung der Aufzeichnungspflicht auf andere schwere Straftaten bei allen zu vernehmenden Personen erfolgen.⁶⁵

Die auf Tötungsdelikte beschränkte Aufzeichnungspflicht gem. § 136 Abs. 4 Nr. 1 StPO umfasst vollendete und versuchte Delikte der §§ 211-221 StGB sowie erfolgsqualifizierte Delikte, sofern der Vorsatz auch auf den Eintritt der schweren Folge gerichtet war.⁶⁶ Liegen also Anhaltspunkte für ein vorsätzliches Tötungsdelikt oder ein erfolgsqualifiziertes Delikt vor, so ist ab 2020 die Vernehmung aufzuzeichnen. Dies sollte auch dann gelten, wenn Zweifel dahingehend bestehen, ob *dolus eventualis* oder Fahrlässigkeit gegeben ist.⁶⁷ Eine Einschränkung enthält die in Nr. 1 normierte Aufzeichnungspflicht allerdings dadurch, dass nur dann aufzuzeichnen ist, wenn „der Aufzeichnung weder die äußeren Umstände noch die besondere Dringlichkeit der Vernehmung entgegenstehen.“ Als Beispielsfälle werden in der Gesetzesbegründung Verneh-

⁵⁵ *BVerfG*, NJW 2016, 1781 (1795).

⁵⁶ NJW 2017, 2646 (2647).

⁵⁷ *BVerfG*, NJW 2016, 1781 (1787). Kritisch auch *Singelstein/Derin*, NJW 2017, 2646 (2647).

⁵⁸ Vgl. z.B. die Stellungnahme von *Sinn*, <https://www.bundestag.de/blob/509050/6f72dd42df72be6f2da6a024475b3f8a/sinn-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 12.11.2017) und *Buermeyer*, <https://freiheitsrechte.org/home/wp-content/uploads/2017/05/Stellungnahme-RiLG-Dr.-Buermeyer-LL.M..pdf> (zuletzt abgerufen am 12.11.2017).

⁵⁹ BT-Drs. 18/11277, S. 24.

⁶⁰ *Beukelmann*, NJW-Spezial, 2017, 56; *Burhoff*, ZAP 2017, 1079 (1084).

⁶¹ *Singelstein/Derin*, NJW 2017, 2646 (2649).

⁶² BT-Drs. 18/11277, S. 40.

⁶³ Der Gesetzgeber bleibt hier leider weit hinter den Forderungen der Expertenkommission und den Vorentwürfen zurück. Der Referentenentwurf enthielt zudem noch eine erweiterte Aufzeichnungspflicht nach § 58a StPO für die Zeugenvernehmung, die ebenfalls dem gesetzgeberischen „Schrumpfungsprozess“ zum Opfer fiel.

⁶⁴ BT-Drs. 18/11277, S. 24.

⁶⁵ A.a.O.

⁶⁶ A.a.O., S. 27.

⁶⁷ So auch *Singelstein/Derin*, NJW 2017, 2646 (2649).

mungen im Rahmen der Nacheile oder Durchsuchung direkt vor Ort benannt, in denen aufgrund der Eilsituation keine Möglichkeit der audiovisuellen Vernehmung besteht.⁶⁸ *Singelstein/Derin* weisen zur Recht darauf hin, dass es auch in solchen Fällen in der Regel möglich sein wird, den Beschuldigten in Räumlichkeiten mit Aufzeichnungsgerät zu überführen oder mobile Aufzeichnungsgeräte bereit zu halten.⁶⁹ Der Gesetzeswortlaut ist meines Erachtens insoweit misslich, als die alternative Einschränkung der Aufzeichnungspflicht entweder durch die äußeren Umstände oder die besondere Dringlichkeit zumindest suggeriert, dass äußere Umstände allein die Verpflichtung einer audiovisuellen Vernehmung entfallen lassen. Dies könnte dazu führen, dass das bloße Nichtvorhandensein eines Aufzeichnungsgeräts einen „äußeren Umstand“ darstellt und demzufolge § 136 Abs. 4 Nr. 1 StPO „aushebelt“. Dass dies ersichtlich nicht gewollt ist, ergibt sich zwar aus der Gesetzesbegründung, nicht aber aus dem Wortlaut der Vorschrift.

Die Vorschrift des § 136 Abs. 4 StPO ist aber schon deshalb ein stumpfes Schwert im Kampf um die Wahrheitsfindung, weil es sich um eine reine „Ordnungsvorschrift“ handeln soll. Das Fehlen einer audiovisuellen Aufzeichnung führt laut Gesetzesbegründung selbst dann nicht zur Unverwertbarkeit der Aussage im weiteren Verfahren, wenn sich im Nachhinein herausstellt, dass die Voraussetzungen für die Aufzeichnung vorgelegen haben.⁷⁰ Hier ist zu hoffen, dass die Rechtsprechung die Verwertbarkeitsmaßstäbe enger fasst und zumindest bei willkürlichem oder auf Weisung beruhendem Unterlassen der Aufzeichnung ein Verwertungsverbot annimmt.⁷¹

Durch Änderung des § 254 StPO können audiovisuelle Aufzeichnungen einer Beschuldigtenvernehmung – genauso wie das Protokoll einer richterlichen Vernehmung – unmittelbar in die Hauptverhandlung eingeführt werden, sofern es um die Beweisaufnahme über ein Geständnis oder zur Aufklärung von Widersprüchen geht. Diese Änderung gilt im Gegensatz zu § 136 Abs. 4 StPO bereits ab 24.8.2017.

5. Pflichtverteidigerbestellung im Ermittlungsverfahren

Während sich der Gesetzgeber zwar letztlich nicht zu einem eigenen Antragsrecht des Beschuldigten auf Pflichtverteidigerbestellung hat durchringen können,⁷² hat er doch in § 141 Abs. 3 StPO die Möglichkeiten einer Pflichtverteidigerbestellung im Ermittlungsverfahren ausgeweitet. War bislang die Bestellung eines Pflichtvertei-

digers mit Ausnahme von Haft- und Unterbringungssachen von einem Antrag der Staatsanwaltschaft abhängig, so besteht jetzt die zusätzliche Möglichkeit der Pflichtverteidigerbestellung durch das Gericht selbst. Bei richterlichen Vernehmungen kann nach § 141 Abs. 3 S. 4 StPO das Gericht selbst einen Verteidiger bestellen, „wenn die Mitwirkung eines Verteidigers aufgrund der Bedeutung der Vernehmung zur Wahrung der Rechte des Beschuldigten geboten erscheint“. Laut Gesetzesbegründung soll diese neu geschaffene Möglichkeit des Ermittlungsrichters zur eigenständigen Pflichtverteidigerbestellung dem Fall Rechnung tragen, dass die Einschätzung des Richters und des Staatsanwalts über die Erforderlichkeit einer Hinzuziehung eines Verteidigers voneinander abweicht, z.B. weil die Bedeutung einer Zeugenaussage unterschiedlich bewertet wird.⁷³

Liegen die Voraussetzungen des § 141 Abs. 3 S. 4 StPO vor, so ist das die Vernehmung vornehmende Gericht von Amts wegen verpflichtet, dem Beschuldigten einen Pflichtverteidiger zu bestellen.⁷⁴ In zeitlicher Hinsicht ist die Verteidigerbestellung auf die betreffende richterliche Vernehmung beschränkt, so dass nach Abschluss einer Vernehmung ggf. eine neue Beiordnungsentscheidung getroffen werden muss.⁷⁵ In sachlicher Hinsicht gilt die Vorschrift für alle richterliche Vernehmungen. Die in der Gesetzesbegründung enthaltene Beschränkung auf das Ermittlungsverfahren⁷⁶ lässt sich weder dem Gesetzeswortlaut noch der -systematik entnehmen, so dass auch richterliche Vernehmungen in anderen Verfahrensabschnitten erfasst werden. Geltung hat die Vorschrift für richterliche Zeugen- und Sachverständigenvernehmungen sowie richterliche Beschuldigtenvernehmungen.⁷⁷

Hauptanwendungsbereich des § 143 Abs. 3 S. 4 StPO werden Fälle sein, in denen ein Beschuldigter nach vorläufiger Festnahme oder nach seinem Ergreifen aufgrund eines Haftbefehls zwecks Entscheidung über den Erlass eines Haftbefehls oder dessen Aufrechterhaltung richterlich zu vernehmen ist. *Schlothauer* weist zutreffend darauf hin, dass „im Zusammenhang mit einer hafrichterlichen Beschuldigtenvernehmung nach §§ 115 Abs. 2, 115a Abs. 2 und 128 Abs. 1 S. 2 StPO keine Situation vorstellbar (ist), deren Bedeutung *nicht* die Mitwirkung eines Verteidigers zur Wahrung der Rechte des Beschuldigten gebieten würde.“⁷⁸ Da die Pflichtverteidigerbestellung nach § 141 Abs. 3 S. 4 StPO aber nach dem Ende der Vernehmung erlischt, ist bei später einsetzender Vollstreckung der Untersuchungshaft gemäß § 141 Abs. 3 S. 5 StPO unverzüglich ein Verteidiger beizuordnen.⁷⁹

⁶⁸ BT-Drs. 18/11277, S. 27.

⁶⁹ *Singelstein/Derin*, NJW 2017, 2646 (2649).

⁷⁰ BT-Drs. 18/11277, S. 27.

⁷¹ Ähnlich auch *Singelstein/Derin*, NJW 2017, 2646 (2649), die allerdings auch bewusstes Unterlassen mit einbeziehen wollen. Dies erscheint etwas weitgehend, ist doch ein unbewusstes Unterlassen der Aufzeichnung außer im Falle des technischen Versagens des Aufzeichnungsgeräts nicht vorstellbar.

⁷² Vgl. insoweit noch den Referentenentwurf, S. 6, abrufbar unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Gesetz_zur_effektiveren_und_praxistauglicheren_Ausgestaltung_des_Strafverfahrens.pdf?__blob=publication-File&v=1 (zuletzt abgerufen am 14.11.2017). Hierzu auch ausf. *Bassar/Schiemann*, KriPoZ 2016, 177 (188).

⁷³ BT-Drs. 18/11277, S. 29.

⁷⁴ *Schlothauer*, StV 2017, 557; *Burhoff*, ZAP 2017, 1079 (1085).

⁷⁵ Vgl. hierzu ebenfalls Fn. 74.

⁷⁶ BT-Drs. 18/11277, S. 28.

⁷⁷ Ausf. insoweit wiederum die in Fn. 74 genannten Autoren.

⁷⁸ *Schlothauer*, StV 2017, 557 (558).

⁷⁹ *Burhoff*, ZAP 2017, 1079 (1086).

In § 141 Abs. 4 StPO wird die Zuständigkeit für die Bestellung im Ermittlungsverfahren einheitlich dem Ermittlungsrichter des Amtsgerichts übertragen, in dessen Bezirk die Staatsanwaltschaft ihren Sitz hat. Die Staatsanwaltschaft kann ihrerseits die Pflichtverteidigerbestellung bei dem Gericht beantragen, bei dem die richterliche Vernehmung stattfinden soll.

6. Erscheinungspflicht für Zeugen bei der Polizei

Eine weitreichende Änderung gibt es auch durch die neu konzipierten Absätze 3 bis 7 in § 163 StPO, die eine generelle Erscheinungspflicht des Zeugen für polizeiliche Vernehmungen einführen. Bislang waren Zeugen nur verpflichtet, auf Ladung zu richterlichen oder staatsanwaltlichen Vernehmungen zu erscheinen. Nach § 163 Abs. 3 S. 1 StPO sind Zeugen nunmehr verpflichtet, auf Ladung bei der Polizei zu erscheinen und auszusagen, wenn ein entsprechender Antrag der Staatsanwaltschaft vorliegt. Insoweit besagt die Vorschrift nur, dass die Erscheinens- und Aussagepflicht von Zeugen vor der Polizei von einer vorherigen Entscheidung der Staatsanwaltschaft abhängig ist.⁸⁰ Wie diese Entscheidung aussieht, wird allerdings offen gelassen. Neben eines einzelfallbezogenen Antrags wäre prinzipiell auch eine generelle Ermächtigung der Polizei unter Bildung von Fall- bzw. Deliktgruppen denkbar.⁸¹ Dies ist abzulehnen, wird diese Lesart doch der Sachleitungsbefugnis der Staatsanwaltschaft nicht gerecht, da ihr nach der Gesetzesbegründung die Gesamtverantwortung für eine rechtsstaatliche, faire und ordnungsgemäße Durchführung des Verfahrens auch weiterhin obliegt.⁸² Insofern hat die Staatsanwaltschaft unter Prüfung der konkreten Umstände für den Einzelfall festzustellen, ob der Zeuge zum Erscheinen verpflichtet werden soll.⁸³

Wer die Ladung aussprechen darf, wird dagegen offengelassen. Möglich sind also auch Ladungen durch die Polizei, die insoweit zukünftig polizeilich mit oder ohne Erscheinungspflicht vorladen kann. Allerdings hat die Ladung deutlich zu machen, um welche Art von Vorladung es sich handelt.⁸⁴

Äußerst unglücklich ist die Formulierung bzgl. der Aussagepflicht, da selbstverständlich bei bestehenden Aussage- und Zeugnisverweigerungsrechten nur eine Erscheinungspflicht, aber keine Aussagepflicht besteht.⁸⁵

Die Verweisung in § 163 Abs. 3 S. 2 StPO erklärt die Vorschriften der §§ 48-71 StPO für entsprechend anwendbar, soweit nichts anderes bestimmt ist.⁸⁶ Gem. § 163 Abs. 4 StPO verbleibt die Entscheidung über das Vorliegen der

Zeugeneigenschaft, die Beordnung eines Zeugenbestands, das Bestehen von Zeugnis- oder Auskunftsverweigerungsrechten sowie die Festsetzung von Maßnahmen bei unberechtigtem Ausbleiben bei der Staatsanwaltschaft. Gegen Entscheidungen der Staatsanwaltschaft nach § 163 Abs. 4 S.1 Nrn. 3 und 4 StPO kann gerichtliche Entscheidung durch das nach § 162 StPO zuständige Gericht beantragt werden.

7. Hauptverhandlung

Neben den Änderungen im Befangenheitsrechts⁸⁷ führt das Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens auch zu weiteren strafprozessualen Änderungen die Hauptverhandlung betreffend.

a) Erörterungstermin

In umfangreichen erstinstanzlichen Verfahren vor den Land- und Oberlandesgerichten soll der Vorsitzende den äußeren Ablauf der Hauptverhandlung mit den Verfahrensbeteiligten erörtern. Als umfangreich sieht das Gesetz in § 213 Abs. 2 StPO Hauptverhandlungen an, die voraussichtlich länger als zehn Tage dauern werden. Damit wird die noch im Referentenentwurf angesetzte Dauer von drei Tagen weit nach oben verschoben.⁸⁸ Der Erörterungstermin „soll“ stattfinden, ist also nicht als verpflichtender Termin vorgesehen. Es geht in diesem Termin auch nicht um den Verfahrensgegenstand, also klassische Verständigung, sondern ausschließlich um die äußeren Abläufe, also Terminierung, Ablauf etc. Da diese Termine bereits nach vorheriger Rechtslage stattfinden konnten und auch stattfanden, dürfte die Regelung in der Praxis nur einen überschaubaren Mehrwert haben.⁸⁹

b) Opening Statement

Zwar hat der Vorschlag der Expertenkommission, das sog. „opening statement“ gesetzlich zu regeln, Referenten- und Regierungsentwurf überdauert und ist in § 243 Abs. 5 S. 3 und 4 StPO verankert worden. Allerdings ist die noch im Referentenentwurf vorgeschlagene generelle Möglichkeit einer Eröffnungserklärung⁹⁰ eingeschränkt worden auf eine solche Möglichkeit nur bei umfangreichen Verfahren von voraussichtlicher Dauer von mehr als zehn Tagen vor Land- und Oberlandesgerichten. Die Expertenkommission hatte aus Gründen der Transparenz im Verfahren das Recht auf eine Eröffnungserklärung der Verteidigung knapp befürwortet,⁹¹ dies aber nicht auf Verfahrensdauer und zuständiges Gericht beschränkt. Transparenz sollte in jedem Verfahren zu fordern sein und nicht nur in Umfangsverfahren.

⁸⁰ BT-Drs. 18/11277, S. 30.

⁸¹ Für eine Zulässigkeit solcher generalisierenden Vorgaben durch entsprechende Fallgruppenbildung wohl *Burhoff*, ZAP 2017, 1079 (1089).

⁸² BT-Drs. 18/11277, S. 30.

⁸³ So auch *Singelstein/Derin*, NJW 2017, 2646 (2650).

⁸⁴ S. *Singelstein/Derin*, NJW 2017, 2646 (2650).

⁸⁵ Genauer *Burhoff*, ZAP 2017, 1079 (1089).

⁸⁶ Ausf. hierzu *Burhoff*, ZAP 2017, 1079 (1090 f.).

⁸⁷ Vgl. hierzu bereits oben unter II.1, da die Neuregelung auch Ablehnungsanträge vor Beginn der Hauptverhandlung mit erfasst.

⁸⁸ Referentenentwurf, S. 39.

⁸⁹ *Singelstein/Derin*, NJW 2017, 2647 (2651) m.w.N. auf diesbezügliche Stellungnahmen zum Gesetzentwurf. Vgl. auch bereits *Bassar/Schiemann*, KriPoZ 2016, 177 (190). *Claus* spricht sich sogar kritisch dahingehend aus, dass der Nutzen eines eigenen Termins fragwürdig ist und in erster Linie Mehraufwand verursacht, zumal sich nicht ausschließen ließe, dass letztlich doch „über die Sache“ gesprochen wird, s. *dies.*, jurisPR-StrafR 19/2017 Anm. 1.

⁹⁰ Referentenentwurf, S. 8.

⁹¹ Bericht der Expertenkommission, S. 115: „Die Verteidigung kann die Schwerpunkte ihrer Überlegungen offenlegen und auf diese Weise ein gezieltes Verhandeln der Streitpunkte ermöglichen“.

Auch wenn der Verteidiger zukünftig in den gesetzlich benannten Verfahren auf Antrag ein Opening Statement zur Anklage abgeben darf, so ist diese Eröffnungserklärung doch grundsätzlich nicht als Einlassung zu werten, solange der Angeklagte und sein Verteidiger dies nicht ausdrücklich erklären.⁹² Kritisiert wird an der neu geschaffenen Möglichkeit einer Eröffnungserklärung der Verteidigung eine fehlende Regel für die Ausgestaltung der Erklärung. Allerdings kann die insoweit befürchtete „Weitschweifigkeit“⁹³ schon deswegen unterbunden werden, weil in § 243 Abs. 5 S. 4 die Möglichkeit gegeben wird, den Verteidiger bei erheblicher Verzögerung des Verfahrensablaufs auf eine schriftliche Erklärung zu verweisen. Außerdem darf der Schlussvortrag nicht vorweggenommen werden.

c) Beweisantragsrecht

Durch die neu eingefügte „Fristenregelung“ in § 244 Abs. 6 StPO erfolgt ein tiefgreifender Einschnitt in das Beweisantragsrecht.⁹⁴ Im Laufe der kurzen Gesetzgebungsgeschichte ist diese Neufassung trotz entsprechender Kritik immer weiter verschärft worden.⁹⁵ Nach § 244 Abs. 6 S. 2 StPO kann der Vorsitzende nach Abschluss der von Amts wegen vorgesehenen Beweisaufnahme eine angemessene Frist zum Stellen von Beweisanträgen bestimmen. Werden Beweisanträge gem. S. 3 erst nach Fristablauf gestellt, so müssen diese grundsätzlich erst im Urteil beschieden werden. Laut Gesetzesbegründung sollen durch die Neuregelung Verzögerungen vermieden werden.⁹⁶ Insofern greift die Gesetzesergänzung die umstrittene neuere BGH-Rechtsprechung auf, nach der eine Fristsetzung zur Stellung weiterer Beweisanträge zulässig ist und deren Nichteinhaltung ein Indiz für Verschleppungsabsicht sein kann.⁹⁷

Eine Ausnahme soll nach dem Gesetzeswortlaut nur dann gelten, wenn die Stellung des Beweisantrags vor Fristablauf nicht möglich war. Wird ein Beweisantrag nach Fristablauf gestellt, sind die Tatsachen, die die Einhaltung der Frist unmöglich gemacht haben, mit dem Antrag glaubhaft zu machen (Abs. 6 S. 4). Als Beispiel für die Unmöglichkeit der Antragstellung nennt die Gesetzesbegründung den Fall, dass das Beweismittel dem Antragsteller erst nach Fristablauf bekannt geworden ist.⁹⁸ Insofern würden alle Beweisanträge unter die Fristenklausel des Paragraphen fallen, die bekannte Beweismittel betreffen. Daher tangieren diese Vorgaben das „taktische Zurückhalten“ von Beweisanträgen, das Teil nahezu jeder Verteidigungsstrategie ist. Stellen z.B. die Gerichte ihrerseits Beweisanträge zurück, so kann man der Verteidigung keinen Vorwurf machen, wenn sie erst spät mit ihrem Beweisprogramm beginnt, oder wenn sie zunächst bewerten möchte, wie

sich die Beweisführung der Anklage entwickelt.⁹⁹ Daher hätte die Neuregelung schon vom Wortlaut her auf klassische Missbrauchs- und Verzögerungsfälle beschränkt werden müssen.

Da sich vom Wortlaut her keine Einschränkung ergibt, ist zumindest eine einschränkende Auslegung dahingehend vorzunehmen, dass eine Fristsetzung nur dann in Betracht kommt, wenn diese unter den konkreten Umständen zur Verhinderung von rechtsmissbräuchlichen Verzögerungen tatsächlich erforderlich ist.¹⁰⁰ Zudem muss in diesen Fällen eine angemessene Frist gesetzt werden.¹⁰¹

d) Erweiterung der Verlesungsmöglichkeiten

Ausgeweitet werden auch die in zwei Vorschriften der StPO angelegten Verlesungsmöglichkeiten. Gem. § 251 Abs. 1 Nr. 2 StPO kann die Vernehmung eines Zeugen, Sachverständigen oder Mitbeschuldigten durch Verlesung erfolgen, wenn der unverteidigte Angeklagte und die Staatsanwaltschaft der Verlesung zustimmen und diese lediglich der Bestätigung eines Geständnisses dient. Diese Vorschrift hat ebenfalls die Verfahrensbeschleunigung zum Ziel und soll den Strafgerichten ermöglichen, ein abgelegtes Geständnis schneller auf seine Stimmigkeit im Hinblick auf andere Aussagen zu überprüfen.¹⁰² Bedenken, ob dieses Vorgehen dem Amtsaufklärungsgrundsatz noch Genüge tut und die Lage des unverteidigten, geständigen Angeklagten durch eine Beschränkung des Unmittelbarkeitsprinzips weiter verschlechtert wird,¹⁰³ teile ich nicht. Schließlich kann das Gericht auch weiterhin am Maßstab des Amtsaufklärungsgrundsatzes orientiert anders entscheiden und trotz der durch die Neuregelung geschaffenen Möglichkeit an einer unmittelbaren Vernehmung in der Hauptverhandlung festhalten, wenn es dies für geboten hält.¹⁰⁴

Daneben wurde auch § 256 Abs. 1 Nr. 2 StPO mit einer kleinen, aber folgenreichen Veränderung neu gefasst. Nun können ärztliche Atteste über Körperverletzungen in der Hauptverhandlung unabhängig vom Tatvorwurf verlesen werden. Die zuvor bestehende Eingrenzung dieser Verlesungsmöglichkeit auf Delikte der nicht schweren Körperverletzungsdelikte wird damit aufgegeben.

e) Erweiterung der Hinweispflichten

Erfreulicher Weise sind die Hinweispflichten des Gerichts in § 265 Abs. 2 StPO um drei Aspekte erweitert worden. Denn zur Sicherung einer sachgemäßen Verteidigung sind Änderungen der Sachlage in gleichem Maße bedeutsam wie rechtliche Gesichtspunkte.¹⁰⁵

⁹² BT-Drs. 18/11277, S. 34.

⁹³ So Claus, jurisPR-StrafR 19/2017 Anm. 1.

⁹⁴ So auch Singelstein/Derin, NJW 2017, 2646 (2650). Keine Bedenken an der Neuregelung hat dagegen Claus, jurisPR-StrafR 19/2017 Anm. 1.

⁹⁵ S. bereits Basar/Schiemann, KriPoZ 2016, 177 (191); Basar, KriPoZ 2017, 95 (101 ff.).

⁹⁶ BT-Drs. 18/11277, S. 34.

⁹⁷ So BGH, NJW 2006, 2466; hierzu Dahn, StV 2006, 116; Büniger, NSZ 2006, 305; danach auch BGH, NJW 2011, 2821.

⁹⁸ BT-Drs. 18/11277, S. 34.

⁹⁹ Vgl. ausf. Basar, KriPoZ 2017, 95 (102).

¹⁰⁰ So auch Singelstein/Derin, NJW 2017, 2646 (2650).

¹⁰¹ Vgl. BT-Drs. 18/11277, S. 35.

¹⁰² A.a.O., S. 35.

¹⁰³ So aber Singelstein/Derin, NJW 2017, 2646 (2650).

¹⁰⁴ So auch ausdrücklich die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/11277, S. 35.

¹⁰⁵ BT-Drs. 18/11277, S. 37.

Ergeben sich gem. § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO erst in der Verhandlung besondere Umstände, die die Strafbarkeit erhöhen oder die Anordnung einer Maßnahme oder die Verhängung einer Nebenstrafe oder Nebenfolge rechtfertigen, so begründet dies eine entsprechende Hinweispflicht des Gerichts. Eine Hinweispflicht trifft das Gericht auch in Fällen, in denen es von einer in der Verhandlung mitgeteilten vorläufigen Bewertung der Sach- oder Rechtslage abweichen will (§ 265 Abs. 2 Nr. 2 StPO) oder wenn der Hinweis auf eine veränderte Sachlage zur genügenden Verteidigung des Angeklagten erforderlich ist (§ 265 Abs. 2 Nr. 3 StPO). In Abgrenzung zu § 265 Abs. 4 StPO, der unverändert bestehen bleibt, werden mit § 265 Abs. 2 Nr. 3 StPO Fälle erfasst, bei denen eine Aussetzung zur Vorbereitung der Verteidigung zwar nicht erforderlich ist, aber gleichwohl die Veränderung der Sachlage in ihrem Gewicht einer Veränderung eines rechtlichen Gesichtspunkts gleichsteht. Durch das Merkmal der „Erforderlichkeit“ wird klargestellt, dass nur solche Veränderungen die Hinweispflicht auslösen, die für das Verteidigungsverhalten des Angeklagten bedeutsam sind.¹⁰⁶

8. Rechtsmittelrecht

a) Gegenerklärung der Staatsanwaltschaft bei der Revision

In § 347 StPO wurde ein dritter Satz eingefügt, der in Revisionsverfahren, in denen das Urteil wegen eines Verfahrensmangels angefochten wird, der Staatsanwaltschaft die Pflicht auferlegt, eine Gegenerklärung abzugeben, wenn anzunehmen ist, dass dadurch die Prüfung der Revisionsbeschwerde erleichtert wird. Da diese Verpflichtung bereits in Nr. 162 Abs. 2 S. 1 RiStBV verankert war, dürften die praktischen Auswirkungen dieser Neuregelung überschaubar sein.¹⁰⁷

b) Einstellung des Verfahrens in der Revisionsverhandlung

Die Möglichkeit zur Einstellung wird durch das neue Reformgesetz auf das Verfahrensstadium der Revision erstreckt und insoweit auch in diesem späten Verfahrensstadium „Ökonomisierungstendenzen“ Rechnung getragen.¹⁰⁸ Nach § 153a StPO besteht nun auch im Revisionsverfahren die Möglichkeit, Einstellungen gegen Auflagen vorzunehmen. In der Gesetzesbegründung wird allerdings auf den Ausnahmecharakter der Vorschrift hingewiesen.¹⁰⁹

9. Erweiterung der Privatklage

Schließlich wird der Katalog der Privatklagedelikte in § 374 Abs. 1 Nr. 5 StPO um den Tatbestand der Nötigung

nach § 240 StGB erweitert.

10. Kostenrecht

Zwecks Vereinheitlichung der Fristen für Rechtsbehelfe und Rechtsmittel gegen Kostenfestsetzungsbeschlüsse,¹¹⁰ wurde die Frist für Kostenbeschwerden gegen Kostenfestsetzungsbeschlüsse in § 464b StPO von einer Woche auf zwei Wochen angehoben.

11. Strafvollstreckungsrecht

Im Strafvollstreckungsrecht ist es ebenfalls zu einigen Änderungen im Zuge der StPO-Reform gekommen, wobei diese Änderungen zunächst im Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs, des Jugendgerichtsgesetzes, der Strafprozessordnung und weiterer Gesetze enthalten waren¹¹¹ und durch die Zusammenführung mit dem Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens jetzt ebenfalls unter dem „Label“ StPO-Reform formieren.

a) Zurückstellung der Strafvollstreckung und Unterbrechung

Der neu eingefügte Abs. 3 in § 454b StPO¹¹² soll Verurteilten den Weg zu einer Zurückstellung der Strafverfolgung und Therapie nach § 35 BtMG erleichtern.¹¹³ Diese Vorschrift trägt laut Gesetzesbegründung der Erkenntnis Rechnung, dass die Therapierung und Resozialisierung eines drogenabhängigen Verurteilten eines der wirksamsten Mittel zur Verhinderung weiterer drogenabhängiger Straftaten ist. Zusätzliches Mittel zur Therapiemotivation kann daher die Möglichkeit sein, die Strafvollstreckung durch Teilnahme an der Therapie abzuwenden.¹¹⁴ Diese Motivation konnte die alte Regelung nicht umfassend bedienen, da eine Zurückstellung der Strafvollstreckung dann nicht in Frage kam, wenn neben suchtbefindlichen Strafen weitere nicht suchtbefindliche Strafen zu verbüßen waren.¹¹⁵

§ 454b Abs. 3 StPO regelt nunmehr, dass auf Antrag des Verurteilten die Vollstreckungsbehörde von der Unterbrechung der Vollstreckung von Freiheitsstrafen in den Fällen des § 454b Abs. 2 S. 1 Nrn. 1 u. 2 StPO absehen kann, wenn zu erwarten ist, dass nach deren vollständiger Verbüßung die Voraussetzungen einer Zurückstellung der Strafvollstreckung nach § 35 BtMG für eine weitere zu vollstreckende Freiheitsstrafe erfüllt sein werden. Eine solche Entscheidung der Vollstreckungsbehörde kann in Zukunft dazu führen, dass die Vollstreckungsreihenfolge geändert werden muss, um sicherzustellen, dass die voll-

¹⁰⁶ Vgl. auch BT-Drs. 18/11277, S. 37. So auch schon im Referentenentwurf, S. 44.

¹⁰⁷ So auch Claus, jurisPR-StrafR 19/2017 Anm. 1.

¹⁰⁸ S. Singelstein/Derin, NJW 2017, 2646 (2652).

¹⁰⁹ BT-Drs. 18/11277, S. 30.

¹¹⁰ A.a.O., S. 39.

¹¹¹ Vgl. den Regierungsentwurf vom 21.12.2016, abrufbar unter: http://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Aenderung_StGB.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 17.11.2017).

¹¹² Der „alte“ Abs. 3 ist in den neuen Abs. 4 verschoben worden.

¹¹³ Coen, in: BeckOK-StPO, 28.Ed. (Stand: 24.8.2017), § 454b Rn. 8; Claus, jurisPR-StrafR 19/2017 Anm. 1.

¹¹⁴ Regierungsentwurf (Fn. 111), S. 23.

¹¹⁵ Vgl. hierzu ausf. Coen, in: BeckOK-StPO, § 454b Rn. 8.1.

ständig zu verbüßenden Freiheitsstrafen vor den zurückstellungsfähigen vollstreckt werden.¹¹⁶

Kommt ein Antrag nach § 454b Abs. 3 StPO in Betracht, so wird wegen der Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage regelmäßig ein Verteidiger nach § 140 Abs. 2 StPO zu bestellen sein.¹¹⁷

b) Verwendung und Übermittlung personenbezogener Daten durch den Bewährungshelfer

Schon lange wurde dafür geworben, dass Daten der Bewährungshilfe nicht nur über die Gerichte und die Staatsanwaltschaft an die Polizei übermittelt werden dürfen, sondern auch eine Befugnis zur direkten Übermittlung von Daten durch den Bewährungshelfer an die Polizei geschaffen werden sollte.¹¹⁸ Die Einfügung von S. 3 in § 481 Abs. 1 StPO¹¹⁹ hat insoweit nicht nur in erster Linie klarstellende Bedeutung,¹²⁰ sondern erlaubt erstmalig die Datenübermittlung von Bewährungshelfern, wenn dies zur Abwehr einer dringenden Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut erforderlich und eine rechtzeitige Übermittlung durch Strafverfolgungsbehörden und Gerichte nicht gewährleistet ist. Dies führt neben der Rechtssicherheit für Bewährungshelfer zu einer beschleunigten Übermittlung in Akutfällen und insoweit zu einer rascheren Reaktionsmöglichkeit durch die Polizeibehörden.

Die Weitergabe von Informationen ist laut Gesetzesbegründung unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nur im Fall der Gefahr für besonders hochrangige Rechtsgüter zulässig. Genannt werden hier Leib, Leben, die persönliche Freiheit, die sexuelle Selbstbestimmung, aber auch fremde Sachen von bedeutendem Wert.¹²¹ Dringend ist die Gefahr, wenn die Rechtsgutverletzung unmittelbar bevorsteht.¹²²

c) Zuständigkeit

In § 78b Abs. 1 Nr. 1 GVG wurde eine Zuständigkeitskonzentration bei der großen Strafvollstreckungskammer eingefügt. Entscheidet die Strafvollstreckungskammer zugleich über die Aussetzung der Vollstreckung einer zeitigen Freiheitsstrafe und die Aussetzung der Vollstreckung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder in der Sicherungsverwahrung, so wird durch die Vorschrift eine einheitliche Zuständigkeit bei der mit drei Berufsrichtern besetzten großen Strafvollstreckungskammer geschaffen. Dadurch wird der Mehraufwand vermieden,

der durch die parallele Durchführung zweier Verfahren nach alter Rechtslage entstanden ist.

III. Änderungen im StGB¹²³

1. Fahrverbot als Nebenstrafe

a) Hintergrund

In der Vergangenheit gab es seit 1999 bereits mehrere Länderinitiativen, die Möglichkeit eines Fahrverbots auf alle Straftaten auszuweiten und sogar als Hauptstrafe einzuführen.¹²⁴ Daneben gab es mehrere Gesetzentwürfe aus der Mitte des Deutschen Bundestages heraus sowie einen Entwurf der Bundesregierung, die zwar die Einführung eines Fahrverbots als Hauptstrafe vorsahen, allerdings ohne eine Ausweitung auf alle Straftaten vorzunehmen.¹²⁵ Gerade die geplante Einführung eines Fahrverbots als Hauptstrafe stieß aber immer wieder auf massiven Widerstand.¹²⁶ Während sich im Koalitionsvertrag für die 18. Legislaturperiode noch die Forderung des Fahrverbots als eigenständige Sanktion im Erwachsenen- und Jugendstrafrecht findet,¹²⁷ wurde im Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs, des Jugendgerichtsgesetzes, der Strafprozessordnung und weiterer Gesetze auf die Ergänzungsfunktion des Fahrverbots hingewiesen und an ihrem Charakter als Nebenstrafe festgehalten.¹²⁸

b) Fahrverbot vs. Entziehung der Fahrerlaubnis

Geändert wurde lediglich der Anwendungsbereich der Nebenstrafe des Fahrverbots gem. § 44 StGB, das nicht mit der Maßregel der Besserung und Sicherung in Form der Entziehung der Fahrerlaubnis gem. § 69 StGB verwechselt werden darf. Die Entziehung der Fahrerlaubnis ist die mit weitem Abstand am häufigsten verhängte Maßregel¹²⁹ und dient allein präventiv der Verkehrssicherheit. Daher fordert das Gesetz neben einer verkehrsspezifischen Anlasstat eine Gefahrprognose.¹³⁰

Dagegen ermöglicht § 44 StGB die Verhängung eines Fahrverbots ohne eine derartige Gefahrprognose und setzte vor der Reform lediglich eine Straftat voraus, die im Zusammenhang mit dem Führen eines Kraftfahrzeugs begangen wurde.

¹¹⁶ BT-Drs. 18/11272, S. 35.

¹¹⁷ S. die Gesetzesbegründung a.a.O.; hierzu auch *Coen*, in: BeckOK-StPO, § 454b Rn. 12.

¹¹⁸ BT-Drs. 17/6854; *Anders*, GA 2011, 19.

¹¹⁹ Der S. 3 a.F. ist einen Satz weiter in S. 4 gerückt.

¹²⁰ So aber *Claus*, jurisPR-StrafR 19/2017 Anm. 1.

¹²¹ BT-Drs. 18/11272, S. 36.

¹²² *Wittig*, in: BeckOK-StPO, § 481 Rn. 4.1.

¹²³ Eine Synopse aller Änderungen im StGB am 24.8.2017 finden sich unter <https://www.buzer.de/gesetz/6165/v209195-2017-08-24.htm> (zuletzt abgerufen am 18.11.2017). Sofern es thematisch passt, werden auch Änderungen im StVG und JGG unter Gliederungspunkt III mit besprochen.

¹²⁴ Vgl. hierzu mit entsprechender Verlinkung <http://kripoz.de/Kategorie/gesetzentwurfe/fahrverbot/> (zuletzt abgerufen am 19.11.2017).

¹²⁵ Vgl. die Aufzählung in BT-Drs. 18/11272, S. 3.

¹²⁶ Bereits Ende der 90er Jahre *Fehl*, DAR 1998, 379, sowie generell zur damals geplanten Reform des Sanktionenrechts *Weßlau*, StV 1999, 278. Danach vgl. kritisch zum Fahrverbot als Hauptstrafe z.B. *Scheffler*, BA 2001, 113; *Franke*, ZRP 2002, 20; *Streng*, ZRP 2004, 237; *Kilger*, ZRP 2009, 13; *ders.*, ZRP 2016, 186.

¹²⁷ S. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD – 18. Legislaturperiode, Deutschlands Zukunft gestalten, S. 146; abrufbar unter: https://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/2013/2013-12-17-koalitionsvertrag.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt abgerufen am 19.11.2017).

¹²⁸ BT-Drs. 18/11272, S. 14.

¹²⁹ *Fischer*, § 69 Rn. 2.

¹³⁰ Vgl. hierzu ebenfalls *Fischer*, § 69 Rn. 46 ff. m.w.N.

c) Ausweitung der Möglichkeit des Fahrverbots für alle Straftaten

Seit dem 24.8.2017 ist der beschränkte Anwendungsbereich des Fahrverbots durch Streichung des Passus in § 44 Abs. 1 S. 1 StGB um Straftaten, die „bei oder im Zusammenhang mit dem Führen eines Kraftfahrzeugs oder unter Verletzung der Pflicht eines Kraftfahrzeugführers begangen“ wurden, aufgehoben worden. Nunmehr kann das Fahrverbot als Nebenstrafe bei sämtlichen Straftaten verhängt werden.

In der Gesetzesbegründung wird sich dezidiert mit den Kritikern auseinandergesetzt, die die Öffnung des Fahrverbots für alle Straftaten ablehnen.¹³¹ Kritiker befürchten u.a. mangels Zusammenhangs des Fahrverbots zur Tat Akzeptanzprobleme in der Bevölkerung, einen erheblichen Mehraufwand der Gerichte und Strafungerechtigkeit durch eine unterschiedliche Betroffenheit vom Fahrverbot.¹³² Der Gesetzgeber teilt die Bedenken nicht, insbesondere weist er wegen der unterschiedlichen Belastungswirkung unter Bezugnahme auf Art. 3 GG auf seinen weiten Gestaltungsspielraum hin. Zudem spräche gegen eine etwaige unzulässige Ungleichbehandlung auch die „durch die Beibehaltung als Nebenstrafe zwingend notwendige Kombination des Fahrverbots mit einer Geld- oder Freiheitsstrafe und der damit einhergehenden hohen ‚Dosierbarkeit‘ der Gesamtsanktion.“ Das Gericht könne die Strafen so kombinieren, wie dies der Schuld und den Wirkungen, die von der Strafe für den Täter zu erwarten sind, am besten entspreche. Durch die Verbindung mit einer Geld- oder Freiheitsstrafe werde also eine größere Zielgenauigkeit und „Treffsicherheit“ eröffnet, eine dem Einzelfall gerecht werdende Sanktion zu verhängen.¹³³

Die Strafbarkeit setzt aber schon früher an. Denn eine Kombination und Treffsicherheit kommt ja ohnehin nur für die Täter in Betracht, die über eine Fahrerlaubnis verfügen. Wird eine allgemeine Strafdrohung für jedermann begründet, so muss diese Strafe auch jedermann treffen können.¹³⁴ Dies ist beim Fahrverbot als Nebenstrafe aber gerade nicht der Fall. Insoweit wird diese „Dosierbarkeit“ nicht für jeden Straftäter gleichermaßen in Betracht kommen.

Auch im Jugendstrafrecht gilt die Erweiterung des Fahrverbots auf alle Straftaten. Dabei weist die Gesetzesbegründung selbst darauf hin, dass im Jugendstrafrecht

Wissenschaft und Fachverbände die Erweiterung des Fahrverbots auf die allgemeine Kriminalität aus jugendkriminologischen und jugendkriminalrechtlichen Erwägungen ganz überwiegend ablehnen.¹³⁵ Mit diesen Bedenken wird sich aber nicht weiter auseinandergesetzt, vielmehr lediglich aus diesen Erwägungen heraus die Beibehaltung der Höchstgrenze von drei Monaten im Jugendstrafrecht begründet (§ 8 Abs. 3 S. 2 JGG). Dies ersetzt aber natürlich nicht die Auseinandersetzung mit der Frage, ob eine generelle Ausweitung des Fahrverbots im Jugendstrafrecht sinnvoll ist.

Während im Jugendstrafrecht die maximale Dauer des Fahrverbots weiterhin drei Monate betragen soll, wurde die Höchstdauer für das Fahrverbot in § 44 Abs. 1 S. 1 StGB von drei auf sechs Monate erhöht.

Zu einer weiteren Ergänzung des § 44 StGB ist es im Laufe des parlamentarischen Verfahrens durch Bedenken der Sachverständigen im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz gekommen.¹³⁶ Daher enthält § 44 Abs. 1 S. 2 StGB nun konkrete Vorgaben dazu, wann namentlich bei Straftaten ohne Verkehrsbezug die Anordnung eines Fahrverbots in Betracht kommt.¹³⁷ Die Anordnung soll vor allem dann in Betracht kommen, wenn dies „zur Einwirkung auf den Täter oder zur Verteidigung der Rechtsordnung erforderlich erscheint oder hierdurch die Verhängung einer Freiheitsstrafe oder deren Vollstreckung vermieden werden kann.“

Ebenfalls erst später in den Entwurf eingefügt wurde die flexiblere Gestaltung der Wirksamkeit des Fahrverbots für die Betroffenen.¹³⁸ Durch die Möglichkeit, in großem Umfang das Fahrverbot mit der persönlichen Situation des Betroffenen abzustimmen, soll die Rechtspraxis von der Einlegung taktischer Rechtsmittel entlastet werden.¹³⁹ Daher kann gem. § 44 Abs. 2 S. 1 StGB der Betroffene innerhalb von einem Monat nach Rechtskraft des Urteils den Zeitpunkt des Beginns des Fahrverbots selbst wählen. Insoweit knüpft diese Regelung an die bereits vorhandene Wahlmöglichkeit in § 25 Abs. 2a StVG an, übernimmt aber nicht die dort geregelte Zeitspanne von vier Monaten, sondern beschränkt sie auf einen Monat.

Bereits im Regierungsentwurf enthalten¹⁴⁰ und nunmehr Gesetz geworden ist die Regelung zur Nacheinandervollstreckung mehrerer Fahrverbote in § 44 Abs. 4 StGB. Damit wird das vor allem aus dem Verkehrsordnungswid-

¹³¹ BT-Drs. 18/11272, S. 15 f.

¹³² Kritisch bereits *Kulemeier*, NZV 1993, 212; vgl. auch *Albrecht*, NJ 2000, 452; *Bittmann*, NJ 2001, 513; *Meyer*, ZRP 2010, 239; *Röwer*, BA 2001, 90; *Zopfs*, in: FS für Wolter, 2013, S. 819; *ders.*, Editorial StV 9/2016, I; befürwortend dagegen *Wedler*, ZRP 2016, 186; *Jancker*, DAR 2017, 8; *Kubiciel*, jurisPR-StrafR 19/2016 Anm. 1; *Claus*, NZV 2017, 449.

¹³³ S. BT-Drs. 18/11272, S. 17.

¹³⁴ So auch *Zopfs*, StV 9/2016, I.

¹³⁵ BT-Drs. 18/11272, S. 15.

¹³⁶ Vgl. insoweit die Gutachten der Sachverständigen *Bode*, S. 2, abrufbar unter: <http://www.bundestag.de/blob/499242/2a405485ba3b48aa14fc908437971803/bode-data.pdf> (zuletzt abgerufen am: 19.11.2017) und *Ohlenschlager*, S. 4 f., abrufbar unter: <http://www.bundestag.de/blob/499246/607114a5ea3fe2c7be17a353308cf1bb/ohlenschlager-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 19.11.2017).

¹³⁷ Vgl. hierzu den späteren Entwurf, BT-Drs. 18/12785, S. 43.

¹³⁸ Zu den Vorschlägen der Sachverständigen s. *Claus*, jurisPR-StrafR 17/2017 Anm. 1.

¹³⁹ BT-Drs. 18/12785, S. 45.

¹⁴⁰ Regierungsentwurf v. 21.12.2016, S. 6; abrufbar unter: http://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Aenderung_StGB.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 19.11.2017).

rigkeitenrecht bekannte Taktieren um den Anordnungszeitpunkt bei mehreren Fahrverboten, um eine parallele Vollstreckung zu bewirken, unmöglich gemacht.¹⁴¹ Gem. § 44 Abs. 4 StGB sind die Verbotsfristen nacheinander zu berechnen, wenn gegen den Täter mehrere Fahrverbote rechtskräftig verhängt wurden. Dadurch sind die Fahrverbote nacheinander zu vollstrecken, so dass sich die Gesamtdauer mehrerer zeitnah verhängter Fahrverbote spürbar verlängern kann.¹⁴²

Entsprechend der Regelung in § 44 Abs. 4 StGB wurde § 25 Abs. 2b StVG geändert, der nunmehr auch im Bußgeldverfahren die Parallelvollstreckung von Fahrverboten ausschließt.¹⁴³

2. Neue Regelbeispiele für das Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt

Ebenfalls geändert wurde durch die StPO-Reform – etwas systemwidrig anmutend – der Straftatbestand des Vorenthalten und Veruntreuens von Arbeitsentgelt gem. § 266a StGB. In dessen Abs. 4 werden zwei neue Regelbeispiele eingefügt.

Während nach altem Recht gem. § 266a Abs. 4 S. 2 Nr. 2 StGB ein besonders schwerer Fall nur dann angenommen wurde, wenn der Täter unter Verwendung nachgemachter oder verfälschter Belege fortgesetzt Beiträge vorenthielt, soll ein zusätzlich formuliertes neues Regelbeispiel schon dann greifen, wenn der Täter unrichtige Rechnungen zwar nicht verwendet, aber sich solche falschen Rechnungen zur Verschleierung der tatsächlichen Verhältnisse von einem gewerbsmäßigen Anbieter verschafft (§ 266a Abs. 4 S. 2 Nr. 3).¹⁴⁴ Der erhöhte Unrechtsgehalt liegt laut Gesetzesbegründung darin, dass der Täter unter Inanspruchnahme professioneller Hilfe planmäßig Vorkehrungen trifft, um das eigene Überführungsrisiko zu verringern und sich auf diese Weise die Taterträge langfristig zu sichern.¹⁴⁵ Neben dem neuen Regelbeispiel wird auf eine andere – nicht gesetzlich geregelte – Konstellation eines unbenannten besonders schweren Falles hingewiesen. Dieser soll gegeben sein, wenn z.B. Druck auf Arbeitnehmer ausgeübt wird, inhaltlich falsche Belege zu unterschreiben oder bei namhaften Vorenhaltungsbeträgen eine bewusste und nachhaltige Manipulation von Lohnunterlagen zum Zwecke der Verschleierung von Schwarzarbeit erfolgt.¹⁴⁶

Ein weiteres neues Regelbeispiel wird in § 266a Abs. 4 S. 2 Nr. 4 StGB eingefügt. Dadurch werden bandenmäßige Begehungsweisen erfasst. Wer als Mitglied einer Bande handelt, die sich zum fortgesetzten Vorenthalten von Beiträgen zusammengeschlossen hat und die zur Verschleierung der tatsächlichen Beschäftigungsverhältnisse unrichtige, nachgemachte oder verfälschte Belege vorenthält, erfüllt das neue Regelbeispiel eines besonders

schweren Falls. Der Begriff der Bande setzt den Zusammenschluss von mindestens drei Personen voraus, die über einen Zeitraum von gewisser Dauer mehrere selbstständige Straftaten des in § 266a StGB genannten Deliktstyps begehen wollen.¹⁴⁷

IV. Änderungen im Naturschutzgesetz

Auch die ursprünglich im Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs, des Jugendgerichtsgesetzes, der Strafprozessordnung und weiterer Gesetze enthaltenen Erweiterungen der im Bundesnaturschutzgesetz enthaltenen Straftatbestände wurden in das Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens überführt.

Hintergrund ist die zuvor nur unzureichend in deutsches Recht umgesetzte Richtlinie 2008/99/EG über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt.¹⁴⁸ Bislang hatte der deutsche Gesetzgeber es versäumt, leichtfertige Tötungen und Zerstörungen geschützter wildlebender Tier- und Pflanzenarten strafrechtlich zu ahnden, obwohl Art. 3f der Richtlinie eine entsprechende Strafrechtsangleichung forderte.¹⁴⁹

Neben Änderungen in der Bußgeldvorschrift des § 69 BNatSchG wurde die Strafvorschrift des § 71 BNatSchG entsprechend ergänzt. Zunächst wird in § 71 Abs. 4 BNatSchG die Strafandrohung erheblich heraufgesetzt, indem die zuvor mögliche Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr auf Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren hinaufgeschraubt wurde. Die EU-Richtlinie über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt forderte eine solche Ausweitung des Strafrahmens nicht. Begründet wurde diese massive Anhebung daher zum einen mit dem Bezug der Verstöße auf Arten der höchsten Schutzkategorie, also solchen Arten, die in der Regel vom Aussterben bedroht sind; zum anderen mit der im Hinblick auf die Zunahme des illegalen Wildtierhandels erforderlichen stärkeren Abschreckungswirkung.¹⁵⁰

Den Vorgaben der EU-Richtlinie geschuldet war dagegen die Neufassung des § 71 Abs. 5 BNatSchG. Dieser stellt das leichtfertige Töten von wildlebenden Tieren streng geschützter Arten, das leichtfertige Zerstören von Entwicklungsformen von streng geschützten Arten, das leichtfertige Zerstören wildlebender Pflanzen streng geschützter Arten und das leichtfertige Zerstören von Entwicklungsformen streng geschützter Pflanzen mit einem Strafrahmen von Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren unter Strafe. Daneben enthält § 71 Abs. 6 BNatSchG eine sog. Bagatellklausel, nach der sich ein Täter nicht strafbar macht, wenn durch die Tat nur eine unerhebliche Menge von Exemplaren betroffen ist und

¹⁴¹ Vgl. hierzu Claus, jurisPR-StrafR 17/2017 Anm. 1 m.w.N. in Fn. 10.

¹⁴² Claus, jurisPR-StrafR 17/2017 Anm. 1.

¹⁴³ BT-Drs. 18/11272, S. 19.

¹⁴⁴ Das in der a.F. in Nr. 3 benannte Regelbeispiel wird in der Neufassung zu Regelbeispiel Nr. 5,

¹⁴⁵ BT-Drs. 18/11272, S. 32.

¹⁴⁶ A.a.O., S. 32 f.

¹⁴⁷ A.a.O., S. 33.

¹⁴⁸ ABl. L 328 v. 6.12.2008, S. 28; deutsche Fassung abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008L0099&from=DE> (zuletzt abgerufen am 21.11.2017).

¹⁴⁹ Claus, jurisPR-StrafR 17/2017 Anm. 1.

¹⁵⁰ BT-Drs. 18/11272, S. 37.

sie nur unerhebliche Auswirkungen auf den Erhaltungszustand der Art hat.¹⁵¹

§ 71a Abs. 4 BNatSchG ergänzt dann auch im Hinblick auf wildlebende besonders geschützte Vogelarten den Straftatbestand um leichtfertiges Töten und Zerstören. Auch hier findet sich in § 71a Abs. 5 BNatSchG eine § 71 Abs. 6 BNatSchG entsprechende Bagatellklausel.

V. Fazit

Das Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens muss in seiner Gesamtheit enttäuschen. Die großen Hoffnungen, die sich im Hinblick auf strafprozessuale Neuerungen nach Einsetzung der Expertenkommission gemacht worden sind, wurden schon mit der Präsentation der Kommissionsergebnisse nicht erfüllt. Insbesondere dem von *Heiko Maas* erhobenen Anspruch, keine kurzfristige Reparaturgesetzgebung anzustreben, keine Verschönerung der Oberfläche, sondern eine strukturelle Verbesserung des Systems,¹⁵² wurden die Empfehlungen der Expertenkommission nicht gerecht – sie konnten es aber in der Kürze der Zeit auch nicht werden.

Der Referentenentwurf blieb dann noch einmal weit hinter den von der Expertenkommission aufgestellten Empfehlungen zurück, denn diese hatten nur bedingt Eingang in den Referentenentwurf erhalten. Weitere Kürzungen fanden dann im Regierungsentwurf statt. Zu beklagen ist insbesondere, dass sich zu einem Großteil nur Regelungen durchgesetzt haben, die seitens der Justiz angeregt wurden,¹⁵³ viele Vorschläge, um paritätisch auch die Verteidigungsrechts zu stärken, blieben auf der Strecke.¹⁵⁴

Hinzu kommt der schon aus verfahrensrechtlichen Gründen sehr fragwürdige Umstand, dass die sehr eingriffstintensiven Maßnahmen der Online-Durchsuchung und Quellen-TKÜ quasi ohne jeden Vorlauf und jegliche De-

batte Eingang in das Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens erhalten haben. Dies widerspricht nicht nur einem ordnungsgemäßen Gesetzgebungsverfahren. Auch die Vorschriften selbst setzen nur unzureichend die Vorgaben um, die das *BVerfG* für solche Maßnahmen ausdrücklich aufgestellt hat.¹⁵⁵

Kritisch zu sehen ist ebenfalls die Einbeziehung so genannter Beinahetreffer in § 81h StPO sowie die einschneidenden Änderungen im Beweisantragsrecht. Positiv dagegen sind die Änderungen in Bezug auf die audiovisuelle Dokumentation, wobei wünschenswert gewesen wäre, diese Möglichkeit – wie noch im Referentenentwurf vorgesehen – noch weiter auszubauen.

Nicht überzeugen kann – mit Ausnahme der Überführung der verfahrensrechtlichen Vorschriften – die Überführung des Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs, des Jugendgerichtsgesetzes, der Strafprozessordnung und weiterer Gesetze in das Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens. Hier hätte man strikt nach den materiell-rechtlichen Regelungen differenzieren müssen. Was eine Änderung des Straftatbestands des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt oder Bußgeld- und Strafrechtsnormen nach dem Bundesnaturschutzgesetz mit einer StPO-Reform zu tun haben, erschließt sich nicht.

Insgesamt bleibt zu hoffen, dass auch nach dieser mehr Stückwerk bleibenden, noch dazu Verfahrensrechte beschneidenden und Ermittlungsbefugnisse stark ausweitenden, Reform, die Diskussion um die Notwendigkeit einer großen StPO-Reform nicht verebbt. Vielleicht kann dann die Umsetzung der weiteren Empfehlungen der letzten Expertenkommission und einer zukünftigen Expertenkommission 2.0 durch strafverfahrensrechtlich grundlegende Änderungen dem schon 2014 von *Heiko Maas* gesetzten Anspruch nach einer strukturellen Verbesserung des Systems genüge tun.

¹⁵¹ Vgl. hierzu auch *Claus*, jurisPR-StrafR 17/2017 Anm. 1.

¹⁵² *Maas*, Rede zur Reform des Strafprozessrechts v. 7.7.2014, abrufbar unter: https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Reden/DE/2014/0707201-4_Expertenkommission_Reform_StPO.html?nn=6704226 (zuletzt abgerufen am 21.11.2017).

¹⁵³ So auch *Singelstein/Derin*, NJW 2017, 2646 (2652).

¹⁵⁴ *Ausf. Basar*, KriPoZ 2017, 95 (103).

¹⁵⁵ *BVerfG*, NJW 2016, 1781 (1787).

Drei Überlegungen zur Entkriminalisierung des Schwarzfahrens

Von Wiss. Mit. Henning Lorenz, M.mel.
und Sascha Sebastian, M.mel.*

Abstract

Der Umgang mit wiederholt auffällig werdenden Bagateltätern ist kein Ruhmesblatt für die Justiz.¹ Von den jährlich ca. 50.000 Personen, welche eine Ersatzfreiheitsstrafe verbüßen müssen, kann vielen nicht mehr zur Last gelegt werden, als die unbefugte Inanspruchnahme eines öffentlichen Verkehrsmittels. Die Kosten für die Staatskasse sind beachtlich. Der Beitrag untersucht die Hintergründe dieses unbefriedigenden Zustandes und zeigt mögliche Auswege auf.

I. Einleitung

Peter Biesenbach (CDU), der Justizminister des Landes Nordrhein-Westfalen, brachte kürzlich in einem Interview mit der Rheinischen Post die Entkriminalisierung des „einfachen Schwarzfahrens“ – verstanden als Nutzung des öffentlichen Personennahverkehrs ohne gültige Fahrkarte – ins Gespräch.² Sein Motiv war indes nicht die (späte) Einsicht, dass die Rechtsprechung mit ihrer Interpretation des Merkmals „Erschleichen“ strafwürdige Handlungen zu strafbarem Unrecht erhoben hat, sondern vielmehr die Tatsache, dass die Vollstreckung der bundesweit jeden Monat ca. 5.000 Ersatzfreiheitsstrafen den Steuerzahler etwa 650.000 Euro am Tag kostet.³

Um also Polizei, Staatsanwaltschaft, Gerichte und Gefängnisse dauerhaft zu entlasten,⁴ plädiert Biesenbach für die Ahnung als Ordnungswidrigkeit, soweit es sich bei den Delinquenten nicht um „hartnäckige Wiederholungstäter“ handle. Diese Auffassung soll mit den übrigen Justizministerien der Länder abgestimmt und möglicherweise über den Bundesrat als Gesetzesentwurf eingebracht werden. Da ein solcher Entwurf indes kaum allein auf Grundlage von Fiskalinteressen legitimiert werden

kann, sind vielmehr drei grundlegende Überlegungen anzustellen:

1. Ist das „einfache Schwarzfahren“, also die unbefugte Inanspruchnahme einer Beförderungsleistung, für sich genommen bereits strafbares Unrecht?
2. Kann die Forderung der Kriminalisierung (nur) von „Wiederholungstätern“ sinnvoll umgesetzt werden und bedarf es daneben eines Ordnungswidrigkeitstatbestands für das „einfache Schwarzfahren“?
3. Richtet sich Biesenbachs Kritik letzten Endes gar nicht gegen die Strafbarkeit des Schwarzfahrens selbst, sondern gegen das Instrument der Ersatzfreiheitsstrafe bzw. dessen Vollstreckungskosten und kann eine solche Kritik in der Sache überzeugen?

II. Zum Unrecht des „einfachen Schwarzfahrens“

Es gibt keinen Straftatbestand des „Schwarzfahrens“, wohl aber die sog. „Beförderungserschleichung“ in § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB. Voraussetzung für eine Strafbarkeit nach dieser Spielart des Erschleichens von Leistungen (§ 265a StGB) ist, dass sich der Täter die „Beförderung durch ein Verkehrsmittel [...] erschleicht“. Das soll nach ständiger Rechtsprechung (auch) des BGH bereits dann der Fall sein, wenn der Täter zur Benutzung des Verkehrsmittels nicht berechtigt ist, sich bei der Benutzung jedoch allgemein „mit dem Anschein umgibt“, er erfülle die nach den Geschäftsbedingungen des Betreibers erforderlichen Voraussetzungen.⁵ Dass hierdurch die Begriffe „Erschleichen“ und „unbefugtes Benutzen“ effektiv gleichgesetzt werden, soll dabei – so das BVerfG – keinen Verstoß gegen das strenge strafrechtliche Bestimmtheitsgebot

* Henning Lorenz ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Medizinrecht, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg (Prof. Dr. Henning Rosenau). Sascha Sebastian ist Doktorand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Recht des geistigen Eigentums und Wettbewerbsrecht (GRUR-Stiftungsprofessur), Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg (Prof. Dr. Malte Stieper).

¹ Meier, ZStW 129 (2017), 433 (440).

² Online abrufbar unter: <http://www.rp-online.de/nrw/landespolitik/nrw-justizminister-peter-biesenbach-will-schwarzfahren-nicht-mehr-als-straftat-aid-1.7098542> (zuletzt abgerufen am 20.10.2017).

³ Meier, ZStW 129 (2017), 433 (444) weist zudem darauf hin, dass diese Schätzung durchaus optimistisch ist, weil sie allein die Haftkosten in den Blick nimmt und die Behandlung von Erkrankungen (insbesondere Alkoholfolgeerkrankungen) nicht berücksichtigt.

⁴ Zu dieser Intention der Streichung von Vorschriften der „Bagatellkriminalität“, vgl. Hoven, ZStW 129 (2017), 334 (346 f.).

⁵ BGHSt 53, 122. Es existiert insoweit zwar eine frühere Entscheidung des 4. Strafsenats zu dieser Thematik, vgl. Urt. v. 8.8.1974 – 4 StR 264/74. Im Urteil aus dem Jahr 2009 meinte der 4. Strafsenat auch, dass das vorliegende, OLG Naumburg von seiner darin geäußerten Rechtsauffassung abweichen würde, wenn es entgegen bisheriger Rspr. entscheiden wollte. Klar scheinen die Vorgaben in 4 StR 264/74 jedoch nicht zu sein, wenn das OLG Hamburg in einer danach ergangenen Entscheidung meinte, die bisherige Rspr. werde „wohl“ auch darin vertreten, vgl. NJW 1987, 2688 (2689). Schließlich ist die Entscheidung auch in keiner Sammlung oder Zeitschrift veröffentlicht und wird in Rspr. und Lit. nicht als maßgebliche höchstrichterliche Entscheidung angesehen. Aus der obergerichtlichen Rspr. zu dieser Sichtweise vgl. bereits BayObLG, NJW 1969, 1042 ff.

(Art. 103 Abs. 2 GG) begründen.⁶ In der Sache erfüllt damit jeder, der ein Verkehrsmittel ohne gültigen Fahrausweis benutzt und sich dabei unauffällig verhält – vorausgesetzt auch die subjektiven Merkmale liegen vor – den Tatbestand des § 265a Abs. 1 Var 3 StGB.⁷

In der Literatur und bei den Strafverfolgungsbehörden stieß diese Auslegung auf wenig Gegenliebe.⁸ Soll nämlich der Täter bereits dann bestraft werden können, wenn er „unauffällig wie jeder andere – ‚ehrliche‘ – Benutzer auftretend, die Leistung des Betreibers – bspw. durch Betreten des abfahrbereiten Beförderungsmittels – in Anspruch nimmt“, hängt die Strafbarkeit von einem adressatenlosen Rechtsschein ab.⁹ Das hat eine vergleichsweise einfache Beweisbarkeit zur Folge, führt jedoch zu enormen Fallzahlen.¹⁰ Es ist zudem mit dem Wortlaut des Merkmals „Erschleichen“ nur schwer zu vereinbaren. Näher liegt es, wie bei den anderen Tathandlungen des § 265a StGB auch, ein auf Heimlichkeit, List oder Täuschung angelegtes Verhalten zu fordern, welches durch die Umgehung oder Überwindung von Kontroll- oder Sicherheitsvorkehrungen gekennzeichnet ist.¹¹ Mit anderen Worten: Eine Leistung, die aufgrund fehlender Kontrollen faktisch ohnehin von jedermann – befugt, wie unbefugt – in Anspruch genommen werden kann, kann schon begriffsgemäß nicht „erschlichen“ werden.¹²

Gerne wird dem ein vermeintlich dringendes kriminalpolitisches Bedürfnis entgegengehalten. Schließlich seien die Nahverkehrsgesellschaften durch den Abbau von Zugangskontrollen gewissermaßen in Vorleistung gegenüber ihren Kunden gegangen, sodass sie nun in besonderem Maße (strafrechtlich) schutzwürdig seien.¹³ Da es sich bei § 265a StGB nahezu unstreitig¹⁴ um eine individual(vermögens)schützende Norm handelt, erscheint der Einwurf eines Gemeinwohlbelangs systematisch fragwürdig,¹⁵ wie insbesondere die Parallele zum Bankautomatenmissbrauch zeigt:

Auch vor der Einführung des § 263a StGB wurde damit argumentiert, dass die Banken zum Zwecke der Kundentreue auf die Identitätskontrolle durch einen Schalterangestellten verzichten (Vorleistung). Aus der nun erhöhten Missbrauchsfahrer sollte sodann ein ent-

sprechendes (strafrechtliches) Schutzbedürfnis resultieren.¹⁶ Als der Gesetzgeber den in der Tat unbefriedigenden Rechtszustand abstellte, folgte er dieser Argumentation jedoch mit Recht nicht. Dass durch die elektronische – im Gegensatz zur persönlichen – Identitätskontrolle ein erhöhtes Missbrauchsrisiko entsteht, ist allein Sache der Banken. Allerdings mache es für den Bankkunden keinen Unterschied, ob sein Vermögen durch einen „Identitätsdiebstahl“ am Schalter (Betrug) oder Automaten (Computerbetrug) geschädigt wird. Vor Einführung des § 263a StGB hing es insofern, trotz wesentlich gleichen Unrechts vom Zufall ab, ob der Täter eines „Identitätsdiebstahls“ wegen Betruges, Unterschlagung oder ggf. auch gar nicht verurteilt werden konnte.¹⁷

Bei den Verkehrsbetrieben ist die Lage hingegen anders. Sie werden im Hinblick auf den „Kunden“ vor täuschungsbedingten (§ 263 StGB) und erschlichenen (§ 265a) Vermögensdispositionen geschützt. In der Sache geht es also – ganz ähnlich wie bei § 263a StGB – darum, dass bei der Inanspruchnahme der Leistung entweder ein Mensch (Kontrollleur oder Fahrer) getäuscht oder eine Vorrichtung (Drehkreuz, Schranke etc.), die eben diesen ersetzen soll, umgangen wird. Der § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB erfüllt insoweit eine sinnvolle Funktion, wäre es doch im Hinblick auf die Strafbarkeit willkürlich, danach zu differenzieren, *welcher* Sicherungsmethode sich die Nahverkehrsgesellschaft bedient. Verzichtet sie indes *gänzlich* auf Zugangskontrollen, gibt sie ihr Rechtsgut, das Vermögen in Gestalt der – befugten wie unbefugten – Beförderung, gewissermaßen preis. Da es jedoch einen generellen strafrechtlichen Vermögensschutz nicht gibt, ist dieser Zustand so lange zu akzeptieren, bis er ggf. vom Gesetzgeber abgestellt wird.¹⁸ Allerdings bedarf auch dieser irgendeines (legitimen) Zweckes, um ein entsprechendes Tätigwerden rechtfertigen zu können.

Doch das vermeintliche kriminalpolitische Bedürfnis beruht auf der zweifelhaften Annahme, dass die Beförderungsleistungen der Verkehrsbetriebe durch den Abbau von Zugangskontrollen zum Vorteil des ehrlichen Fahrgasts effektiver und kostengünstiger werden¹⁹ und es sich nicht lediglich – was näher liegt – um betriebswirtschaftliches Kalkül der Betreibergesellschaften handelt.²⁰ Eine

⁶ BVerfG, NJW 1998, 1135 ff.

⁷ Valerius, in: BeckOK-StGB, 35. Edition (Stand: 1.8.2017), § 265a Rn. 20 f.

⁸ Hervorzuheben besonders Alwart, JZ 1986, 563 ff.; ders., JZ 2009, 478 ff.

⁹ Gaede, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2013, § 265a Rn. 9 m. w. N.

¹⁰ So machten Taten nach § 265a StGB im Jahr 2015 in Berlin immerhin 6 % der gesamten statistisch erfassten Kriminalität aus (Polizeiliche Kriminalstatistik Berlin 2015, S. 17). Bundesweit waren es im selben Jahr 4,4 % (Polizeiliche Kriminalstatistik 2016, Bd. 1, S. 13).

¹¹ Zu dieser „Kumulativformel“ und der Kritik an anderen Definitionen Wohlers/Mühlbauer, MüKo-StGB, 2. Aufl. (2014), § 265a Rn. 45 m. w. N.

¹² Sebastian/Lorenz, ZJS 2017, 84 (91) m. w. N. Für eine Wortlautanpassung des „methodisch bedenkliche[n]“ Ergebnisses der Rspr. im Übrigen unkritisch Bock, JA 2017, 357.

¹³ Hinrichs, NJW 2001, 932 (934).

¹⁴ Anders auf das entgegengebrachte „Vertrauen“ abstellend nur OLG Hamburg, NSStZ 1991, 587 (588); OLG Stuttgart, NJW 1990, 924 (925); zutr. hiergegen Hellmann, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 265a Rn. 7 m. w. N.

¹⁵ Exner, JuS 2009, 990 (993).

¹⁶ Damals im Hinblick auf § 246 StGB, vgl. BayObLG, NJW 1987, 663 f. m. w. N.

¹⁷ Vgl. BT-Drs. 10/318, S. 17 und die Nachweise bei Wessels/Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil 2, 39. Aufl. (2016), Rn. 182.

¹⁸ Vgl. Sebastian/Lorenz, JZ 2017, 876 (878 f.) und Sebastian, ZBB 2014, 382 (383).

¹⁹ Dies zeigen gerade Vergleiche mit anderen europäischen Großstädten (z. B. Amsterdam) in denen Zugangskontrollen in den öffentlichen Verkehrsmitteln, wie etwa Straßenbahnen, existieren.

²⁰ Angesichts des zuletzt von 40 € auf 60 € gestiegenen „erhöhten Beförderungsentgelts“ und den Einsparungen mangels Personal und Vorrichtung erscheint es jedenfalls sehr gut vorstellbar, dass die Summe entgangener Entgeltpreise durch Schwarzfahren dadurch überstiegen wird, vgl. Hellmann, in: NK-StGB, § 265a Rn. 7; auch Mitsch, NZV 2014, 545, der die Investition in Fahrkartenkontrolle als einen „recht einträgliche[n] Aufwand“ bezeichnet.

solche Argumentation überlässt zudem den sorglos mit ihren Rechtsgütern umgehenden Nahverkehrsgesellschaften die Entscheidung über ihre eigene strafrechtliche Schutzwürdigkeit.²¹ In der Sache ist daher dem Bundesgeschäftsführer des Deutschen Richterbundes *Sven Rebehn* beizupflichten, wenn er fordert, dass "[i]m Bereich des Schwarzfahrens [...] nicht in erster Linie [der] Gesetzgeber, sondern die Verkehrsbetriebe in der Pflicht [stünden]. [...] Es brauch[e] [insofern] effektive Zugangskontrollen der Unternehmen für Bahnen und Busse [...]"²² Und auch *Biesenbach* kann somit zugestimmt werden, wenn er im Bereich des „einfachen Schwarzfahrens“ für eine Entkriminalisierung eintritt. Allerdings nicht, weil die Vollstreckung der entsprechenden Strafen den Steuerzahler zu sehr belastet, sondern weil das sanktionierte Verhalten kein Unrecht ist.

Doch ist es ohne die berühmten „drei berichtende[n] Worte des Gesetzgebers“²³ überaus unwahrscheinlich, dass sich dieses Verständnis der Rechtslage in der mittlerweile gefestigten Rechtsprechung durchsetzen wird. Schließlich wird das Schweigen des Parlaments zur Frage der Strafbarkeit des „einfachen Schwarzfahrens“ gern als Zustimmung zur vorherrschenden Auslegung gedeutet – als „erkennbarer Wille des heutigen Gesetzgebers“.²⁴

III. Zur gesetzestechnischen Umsetzung einer Entkriminalisierung

Das bedeute nicht, dass man über die praktische Umsetzung einer Entkriminalisierung des Schwarzfahrens nicht dennoch nachdenken kann. Hierbei sollte jedoch Einigkeit bestehen, dass eine ersatzlose Streichung von § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB verfehlt wäre. Schließlich würden so auch „Beförderungerschleichungen“ entkriminalisiert, deren Unrecht niemand ernsthaft in Frage stellt.²⁵ Man denke nur an die Erschleichung einer Flugreise, bei der jedes zusätzliche Kilogramm die Fluggesellschaft Geld kostet oder das im Gedränge unbemerkte Passieren des mit einem anderen Fahrgast beschäftigten Busfahrers. Die Überwindung oder Umgehung von Kontroll- oder Sicherheitsvorkehrungen, muss deshalb und aus den oben genannten systematischen Erwägungen als Grenze zur strafbaren „Beförderungerschleichung“ bestehen bleiben.²⁶

Betrachtet man mithin den Schutz der Nahverkehrsbetriebe im – freilich fragmentarischen – System des strafrechtlichen Vermögensschutzes, so ist fraglich, ob neben dem Schutz vor *täuschungsbedingter* und *erschlichener* Vermögensminderung Raum für eine weitere Tathandlung ist und wodurch sich die durch sie beschriebene Angriffsrichtung auszeichnet. Im Hinblick auf den geringen

Schaden, welchen der Täter einer Beförderungerschleichung in der Regel anrichten wird, sei insofern an ein Zitat *Dreher*s erinnert:

„Das Problem der Bagatelldelikte und ihrer Behandlung ist alles andere als eine Bagatelle. Denn was im Einzelfall als solche erscheint, wird in der großen Masse zum Problem.“²⁷

Diesem Gedanken – jedenfalls im Ansatz – folgend, besteht im Bereich der Bagatellkriminalität schon seit langem die Forderung nach einer Beschränkung der Strafbarkeit auf Wiederholungstäter.²⁸ Auch für den Bereich des „einfachen Schwarzfahrens“ gab es im Jahre 1993 einen entsprechenden Vorschlag. Die Beförderungerschleichung im ersten Absatz sollte gestrichen und § 265a StGB um einen zweiten Absatz folgenden Inhalts ergänzt werden:

„(2) Ebenso wird bestraft, wer wiederholt oder unter Umgehung von Kontrollmaßnahmen die Beförderung durch ein Verkehrsmittel in der Absicht erschleicht, das Entgelt nicht zu entrichten.“

Zentrales Merkmal wäre mithin die *wiederholte* Begehung der Tat gewesen, welche im – ebenfalls neuen – Abs. 3 dergestalt definiert wurde, dass der Täter in den drei Jahren vor Tatbegehung nicht schon einmal wegen § 265a Abs. 2 StGB-E verurteilt oder in einem Zeitraum von sechs Monaten vor der Tat wegen des ebenfalls neuen § 118a OWiG (Beförderungerschleichung) geahndet wurde.²⁹

Der Vorschlag löst freilich nicht das Problem, dass die Tatbestandsverwirklichung noch immer vom Merkmal des „Erschleichens“ abhängt, auch wenn eine gesplante Auslegung des Begriffes durch die Verwendung in zwei verschiedenen Absätzen nun jedenfalls denkbar wäre. Will man es hingegen vermeiden, den Tatbestand unnötig komplex zu gestalten, wird verständlich, warum sich der Gesetzesentwurf im Bundestag nicht durchzusetzen vermochte. Nichtsdestotrotz scheint die ihm zugrundeliegende Idee – der offenbar auch *Biesenbach* anhängt – aus heutiger Sicht durchaus praktikabel. Denn der Gedanke, dass eine für sich genommen nicht strafbare Handlung erst bei wiederholter Vornahme die Schwelle zur Strafbarkeit überschreitet, ist dem StGB keineswegs fremd. Er ist auch im Straftatbestand der Nachstellung (§ 238 StGB) umgesetzt – einer Norm, die mit immerhin 18.739 Fällen im Jahr keineswegs unter zu geringer praktischer Beachtung

²¹ *Hinrichs*, NJW 2001, 932 (934). Nicht der § 265a StGB als solcher, aber dessen Auslegung durch die st. Rspr. ließe sich wohl auch als Durchsetzung wirtschaftlicher Partikularinteressen und in dieser Lesart als „Lobby-Tatbestand“ begreifen. Insofern ist *Hoven* zuzustimmen, wenn Sie den § 265a StGB als solchen nennt, obgleich § 265 StGB gemeint sein dürfte, ZStW 129 (2017), 334 (347 f.).

²² Online abrufbar unter: <http://www.rp-online.de/nrw/landespolitik/nrw-justizminister-peter-biesenbach-will-schwarzfahren-nicht-mehr-als-straftat-aid-1.7098542> (zuletzt abgerufen am 20.10.2017).

²³ *V. Kirchmann*, Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1848, S. 25.

²⁴ Vgl. nur *BGH*, NJW 2009, 1091 (1092); *OLG Düsseldorf*, NJW 2000, 2120 (2121).

²⁵ Vgl. *Meier*, ZStW 129 (2017), 433: „Schwarzfahren muss nicht zwingend ein Bagatelldelikt sein“.

²⁶ Vgl. auch *Hellmann*, in: NK-StGB, § 265a Rn. 34 m. w. N.

²⁷ *Dreher*, in: FS Welzel, 1974, S. 917.

²⁸ Kritisch zu diesem Gedanken *Meier*, ZStW 129 (2017), 433 (445) m. w. N.

²⁹ BT-Drs. 12/6484, S. 4.

leidet.³⁰ Knüpft man mithin an die dortige Formulierung an, so ergäbe sich ein neuer § 265a Abs. 2 StGB, der etwa folgendermaßen lauten könnte:

(2) Ebenso wird bestraft, wer beharrlich unberechtigt Beförderungsleistungen in der Absicht in Anspruch nimmt, das Entgelt nicht zu entrichten.

Beharrlich wird heute definiert als wiederholte Begehung, welche die Missachtung des entgegenstehenden Willens des Opfers aus gesteigerter Gleichgültigkeit zum Ausdruck bringt und daher zukünftige Belästigungen naheliegender erscheinen lässt.³¹ Der Gesetzgeber ging in den Materialien zu § 238 StGB davon aus, dass dies regelmäßig bei fünf Handlungen bzw. Handlungsbündeln der Fall sein wird.³²

Unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit und einer einheitlichen Verfolgungs- und Verurteilungspraxis, wäre mit dieser Formulierung wohl eine sachgerechte Lösung gefunden. Sie führt gleichsam dazu, dass einmalige Verstöße nicht länger sanktioniert sind. Auch ist durch das Auslassen des Merkmals „Erschleichen“ im neuen Abs. 2 klar, dass der bisherigen Auslegung der Rechtsprechung (nun) der Wille des Gesetzgebers entgegensteht. Die Beförderungserschleichung in Abs. 1 kann daher nicht mehr in diesem Sinne verstanden werden und erfasst nur noch die Überwindung oder Umgehung von Kontroll- oder Sicherheitsvorkehrungen. Ob es darüber hinaus eines zusätzlichen Ordnungswidrigkeitentatbestandes bedarf, oder die Nahverkehrsgesellschaften auf die Zwangsvollstreckung des „erhöhten Beförderungsentgeltes“ verwiesen werden, ist eine separate Frage. Im Hinblick auf die obigen kriminalpolitischen Erwägungen zur wirtschaftlichen Seite des Schwarzfahrens und der Schutzwürdigkeit der Verkehrsbetriebe soll hier aber für die zuletzt genannte Möglichkeit plädiert werden.³³

Allerdings erscheint es auch diskutabel, bei Bagatell-Fällen die Verhängung von primären Freiheitsstrafen durch die Gerichte zu untersagen. Jüngste kriminalpolitische Überlegungen von *Meier* schüren berechtigte Zweifel an der aktuellen Rechtspraxis.³⁴ Wenn *Biesenbach* auf der einen Seite (zu Recht) kritisiert, dass jemandem für eine Fahrt ohne Ticket im Wert von 1,50 € Gefängnis drohe, muss auf der anderen Seite auch kritisch hinterfragt werden, ob dies, bspw. nach dem hiesigen Vorschlag, bei 5 Fahrten zu diesem Preis der Fall sein darf. Vieles spricht

dafür, hier nur die Verhängung einer Geldstrafe durch das Gericht zuzulassen. Das wäre mit einer Gesetzesänderung verbunden. *Meier* schlägt insoweit eine Änderung des § 248a StGB vor, wonach Freiheitsstrafe in Fällen der geringwertigkeit nicht mehr verhängt werden dürfte. Für die (reformierte) „Beförderungserschleichung“ würde dies über die Verweisung in § 265a Abs. 3 StGB Anwendung finden.

IV. Zum Sinn und Unsinn des Instrumentes der Ersatzfreiheitsstrafe

An den Problemen der Ersatzfreiheitsstrafe ändern beide Vorschläge freilich nichts. Und auch wenn *Biesenbach* mit seinen Äußerungen primär eine Entkriminalisierung des „einfachen Schwarzfahrens“ zu fordern scheint, geht es ihm in der Sache wohl um die Folgen des Vollzuges eben jener Freiheitsentziehungen für die Staatskasse. Wie er nämlich vollkommen zutreffend feststellt, handele es sich bei den Inhaftierten um Menschen, „die das Gericht überhaupt nicht inhaftieren wollte. [...] Sie sollten [vielmehr] eine Geldstrafe zahlen.“³⁵

Durch den Entzug finanzieller Mittel hat die Verurteilung zu einer Geldstrafe dabei den Vorteil, dass sie dem Täter gleichzeitig Warnung und Abschreckung ist, ohne ihn – wie es im Falle einer (kurzen) Freiheitsstrafe wäre – aus seinen sozialen Bezügen herauszureißen.³⁶ Mit der Geldstrafe ist jedoch stets die Gefahr ihrer „Uneinbringlichkeit“³⁷ verbunden, was eine anderweitige Absicherung der repressiven und präventiven Wirkung notwendig macht.³⁸ Diesen Zweck soll die in § 43 StGB geregelte Ersatzfreiheitsstrafe erfüllen. Sie kann insofern als Eingeständnis des Gesetzgebers verstanden werden, dass Geldstrafen nicht in jedem Falle durchgesetzt werden können und das Sanktionensystem hierfür ein Surrogat zur Verfügung stellen muss.³⁹ Wie im Gesetzeswortlaut vorgesehen tritt dann an Stelle der uneinbringlichen Geldstrafe eine Freiheitsstrafe, wobei ein Tagessatz einem Tag Freiheitsstrafe entspricht.⁴⁰

An der Notwendigkeit eines Surrogates für eine uneinbringliche Geldstrafe werden dabei keine Zweifel bestehen können.⁴¹ Doch ist der automatische Rückfall auf die Freiheitsstrafe keineswegs zwingend, oder gar „leidvolle

³⁰ Polizeiliche Kriminalstatistik 2016, Bd. 1, S. 10. Die Aufklärungsquote für die entsprechende Gruppe von Delikten (Zwangsheirat, Nachstellung/Stalking, Freiheitsberaubung, Nötigung, Bedrohung) liegt bei 88,7% (Ibid., Bd. 4, S. 43).

³¹ *Valerius*, in: BeckOK-StGB, § 238 Rn. 10 f.

³² Vgl. BR-Drs. 551/04, S. 9, allerdings noch zum Merkmal „fortgesetzt“.

³³ Siehe auch *Meier*, ZStW 129 (2017), 433 (445), der den Verweis auf Selbstschutzmöglichkeiten im Hinblick auf die die Gefahr einer Besserstellung wirtschaftlich starker Rechtsgutsträger kritisch sieht. Da die Geschädigten im Falle des Schwarzfahrens jedoch in aller Regel Nahverkehrsgesellschaften sein werden, besteht diese Gefahr hier eher nicht.

³⁴ *Meier*, ZStW 129 (2017), 433 ff.

³⁵ Online abrufbar unter: <http://www.rp-online.de/nrw/landespolitik/peter-biesenbach-cdu-will-schwarzfahren-nicht-mehr-als-straf-tat-werten-aid-1.7098542> (zuletzt abgerufen am 20.10.2017).

³⁶ *Albrecht*, in: NK-StGB, § 40 Rn. 10 f.; *Hartmann*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl. (2017), § 40 Rn. 1.

³⁷ „Uneinbringlich“ in diesem Sinne bedeutet nach § 459e Abs. 1 und 2 StPO, dass die Geldstrafe nicht bezahlt wird und auch nicht im Wege der Strafvollstreckung beigetrieben werden kann, *von Heintschel-Heinegg*, in: BeckOK-StGB, § 43 Rn. 3.

³⁸ Vgl. *Radtke*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2016), § 43 Rn. 2.

³⁹ *Stree/Kinzig*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 43 Rn. 1; *Rostalski*, NSZ 2017, 121 (122).

⁴⁰ Kritisch zum Umrechnungsmaßstab bspw. *Tröndle*, ZStW 86 (1974), 545 (575 f.), dagegen allerdings mit Recht *Fischer*, StGB, 64. Auflage (2017), § 43 Rn. 4b: „[...] keine Frage des Maßstabs, sondern des Prinzips [...]“.

⁴¹ *Meier*, ZStW 129 (2017), 433 (447): „[...] notwendig, um der Geldstrafe die Glaubwürdigkeit als Strafsanktion zu erhalten.“

Notwendigkeit⁴². Dementsprechend hat es der Gesetzgeber den – für den Strafvollzug zuständigen – Ländern freigestellt, dem von einer Ersatzfreiheitsstrafe bedrohten Täter gemeinnützige Arbeit als Alternative zur Inhaftierung anzubieten (§ 293 EGStGB).⁴³ Voraussetzung bleibt allerdings die uneinbringliche Geldstrafe (§ 459e StPO), deren Vollzug für den Betroffenen keine unbillige Härte sein würde (§ 459e StPO).⁴⁴ Von der eröffneten Möglichkeit haben sämtliche Bundesländer – allerdings mit unterschiedlichen Umrechnungsmaßstäben⁴⁵ – Gebrauch gemacht.⁴⁶

Die mit der Ersatzfreiheitsstrafe verbundenen Probleme sind vielfältig. Zu vielfältig, um sie hier alle darzustellen. Im Mittelpunkt der Argumentation steht jedoch stets die soziale Ungerechtigkeit der Sanktion. Denn auch wenn die Geldstrafe abhängig vom Einkommen verhängt wird, trifft sie Täter, die in sozialer wie wirtschaftlicher Hinsicht schlechter gestellt sind, zweifellos härter als gut situierte Täter.⁴⁷ Grund hierfür ist zunächst die Verschuldensunabhängigkeit der Ersatzfreiheitsstrafe, also die Tatsache, dass es grundsätzlich⁴⁸ unerheblich ist, wer dafür verantwortlich ist, dass die Geldstrafe uneinbringlich ist.⁴⁹ Dass dementsprechend die Gefahr vergleichsweise hoch ist, dass vermögenslose Täter mit geringem Einkommen – die immerhin ein Drittel aller Geldstrafen ausmachen – (auch) in Anbetracht der Geldstrafe zahlungsunfähig werden, leuchtet unmittelbar ein. Alternativen, wie bspw. kurzfristige Kredite werden ihnen in der Regel nicht zu bezahlbaren Konditionen zur Verfügung stehen. So überrascht es denn auch nicht, dass beinahe alle der jährlich ca. 50.000 Ersatzfreiheitsstrafen – regelmäßig von ca. einem Monat Dauer – an wirtschaftlich und sozial benachteiligten Tätern vollstreckt werden, die zudem bereits ein beachtliches Vorstrafenregister und eine hohe Rückfallquote aufweisen.⁵⁰

Die Folgen gerade für diese Personengruppe können dramatisch sein: Für Bezieher von Leistungen nach dem SGB II („Hartz IV“) bedeutet eine Ersatzfreiheitsstrafe, dass sie für den Zeitraum der Vollstreckung – unabhängig von gewährten Vollzugslockerungen – von der Leistungsgewährung ausgeschlossen sind.⁵¹ Da hierunter auch die Kosten für die Unterkunft fallen, müsste der Inhaftierte – der bereits die Geldstrafe nicht zahlen konnte – die Miete für eine Wohnung „aus der eigenen Tasche“ zahlen – geling ihm das nicht, droht der Verlust der Wohnung.⁵²

Doch auch generell kann niemand ernsthaft behaupten, dass sich die Ersatzfreiheitsstrafe auf Grundlage spezialpräventiver Strafzweckerwägungen rechtfertigen ließe. Schließlich war es gerade die Idee hinter der Einführung der Geldstrafe, die kurze Freiheitsstrafe zurückzudrängen, da das Ziel einer Resozialisierung des Täters binnen weniger Wochen nicht zu erreichen sei.⁵³ Im Gegenteil ist im Hinblick auf die von der Regelung häufig Betroffenen eher eine (weitere) Entsozialisierung zu besorgen, da entsprechende Hilfsangebote aufgrund der kurzen Haftdauer nicht wahrgenommen werden können.⁵⁴

Um indes nicht vollständig auf konstruktive Kritik zu verzichten, soll die Überlegung zum Sinn und Unsinn der Ersatzfreiheitsstrafe mit vier rechtspolitischen Forderungen enden, deren Umsetzung geeignet erscheinen, gegenwärtige Missstände – auch die von *Biesenbach* gerügten – zu beseitigen:

1. Auch wenn die finanziellen Verhältnisse des Täters bereits jetzt schon bei der Bemessung der Tagessätze zu beachten sind, werden offensichtlich zu oft (in ca. 10% der Fälle) Geldstrafen verhängt, die vom Betroffenen nicht zu leisten sind.⁵⁵ Hier gilt es, bereits beim Verhängen der Geldstrafe darauf zu achten, dass diese vom Täter auch geleistet werden kann und, dass ggf. eine Strafaussetzung mit Auflagen in Betracht zu ziehen ist.⁵⁶
2. Aber auch die Bedeutung einer nachdrücklichen Strafvollstreckung kann nicht genug betont werden.⁵⁷ Es ist zu vermeiden, dass vorschnell von einer Uneinbringlichkeit der Geldstrafe ausgegangen wird. Auch sind dem Täter sämtliche Alternativen, wie insbesondere die Möglichkeit der Ratenzahlung und – im Falle der Uneinbringlichkeit – der freien Arbeit zu eröffnen und er ist entsprechend zu beraten.
3. Ist eine Geldstrafe deshalb uneinbringlich, weil die Lebensführung des Täters zu einem Therapie- oder Beratungsbedarf geführt hat, so soll die Strafe auch durch das Durchlaufen eines entsprechenden Beratungs- oder Therapieangebotes abgegolten werden können. Als Beispiele seien eine Entgiftungskur samt Suchttherapie oder die Schuldnerberatung genannt. Auch hier ist der Täter entsprechend zu beraten und zu unterstützen. Praktisch kann dies durch einen Vorrang der Strafaussetzung zur Bewährung in Verbindung mit entsprechenden Auflagen erreicht werden, die dann

⁴² *Von Heintschel-Heinegg*, in: BeckOK-StGB, § 43 Rn. 1 unter Bezugnahme auf *Tröndle*, MDR 1972, 427.

⁴³ Vgl. *Meier*, ZStW 129 (2017), 433 (447). Eine Verpflichtung wäre wohl aufgrund von Art. 12 Abs. 3 GG ausgeschlossen, der statuiert, dass „Zwangsarbeit [...] nur bei einer gerichtlich angeordneten Freiheitsentziehung zulässig“ ist. Unstrittig ist das freilich nicht, vgl. *Radtke*, in: MüKo-StGB, § 43 Rn. 5 m. w. N.

⁴⁴ *Albrecht*, in: NK-StGB, § 43 Rn. 9.

⁴⁵ Hierzu *Wolters*, ZStW 114 (2002), 63 (84).

⁴⁶ S. nur die Darstellung bei *Albrecht*, in: NK-StGB, § 43 Rn. 9 f.

⁴⁷ Geldstrafen machen etwa 80% aller in der BRD ausgesprochenen Strafen aus, wobei etwa ein Drittel der Verurteilten Tagessätze zwischen einem und neun Euro zahlen müssen, also ein Niedriges Einkommen haben, *Hartmann*, in: *Dölling/Duttge/König/Rössner*, Gesamtes Strafrecht, § 40 Rn. 1.

⁴⁸ Zu den Ausnahmen, in denen ein Härtefall nach § 459 f. StPO angenommen wurde vgl. *Radtke*, in: MüKo-StGB, § 43 Rn. 16 ff. m. w. N.

⁴⁹ BGHSt 27, 90 (93); *OLG Düsseldorf*, MDR 1983, 341; 1985, 76; *Kühl*, in: *Lackner/Kühl*, StGB, 28. Aufl. (2014), § 43 Rn. 3; *Dölling*, NSTZ 1981, 86 (89); a. A.: *Köhler*, GA 1987, 145 (161); v. *Selle*, NSTZ 1990, 118.

⁵⁰ *Albrecht*, in: NK-StGB, § 43 Rn. 2 m. w. N. Eindrücklich auch die Fälle in *Meier*, ZStW 129 (2017), 433 (435 f.).

⁵¹ BSG, Urt. v. 24.02.2011 – B 14 AS 81/09 R.

⁵² *Wawzyniak*, in: Fraktion DIE LINKE im Bundestag, Strafvollzug und Resozialisierung – ein Paradoxon?!, 2016, S. 14 (17).

⁵³ *BGH*, NJW 1971, 439; 1971, 151 jeweils m. w. N.

⁵⁴ Vgl. nur *Radtke*, in: MüKo-StGB, § 38 Rn. 81 m. w. N. Weiterführend auch *Meier*, ZStW 129 (2017), 433 (440 f.).

⁵⁵ *Albrecht*, in: NK-StGB, § 40 Rn. 43: „Am schärfsten stellt sich das Problem der Zumessung der Tagessatzhöhe im Falle v. Sozialleistungsempfängern [...]“.

⁵⁶ Ähnlich *Meier*, ZStW 129 (2017), 433 (440).

⁵⁷ *Fischer*, StGB, § 43 Rn. 3; *von Heintschel-Heinegg*, in: BeckOK-StGB, § 43 Rn. 6.

ggf. auch bei der Ersatzfreiheitsstrafe⁵⁸ oder der Geldstrafe selbst⁵⁹ zugelassen werden sollte.

4. Wenn der Täter sowohl die Zahlung der Strafe, als auch sämtliche Erleichterungen oder Alternativen verweigert, bestehen keine Einwände gegen den Vollzug einer Ersatzfreiheitsstrafe. Sie ist dann gleichsam ultima ratio zur Erreichung eines Strafzweckes und insofern nicht zu beanstanden.

V. Fazit

Es ist erfreulich, dass ein erneuter und mit Blick auf die anstehende Legislaturperiode vielversprechender Vorstoß bei der Entkriminalisierung des „Schwarzfahrens“ stattfindet. Damit kann die längst überfällige Kurskorrektur einer verfehlten Rechtsprechung betrieben werden. Nach einer Legislaturperiode des „strafrechtlichen Wachstums“ kann sich die Politik bei diesem und anderen Vorhaben der Unterstützung aus der Wissenschaft gewiss sein, hat diese doch jüngst erneut das ultima-ratio-Prinzip⁶⁰ und die Entbehrlichkeit von Tatbeständen⁶¹ in ihren Fokus gerückt, ja sogar für eine „Entrümpelung des StGB“⁶² plädiert. Bedauerlich ist hingegen, dass wohl vor allem der Aspekt der finanziellen Belastung der Staatskasse durch Ersatzfreiheitsstrafen und Auslastung von Kapazitäten der Strafverfolgungsorgane für die Politik eine entscheidende Rolle für diesen Schritt spielen dürfte. Dabei sollte eine gute Kriminalpolitik sich nicht zu sehr von praktischen Zwängen leiten lassen⁶³ – der Rechtsstaat ist teuer. Eine differenzierte Betrachtung hat die aufgeworfenen Fragen eines Vorhabens getrennt zu beantworten.

Ganz in diesem Sinne ist insoweit zunächst festzuhalten, dass das „einfache Schwarzfahren“ kein strafbares Unrecht und eine Entkriminalisierung daher zu befürworten ist. Man wird, mangels absehbaren Wandels in der Rechtsprechung, überlegen müssen wie man diese Einsicht umzusetzen hat. Anhand früherer Gesetzesentwürfe können alte Fehler bereits in der Phase der Entwurfsplanung erkannt und damit ein überzeugender § 265a StGB n. F. geschaffen werden. Insbesondere sollten die kriminalpolitischen Schutzbedürftigkeitserwägungen zum Unrecht „einfachen Schwarzfahrens“ auch bei der Frage Berücksichtigung finden, ob es fortan eines entsprechenden Ordnungswidrigkeitentatbestandes bedarf. Erst nach diesen grundsätzlichen Überlegungen de lege ferenda ist es angezeigt, auch praktische Aspekte in den Blick zu nehmen. Jedenfalls für das „einfache Schwarzfahren“ käme die Ersatzfreiheitsstrafe damit nicht mehr in Betracht. Für die übrigen Fälle ist sie zwar ebenfalls kritisch zu sehen, in Verbindung mit einer besseren Verhängungspraxis im Bereich der Geldstrafen und verstanden als ultima ratio jedoch nicht grundsätzlich zu beanstanden.

Abschließend sei zudem darauf hingewiesen, dass die Idee der Verschiebungen des „einfachen Schwarzfahrens“ in den Bereich des Ordnungswidrigkeitenrechts eines außer Acht lässt: Eine, ebenfalls kostspielige Inhaftierung sieht auch dieses unter bestimmten Voraussetzungen in Form der Erzwingungshaft nach §§ 96 ff. OWiG vor.

⁵⁸ Ob die Aussetzung der Ersatzfreiheitsstrafe bereits nach geltendem Recht möglich ist, ist umstritten. Vgl. insofern die Nachweise bei Radtke, in: MüKo-StGB, § 43 Rn. 23.

⁵⁹ Meier, ZStW 129 (2017), 433 (447).

⁶⁰ Stuckenberg, ZStW 129 (2017), 349 ff.; Jahn/Brodowski, ZStW 129 (2017), 363 ff.; Kindhäuser, ZStW 129 (2017), 382 ff.; Prittwitz, ZStW 129 (2017), 390 ff.; Bittmann, NStZ 2016, 249 ff.; Frisch, NStZ 2016, 16 ff.

⁶¹ Kaspar, ZStW 129 (2017), 401 ff.; Kinzig, ZStW 129 (2017), 415; Heinrich, ZStW 129 (2017), 425 ff.; Duttge, ZStW 129 (2017), 448; Nestler, ZStW 129 (2017), 467; Kubiciel, ZStW 129 (2017), 473 ff.

⁶² Hoven, ZStW 129 (2017), 334 ff.

⁶³ Vgl. Zipf, Kriminalpolitik, 2. Aufl. (1980), S. 117.

Die Reform der §§ 232 ff. StGB

von Prof. Dr. Joachim Renzikowski*

Abstract

In der letzten Legislaturperiode hat der Gesetzgeber die §§ 232 ff. StGB völlig umgekrempelt. Die gute Nachricht: Die Strafverfolgung von Menschenhandelsdelikten ist nicht schwieriger geworden. Ob die Neuregelung in sich stimmig und vor allem mit den internationalen Vorgaben vereinbar ist, steht allerdings auf einem anderen Blatt.

I. Einleitung

Mit über fünfjähriger Verspätung hat das Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung des Menschenhandels und zur Änderung des Bundeszentralregistergesetzes sowie des Achten Buches Sozialgesetzbuch vom 11.10.2016¹ die Vorgaben der Richtlinie 2011/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.4.2011 zur Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels und zum Schutz seiner Opfer² umgesetzt. Änderungsbedarf ergab sich dabei insbesondere im Hinblick auf weitere Ausbeutungsformen neben der bisher schon geregelten Ausbeutung der Sexualität und der Arbeitskraft, namentlich die Ausbeutung der Bettelerei und der Begehung von Straftaten (Art. 2 Abs. 3 RL). Ferner sollten nicht nur Taten gegen Kinder bis zu 14 Jahren, sondern gegen Minderjährige (Art. 4 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 2 Abs. 6 RL), sowie die grob fahrlässige Gefährdung des Lebens des Opfers (Art. 4 Abs. 2 lit. c RL) mit einer höheren Strafe bedroht werden.³ Auf der kriminalpolitische Agenda standen schließlich die Empfehlung einer weitgehenden Straffreistellung der Opfer von Menschenhandel für ihre Beteiligung an strafbaren Handlungen in unmittelbarem Zusammenhang mit Menschenhandel (Art. 8 RL) sowie die Bestrafung der Nachfrage nach Menschenhandelsopfern (Art. 18 Abs. 4 RL). Darüber hinaus bestanden Zweifel an der Europarechtskonformität der alten Regelungsstruktur. § 233 a StGB a.F., der von der Formulierung her der Definition des Menschenhandels in Art. 2 Abs. 1 RL entsprach, setzte eine doppelte Einwirkung auf das Opfer voraus. Das Opfer sollte nicht angeworben werden, um später ausgebeutet werden zu können, sondern damit ein Drit-

ter i.S.d. §§ 232, 233 StGB a.F. das Opfer durch eine erneute Einwirkung „dazu bringen“ konnte, eine ausbeuterische Betätigung aufzunehmen. Ein weiteres Manko bestand darin, dass § 233 a StGB a.F. seinem Zweck nach auch die Weitergabe von Menschenhandelsopfern von einem Ausbeuter zum anderen erfassen sollte. Denn auch dann wurde die betreffende Person zum Zweck der Ausbeutung „gehandelt“ i.S.v. Art. 2 Abs. 1 RL. Nach seinem Wortlaut galt § 233 a StGB a.F. für solche Konstellationen aber jedenfalls dann nicht mehr, wenn der zweite Ausbeuter nicht mehr selbst auf das Opfer einwirken musste.⁴ Aber auch eine strafbare Beteiligung an den §§ 232, 233 StGB kam bei einer vollendeten Einwirkung nicht mehr in Betracht, denn es handelte sich nicht um Dauerdelikte.⁵

Der Gesetzgeber entschied sich gegen die ursprünglich geplante minimale Änderung⁶ für eine umfassende Neugestaltung der §§ 232 ff. StGB, wobei die Weichen erst im Rechtsausschuss gestellt wurden.⁷ Die früheren, schon nicht durch große Übersichtlichkeit glänzenden drei Strafvorschriften wurden durch fünf Vorschriften abgelöst, die einen Verweisungsdschungel verschiedener Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründen enthalten, in denen sich die Praxis leicht verheddern kann. Davon abgesehen wird man immerhin konstatieren können, dass die neue Rechtslage entgegen mancher Befürchtungen die Möglichkeiten zur Strafverfolgung nicht verschlechtert. Auf einem anderen Blatt steht, ob der jetzige Rechtszustand den internationalen Vorgaben entspricht.

Im Folgenden sollen die neuen Straftatbestände überblicksartig vorgestellt und kritisch gewürdigt werden.⁸ Menschenrechtliche Belange des Opferschutzes bleiben hierbei außer Betracht.

II. § 232 StGB: Menschenhandel

1. Die Rekrutierung der Opfer

An die Stelle von § 233a StGB a.F. – „Förderung des Menschenhandels“ – tritt § 232 StGB. Die Vorschrift erfasst nun

* Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Rechtsphilosophie/Rechtstheorie an der Martin-Luther-Universität in Halle-Wittenberg.

¹ BGBl I 2016, 1107.

² ABl. 2011 L 101, 1 ff.; näher dazu *Satzger/Zimmermann/Langheld*, The Directive on Preventing and Combatting Trafficking in Human Beings and the Principles Governing European Criminal Policy – A Critical Evaluation, EuCLR 2013, 107 ff.; *Lindner*, Die Effektivität transnationaler Maßnahmen gegen Menschenhandel in Europa, 2014, S. 144 ff.

³ S. BT-Drs. 17/13796, S. 4; 18/4613, S. 10.

⁴ S. auch *Reintzsch*, Strafbarkeit des Menschenhandels zum Zweck der sexuellen Ausbeutung, 2013, S. 34 ff.

⁵ *Renzikowski*, Strafvorschriften gegen Menschenhandel und Zwangsprostitution de lege lata und de lege ferenda, 2014, S. 16 f., sowie S. 17 ff. zu weiteren Ungereimtheiten des früheren Rechts.

⁶ Vgl. BT-Drs. 17/13796; 18/4613; zur Kritik s. *Renzikowski/Kudlich*, ZRP 2015, 45 ff.

⁷ BT-Drs. 18/9095, S. 18 ff.

⁸ Eine umfassende Darstellung der neuen Rechtslage findet sich in *meiner* Kommentierung im MüKo-StGB, Bd. 4, 3. Aufl. (2017).

gemäß dem internationalen Sprachgebrauch den Menschenhandel im eigentlichen Sinn, nämlich die Rekrutierung der Opfer im Vorfeld der eigentlichen Ausbeutung und ihren Transfer zum „Einsatzort“.⁹ Die einzelnen Tathandlungen des Abs. 1 – „Anwerben“ usw. – entsprechen dem bisherigen Recht. Die Gesetzesbegründung stellt klar, dass „Aufnehmen“ entsprechend der internationalen Vorgaben als „In Empfang nehmen“ zu verstehen ist¹⁰ und dass es nicht auf eine wie auch immer geartete Dauer der Unterbringung ankommt.¹¹ Plastisch gesprochen: Der Menschenhändler gibt das Opfer weiter, der Käufer nimmt es auf.¹²

Abweichend vom früheren Recht setzt § 232 Abs. 1 S. 1 StGB bei über 21jährigen Opfern nunmehr voraus, dass sie sich schon zum Zeitpunkt der Tathandlung in einer Zwangslage oder in auslandsspezifischer Hilflosigkeit befinden.¹³ Demgegenüber bestrafte § 233a StGB a.F. bestimmte Verhaltensweisen, mit denen eine andere Person in eine Situation eingeschränkter oder aufgehobener Entscheidungsfreiheit gebracht wurde. Die Gesetzesbegründung enthält keine Argumente für diese Änderung, die durch die internationalen und europarechtlichen Vorgaben nicht veranlasst war.

Die praktische Relevanz dieser Tatbestandseinschränkung wird jedoch in mehrfacher Hinsicht relativiert. So hat der *BGH* eine Zwangslage auch dann bejaht, wenn im Heimatland des Betroffenen bedrückende Armut und schlechte soziale Verhältnisse herrschen und sich keine andere Möglichkeit der Sicherung des Lebensunterhalts bietet.¹⁴ Ferner verzichtet § 232 Abs. 1 S. 2 StGB für die wichtige Gruppe der unter 21jährigen Opfer auf diese Voraussetzung, sondern vermutet unwiderleglich die Einschränkung der Entscheidungsfreiheit.¹⁵

Schließlich enthält § 232 Abs. 2 StGB eigenständige Fälle des schweren Menschenhandels mit einer Strafobergrenze von 10 Jahren, die eine Zwangslage oder auslandsspezifische Hilflosigkeit der Opfer nicht voraussetzen.¹⁶ Die Strafschärfung knüpft an den Einsatz bestimmter Tatmittel an. Nr. 1 betrifft Nötigungsmittel sowie List, womit der Gesetzgeber damit vor allem die sog. „Loverboy-Fälle“ schärfer bestrafen wollte.¹⁷ Gerade bei der Anwerbung dürfte dieses Tatmittel häufig eingesetzt werden, weil die Täter den Opfern häufig gute Arbeitsbedingungen oder eine andere Tätigkeit versprechen als tatsächlich vorgesehen.¹⁸ Für die klassischen „Loverboy-Fälle“ passt diese Alternative jedoch nur selten, da die Vortäuschung einer Liebesbeziehung kaum mit einem tatbestandsmäßigen

Anwerben verbunden ist.¹⁹ Eher in Betracht kommen die Tathandlung „Befördern“ (z.B. bei einer vorgetäuschten Urlaubsreise) oder „Beherbergen“ (z.B. Einzug in die vermeintlich gemeinsame Wohnung). Keine tatbestandsmäßige List liegt vor, wenn das Opfer den Zweck der Ausbeutung kennt und auch nicht über die auslandsspezifische Hilflosigkeit getäuscht wird.²⁰ Die Qualifikation schützt davor, dass jemand gegen seinen Willen in eine Lage gerät, in der er sich der Ausbeutung nicht mehr entziehen kann, ist aber kein Sonderfall eines Betrugs. Nr. 2 übernimmt das Sichbemächtigen aus § 232 Abs. 4 Nr. 2 StGB a.F. und erweitert den Tatbestand um die Entführung sowie die Beihilfe zur Bemächtigungshandlung einer dritten Person. Aus der Gleichstellung mit dem Sich-Bemächtigen folgt, dass die Qualifikation erst erfüllt ist, wenn der Dritte tatsächlich die Herrschaft über das Opfer erlangt hat.²¹

Ob der neue Tatbestand des Menschenhandels den Vorgaben der RL 2011/36/EU genügt, ist zweifelhaft. Das Erfordernis einer Zwangslage oder auslandsspezifischen Hilflosigkeit reißt nämlich eine neue Schutzlücke auf. Art. 2 Abs. 1 RL enthält keine entsprechende Beschreibung der Schutzbedürftigkeit der Opfer. Der schwere Menschenhandel mit Nötigung, List und Entführung nach Abs. 2 deckt nur einen Teil der Fälle ab.²² Der Missbrauch von Macht oder die Ausnutzung einer besonderen Schutzbedürftigkeit ist nicht mit Nötigung oder mit dem Ausnutzen einer Zwangslage identisch. Vielmehr kommt die besondere Schutzbedürftigkeit i.S.v. Art. 2 Abs. 2 RL auch bei Schwangerschaft, angegriffener Gesundheit oder körperlicher und geistiger Behinderung in Betracht (vgl. Erwägungsgrund 12) – alles keine Umstände, die eine Zwangslage begründen müssen.²³

2. Die geplante Ausbeutung

Wie § 233a StGB a.F. setzt § 232 StGB nicht voraus, dass das Opfer ausgebeutet oder dies zumindest gem. § 22 StGB versucht wird. Daher ist die Formulierung in der Gesetzesbegründung unsinnig, „der – spätere – Ausbeutungszweck“ sei Teil des objektiven Tatbestands.²⁴ Eher dürfte gemeint sein, dass die Rekrutierung der Opfer auf ihre spätere Instrumentalisierung zu Ausbeutungszwecken abzielt und daher sicheres Wissen erforderlich ist.²⁵

a) Der Begriff der Ausbeutung

Schwierigkeiten bereitet der Begriff der Ausbeutung, der in § 232 Abs. S. 2 StGB erstmals legal definiert wird.

⁹ Vgl. BT-Drs. 18/9095, S. 18 f., 23 ff.

¹⁰ BT-Drs. 18/9095, S. 25.

¹¹ Entgegen *Fischer*, StGB, 64. Aufl. (2017), § 232 Rn. 25; ebenso *Kudlich*: in: LK-StGB, 12. Aufl. (2015), § 233a Rn. 14; *Wolters*, in: SK-StGB, 8. Aufl., 127. Lieferung (Stand: 2011), § 233a Rn. 11.

¹² Vgl. *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, § 232 Rn. 47 und 49.

¹³ Abw. lässt *Fischer* (Fn. 11), § 232a Rn. 8 ausreichen, dass das Opfer durch die Tathandlung in eine Zwangslage gebracht wird. Dagegen steht jedoch der eindeutige Gesetzeswortlaut.

¹⁴ *BGH*, NSStZ 2014, 576; s. auch BT-Drs. 18/9095, S. 25 f.; krit. *Fischer* (Fn. 11), § 232 Rn. 5.

¹⁵ Krit. gegenüber dieser pauschalen Schutzaltersgrenze *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, § 232 Rn. 2.

¹⁶ Unzut. *Fischer* (Fn. 11), § 232 Rn. 27: Qualifikation.

¹⁷ BT-Drs. 18/9095, S. 30.

¹⁸ Vgl. *BGHSt* 42, 182; *BGH*, NSStZ 1994, 97; 1995, 588, jew. zu § 181 Abs. 1 Nr. 2 StGB a.F.

¹⁹ Anwerben setzt voraus, dass sich das Opfer gegenüber einem – auch fiktiven – Dritten zu einer bestimmten Tätigkeit verpflichtet, s. *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, § 232 Rn. 45.

²⁰ Vgl. *BGH*, NSStZ 2014, 453 (456).

²¹ *Fischer* (Fn. 11), § 232 Rn. 30.

²² Vgl. BT-Drs. 18/9095, S. 29.

²³ S. auch *Zimmermann* in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 3. Aufl. (2017), Vor §§ 232 ff. Rn. 4.

²⁴ BT-Drs. 18/9095, S. 27.

²⁵ *Zimmermann* in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 23), Vor §§ 232 ff. Rn. 6; anders wohl *Fischer* (Fn. 11), § 232 Rn. 26.

Demnach liegt Ausbeutung durch eine Beschäftigung vor, wenn sie „aus rücksichtslosem Gewinnstreben zu Arbeitsbedingungen erfolgt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu den Arbeitsbedingungen solcher Arbeitnehmer stehen, welche der gleichen oder einer vergleichbaren Beschäftigung nachgehen“. Kurz: Kennzeichnend für Ausbeutung ist rücksichtsloses Gewinnstreben. Um Wertungswidersprüche und eine inkonsistente Begrifflichkeit zu vermeiden, muss dieser Ausbeutungsbegriff auch für die anderen Varianten von Abs. 1 Nr. 1 gelten. Dafür spricht auch der Gesetzeswortlaut, der den Ausbeutungszweck ausdrücklich voranstellt.

Wie die Legaldefinition zeigt, hält der Gesetzgeber an einem ökonomischen Verständnis der Ausbeutung fest.²⁶ Demnach wird eine Person ausgebeutet, wenn ein anderer an ihren Leistungen verdient. Unmissverständlich heißt es zur Ausbeutung der Sexualität: Die Beförderung eines Kindes zu einer Person, die es anschließend missbraucht, sei im Unterschied zu seiner „Vermietung“ für sexuelle Handlungen kein Menschenhandel.²⁷ Dieses Konzept entspricht den internationalen Standards nicht. So sieht etwa die RL 2011/36/EU Menschenhandel als einen „schwerwiegenden Verstoß gegen die Grundrechte“ an (Erwägungsgrund 1). Kennzeichnend für eine derartige Menschenrechtsverletzung ist die Benutzung einer anderen Person nicht als Zweck an sich selbst, sondern als bloßes Mittel für eigene Zwecke – eben wie eine Sache.²⁸ Das Vorliegen einer Menschenrechtsverletzung hängt aber nicht davon ab, wer dabei wie viel Geld verdient.

Hinzu kommt eine weitere Schwierigkeit. Das Konzept der ökonomischen Ausbeutung versagt bei Leistungen, die prinzipiell bei Strafe verboten sind wie etwa bei der sexuellen Ausbeutung von Minderjährigen oder bei der Begehung von strafbaren Handlungen nach § 232 Abs. 1 Nr. 1 lit. d StGB. Von einer ökonomischen Ausbeutung kann man nämlich nur sprechen, wenn es einen „fairen“ Preis für die entsprechende Leistung gibt. Ausbeutung bedeutet dann, dass die Leistung nicht angemessen honoriert wird, wobei es hier auf einen bestimmten Abstand zum marktüblichen Preis nicht ankommt. Für eine verbotene Leistung ist ein „fairer“ Preis jedoch von vornherein rechtlich ausgeschlossen. Es gibt schlicht keinen „fairen“ Preis für sexuelle Handlungen an Kindern oder Jugendlichen oder für die Begehung von Straftaten.²⁹

Schließlich suggeriert die Formulierung in § 232 Abs. 1 S. 2 StGB eine besondere Ausbeutungsabsicht. Ausbeutung setzt demnach „rücksichtsloses Gewinnstreben“ voraus. Diese Ausdrucksweise impliziert die Möglichkeit eines

„rücksichtsvollen“ Ausbeuters, aber das wäre ein Selbstwiderspruch, denn Ausbeutung ist per definitionem mit fehlender Rücksicht auf die Belange der ausgebeuteten Person verbunden. Der Gesetzesbegründung zufolge soll auf diese Weise eine Tatbestandseinschränkung für die Fälle erreicht werden, in denen jemand „aus einer persönlichen Not- oder Zwangslage heraus eine Person zu ausbeuterischen Bedingungen beschäftigt“³⁰ – eine nachgerade absurde Vorstellung. Der Denkfehler liegt darin, dass es nicht darum geht, ob jemand eine dringend erforderliche Leistung in Anspruch nimmt, die er selbst in dieser Form nicht erbringen kann.³¹ In diesen Fällen gibt es nur einen einzigen Grund, der einer angemessenen Bezahlung im Wege steht: eigener Geldmangel. Diese Lage kommt aber weder als Rechtfertigungs-, noch als Entschuldigungsgrund in Betracht, weil sich die Rechtsordnung sonst selbst aufgeben würde.³² Die ausgebeutete Person hat jedoch mit der finanziellen Notlage des Täters nichts zu tun. Die Strafllosigkeit einer Vermittlung etwa in ausbeuterische Pflegebedingungen wäre vollends mit den internationalen Vorgaben unvereinbar. Eine besondere Ausbeutungsabsicht ist daher nicht erforderlich, sondern es genügt, dass der Täter die Verhältnisse kennt, die die Ausbeutung begründen.

b) Die einzelnen Ausbeutungsformen

Nr. 1 lit. a betrifft die schon vom bisherigen Recht erfasste Ausbeutung der Sexualität, namentlich durch Prostitution und durch sonstige sexuelle Handlungen. Anders als nach dem früheren Recht³³ setzt der Wortlaut nun auch für die Prostitution eine ökonomische Ausbeutung voraus. Geht man für die Arbeitsausbeutung von einer Unterschreitung des üblichen Lohns um 50 % aus,³⁴ ist diese Schwelle auch hier anzusetzen. Die 50-%-Grenze findet sich auch in der Rechtspraxis als Faustformel bei der ausbeuterischen Zuhälterei nach § 181a Abs. 1 Nr. 1 StGB.³⁵

Nr. 1 lit. b erfasst die Beschäftigung zu ungünstigen Arbeitsbedingungen.³⁶ Ein wichtiger Indikator war schon in der Vergangenheit der Arbeitslohn. Während sich hier in der Praxis seit der Grundsatzentscheidung des BGH zum Lohnwucher³⁷ die 2/3-Grenze etabliert hatte,³⁸ geht die Gesetzesbegründung nunmehr davon aus, dass eine strafbare Arbeitsausbeutung erst dann vorliegen soll, wenn das Opfer nicht mehr als die Hälfte des üblichen Lohns bzw. des Mindestlohns erhält.³⁹ Bei dem seit dem 1. 1. 2017 geltenden Mindestlohn von 8,84 € fängt die strafbare Ausbeutung also erst bei einem Stundenlohn von 4,42 € an! Diese von der bisherigen Praxis abweichende Bewertung wird nicht weiter begründet. Da die 50-%-Grenze im Gesetzeswortlaut keinen Niederschlag gefunden hat, darf man gespannt sein,

²⁶ BT-Drs. 18/9095, S. 26; ebenso schon zum früheren Recht BT-Drs. 15/4048, S. 12; Kudlich, in: LK-StGB, § 232 Rn. 21 m.w.N.

²⁷ BT-Drs. 18/9095, S. 26 f.

²⁸ S. dazu Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (1785), in: Kants Gesammelte Schriften, hrsg. von der Königlich-Preußischen Akademie der Wissenschaften, I. Abteilung, Band 4, 1911, S. 385 (429).

²⁹ S. Renzikowski (Fn. 5), S. 14, 18 f.

³⁰ BT-Drs. 18/9095, S. 28.

³¹ Ein Beispiel wäre etwa die Pflege von gebrechlichen Familienangehörigen, die mit hohen Belastungen einhergehen kann, die das pflegende Familienmitglied überfordern.

³² Ein Strafausschlussgrund für Beschaffungskriminalität wäre mehr als originell.

³³ Vgl. dazu Steen, Einschränkungen der neuen Strafnormen gegen den Menschenhandel (§§ 232 ff. StGB), StV 2007, 665 (666) einerseits und Reintzsch (Fn. 4), S. 80 ff. andererseits.

³⁴ So BT-Drs. 18/9095, 28.

³⁵ Vgl. Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 181a Rn. 29 m.w.N.

³⁶ S. dazu Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 232 Rn. 61 ff.

³⁷ BGHSt 43, 53 (59 f.).

³⁸ Vgl. Eisele in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 233 Rn. 8.

³⁹ BT-Drs. 18/9095, S. 28.

ob die Rechtspraxis ihr folgen wird. Die bisher h.L. hatte zusätzlich zu dem Lohnunterschied aufgrund des im Verhältnis zum Lohnwucher (§ 291 Abs. 1 Nr. 3 StGB) weit höheren Strafrahmens und des systematischen Zusammenhangs mit den anderen Ausbeutungsalternativen für § 233 StGB a.F. gefordert, die unangemessene Beschäftigung auf zwangsarbeitsähnliche Ausbeutungsverhältnisse zu beschränken, in denen das Opfer weitgehend der Disposition durch den Arbeitgeber unterworfen ist, so dass es die Beschäftigung nicht ohne weiteres aufgeben kann.⁴⁰ Diese Fälle können nunmehr ungeachtet der Auslegung der Nr. 1b unter die „sklavereiähnlichen Verhältnisse“ (Nr. 2) subsumiert werden.

Neu ist die Ausnutzung der Bettelei (Nr. 1 lit. c). Bettelei ist das Sammeln von Almosen ohne Gegenleistung zum Lebensunterhalt. Der Gesetzeswortlaut lässt hier eine Umgehungsmöglichkeit für Fälle zu, in denen eine bloß symbolische Dienstleistung ohne klassischen Marktwert erbracht wird (z.B. Schuhputzen, Autofenster reinigen, Kleinkunstdarbietungen). Nach der Gesetzesbegründung soll eine strafbare Ausbeutung vorliegen, wenn das Opfer dazu gebracht wird, einen wesentlichen Teil seiner Einnahmen abzuliefern. Insoweit wird man ebenfalls von der 50 %-Grenze auszugehen haben.⁴¹

Die ebenfalls neue Begehung von mit Strafe bedrohten Handlungen (Nr. 1 lit. d) verlangt eine Handlung, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht (vgl. § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB). Die Strafbarkeit der ausgebeuteten Person wird nicht vorausgesetzt. Deshalb werden auch Handlungen von strafunmündigen Kindern unter 14 Jahren (§ 19 StGB) oder von schuldlos handelnden Personen erfasst. Jedoch muss die Handlung rechtswidrig sein, denn Beiträge zu einer gerechtfertigten Tat sind grundsätzlich straflos. Auf die Beteiligungsform kommt es nicht an. Die strafbaren Handlungen werden nicht näher konkretisiert. Die Gesetzesbegründung verweist auf „Taschendiebstahl, Ladendiebstahl, Drogenhandel und ähnliche Handlungen ... , die ... der Erzielung eines finanziellen Gewinns dienen“.⁴² Daraus lassen sich verschiedene Einschränkungen ableiten: Zunächst muss es sich um eine deliktische Leistung für den ausbeuterischen Hintermann handeln. Wer sich für eigene deliktische Leistungen bezahlen lässt, die zugleich für eine andere Person eine Straftat begründet, fällt nicht unter Nr. 1 lit. d.⁴³ Weiter können nur solche Straftaten einschlägig sein, aus deren Begehung die handelnde Person selbst einen unmittelbaren wirtschaftlichen Vorteil erlangt, denn nur dieser kann ihr auf ausbeuterische Weise entzogen werden.⁴⁴ Gleichwohl ist der Tatbestand viel zu weit gefasst, denn unter ihn lässt sich auch jugendtypische Delinquenz subsumieren, auf die das Eti-

kett „Menschenhandel“ nicht passt.⁴⁵ Für die aus Verhältnismäßigkeitsgründen und zur Vermeidung von Friktionen mit den §§ 25 ff. StGB notwendige Tatbestandseinschränkung bietet sich an, eine fortgesetzte Begehung von strafbaren Handlungen zu fordern. Dafür spricht immerhin auch ein systematische Argument: Arbeitsausbeutung beschränkt sich typischerweise nicht auf die Vornahme einer einzigen Handlung.⁴⁶ Unklar ist ferner, was Ausbeutung in diesem Zusammenhang bedeuten soll. Stellt man auch hier darauf ab, dass das Opfer einen wesentlichen Teil seiner Vorteile aus der Tat abliefern muss⁴⁷ – wobei sich die Hälfte anbietet –, dann fällt ein Deliktsbereich von vornherein weg: der Drogenhandel.⁴⁸ Wer etwa für einen Auftraggeber illegal Drogen einführt, erlangt selbst durch die Tat nichts, sondern erbringt für einen anderen eine deliktische Dienstleistung. Da es aus grundsätzlichen Erwägungen keinen Vergleichsmaßstab für einen gerechten Verbrecherlohn geben kann, muss das Konzept einer ökonomisch verstandenen Ausbeutung hier auf ganzer Linie scheitern.

Für die in Nr. 2 genannten Ausbeutungsverhältnisse Sklaverei, Leibeigenschaft und Schuldknechtschaft verzichtet der Gesetzeswortlaut auf eine ökonomisch zu verstehende Ausbeutung. Hier sollen die Personen nicht „ausgebeutet werden“, sondern in einem bestimmten Zwangsverhältnis „gehalten werden“. Dieses Verständnis entspricht der Pyramide der Arbeitsausbeutung, wonach für die Spitze Zwang und Gewalt und weniger ein unangemessenes Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung charakteristisch sind.⁴⁹ Neben die drei genannten Ausbeutungsverhältnisse treten nunmehr die „sklavereiähnlichen Verhältnisse“ i.S.v. Art. 1 Abs. 3 RL 2011/36/EU.⁵⁰ Solche Praktiken, die in einigen Staaten trotz formeller Verbote faktisch geduldet werden, sind seit langem völkerrechtlich der Sklaverei gleichgestellt.⁵¹ Kennzeichnend hierfür sind etwa das Vorenthalten von Arbeitslohn, das Einbehalten von wichtigen Papieren oder die Verrechnung des Lohnes mit – angeblichen – Schulden.⁵² Ein Beispiel aus der Praxis sind die menschenverachtenden Verhältnisse in sog. „Drückerkolonnen“.⁵³

Die letzte – neue – Ausbeutungsform betrifft die rechtswidrige Organentnahme (Nr. 3), für die der Gesetzeswortlaut ebenfalls keine vermögenswerten Vorteile verlangt.⁵⁴ Einschlägig sind insbesondere die Fälle, in denen Personen gegen ihren Willen als menschliche „Ersatzteillager“ missbraucht werden. Für die Beurteilung der Rechtswidrigkeit der Organentnahme kann angesichts des Weltrechtsprinzips (§ 6 Nr. 4 StGB) nicht unmittelbar auf die Kriterien der §§ 18, 19 TPG zurückgegriffen werden. Rechtswidrig i.S.v. § 232 Abs. 1 Nr. 3 StGB ist eine Or-

⁴⁰ Vgl. Zimmermann in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 23), § 233 Rn. 8 m.w.N.

⁴¹ BT-Drs. 18/9095, S. 28.

⁴² A.a.O., S. 28 f.

⁴³ Beispiel: Ein Schleuser lässt sich von Migranten für das Einschleusen von Ausländern (§ 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG) bezahlen.

⁴⁴ Vgl. Fischer (Fn. 11), § 232 Rn. 19.

⁴⁵ S. bereits Renzikowski/Kudlich, ZRP 2015, 46 f.

⁴⁶ Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 232 Rn. 72.

⁴⁷ So Fischer (Fn. 11), § 232 Rn. 19.

⁴⁸ Der in Erwägungsgrund 11 RL und in BT-Drs. 18/9095, S. 27 explizit erwähnt wird.

⁴⁹ Vgl. Renzikowski (Fn. 5), S. 8 f.

⁵⁰ Die Formulierung „entsprechen oder ähneln“ ist tautologisch.

⁵¹ S. auch EGMR, Urt. v. 26.7.2005 – 73316/01 (Siliadin gegen Frankreich), §§ 123 ff. = NJW 2007, 41 (45).

⁵² Vgl. Eydner, NStZ 2006, 10 (13 f.); Mattes, Der strafrechtliche Schutz vor der Ausbeutung der Arbeitskraft unter besonderer Berücksichtigung des § 233 StGB, 2011, S. 168 ff.

⁵³ S. auch Fischer (Fn. 11), § 232 Rn. 22.

⁵⁴ S. BT-Drs. 18/9095, S. 29.

gantnahme nur, wenn sie dem wahren Willen des Spenders widerspricht.⁵⁵ Das ist grundsätzlich der Fall, wenn sich die betroffene Person in einer Zwangslage befindet, womit insbesondere wirtschaftlicher Druck oder Nötigung gemeint sind, nicht aber die Notwendigkeit, einem nahen Angehörigen helfen zu müssen. Dagegen führt nicht jeder Aufklärungsmangel i.S.v. § 8 Abs. 2 TPG bereits zu einer rechtswidrigen Organentnahme i.S.d. Nr. 3. Organspenden von Minderjährigen sind nach § 8 Abs. 1 lit. a TPG grundsätzlich unzulässig, doch wird es auch hier auf den Einzelfall (z.B. Rettung eines Familienmitglieds) ankommen.

3. Strafschärfungen

Der Aufbau von § 232 StGB mit seinem Durcheinander von Grundtatbeständen und Qualifikationen erschließt sich nicht gleich:

Abs. 1 ist der Grundtatbestand des „einfachen“ Menschenhandels mit einem Strafraum von sechs Monaten bis zu fünf Jahren. Dazu enthält Abs. 3 S. 1 verschiedene Qualifikationen mit einem Strafraum von sechs Monaten bis zu zehn Jahren. Nr. 1 erfasst jetzt Taten gegen Minderjährige, während nach altem Recht die schärfere Strafe nur für Kinder galt. Nr. 2 ist eine Erfolgsqualifikation in Parallele zu § 177 Abs. 4 Nr. 2 lit. a und b StGB, jedoch mit einem niedrigeren Strafraum. Die Strafschärfung wird auf die Herbeiführung einer schweren Gesundheitsgefahr ausgedehnt⁵⁶ und lässt in Hinblick auf die konkreten Gefahren Leichtfertigkeit ausreichen. Damit werden die Vorgaben nach Art. 2 Abs. 6 i.V.m. Art. 4 Abs. 2 lit. a sowie Art. 4 Abs. 2 lit. c RL erfüllt.⁵⁷ Nach Nr. 3 werden schließlich gewerbsmäßiges Handeln sowie Taten im Rahmen der Organisierten Kriminalität mit höherer Strafe bedroht.

Denselben Strafraum wie Abs. 3 sieht Abs. 2 für den Einsatz von Nötigungsmittel oder List sowie für die Fälle vor, in denen sich der Täter des Opfers bemächtigt oder sich an einer derartigen Tat eines Dritten beteiligt. Abs. 3 S. 2 qualifiziert eine Tat nach Abs. 2 zum Verbrechen, wenn sie unter den in Abs. 3 S. 1 Nr. 1 bis 3 genannten straferschwerenden Umständen begangen wird.

Diese „Systematik“ setzt sich in den §§ 232a, 232b und 233a StGB über komplizierte Verweisungsketten fort. Im Unterschied zu §§ 232a Abs. 5, 232b Abs. 4 StGB sind minder schwere Fälle des Menschenhandels jedoch nicht vorgesehen.

III. § 232a StGB: Zwangsprostitution

§ 232a StGB entspricht § 232 StGB a.F. und gehört wie bereits diese Vorschrift der Sache nach in das Sexualstraf-

recht. Schutzgut ist nämlich die sexuelle Selbstbestimmung.⁵⁸ Strafvorschriften gegen die unfreiwillige Ausübung der Prostitution sind jedoch auch die §§ 180a, 181a StGB. Mit diesen Tatbeständen ergeben sich zahlreiche Überschneidungen, so dass sich in der Strafverfolgungspraxis kaum prognostizieren lässt, welche Vorschrift im Einzelfall angewendet wird.⁵⁹ Zu der dringend erforderlichen Systematisierung der Prostitutionsdelikte konnte sich der Gesetzgeber bislang nicht aufrufen. Die fehlende Abstimmung mit dem Sexualstrafrecht zeigt sich auch bei der Freiheitsstrafe nach Abs. 6.⁶⁰

1. Wichtige Änderungen

Tathandlung nach Abs. 1 ist nicht mehr das „Dazu-Bringen“, sondern das „Veranlassen“ zur Aufnahme oder Fortsetzung der Prostitution bzw. zu einem ausbeuterischen Sexualkontakt. Ob damit eine sachliche Änderung verbunden ist, ist fraglich. Veranlassen bedeutet in der deutschen Sprache, jemand „dazu bringen, etwas zu tun“ oder „durch Beauftragung eines Dritten dafür sorgen, dass etwas Bestimmtes geschieht oder getan wird“. Nach der Vorstellung der Gesetzesbegründung soll gerade durch diese Formulierung zum Ausdruck kommen, dass die Aufnahme oder Fortsetzung der Prostitution oder anderer ausbeutender sexueller Handlungen zumindest auch auf der Zwangslage beruhen muss.⁶¹ Allerdings hat dies auch für die frühere Tathandlung des „Dazu-Bringens“ niemand je in Abrede gestellt, zumal dieser Zusammenhang durch das „Ausnutzen“ vorausgesetzt wird.⁶² Bei Personen unter 21 Jahren wird indes keine Zwangslage ausgenutzt, so dass „Veranlassen“ eine eigenständige Bedeutung haben muss. Für eine engere Auslegung als bisher spricht die neue Tathandlung des „Ausbeutens“ in § 233 Abs. 1 StGB, die keine Initiative des Täters erfordert (s.u. V.1.). Demgegenüber wird man hier – entsprechend § 26 StGB – eine kommunikative Beeinflussung mit einer gewissen Hartnäckigkeit verlangen müssen.⁶³ Ein bloß unverbindlicher Vorschlag oder der Hinweis auf angebliche lukrative Verdienstmöglichkeiten sind für sich genommen auch dann noch kein strafwürdiges Unrecht – mit einer Mindeststrafe von sechs Monaten! –, wenn sich der Adressat dieser Ratschläge in einer Notlage befindet.

Die Strafschärfungsgründe wurden neu gegliedert und teilweise umgestaltet. Abs. 3 entspricht dem früheren § 232 Abs. 4 Nr. 1 StGB a.F., dessen Nr. 2 (Sich-Bemächtigen) nach § 232 Abs. 2 Nr. 2 StGB wandert, wo es der Sache nach auch hingehört, denn es geht um die Rekrutierung von Ausbeutungsoffern. In der Praxis ist insbesondere die Bedeutung des Tatmittels „List“ unklar. Die Gesetzesbegründung erwähnt als Beispiel die sog. „Lover-

⁵⁵ Fischer (Fn. 11), § 232 Rn. 23; Zimmermann in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 23), Vor §§ 232 ff. Rn. 12.

⁵⁶ Näher dazu Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 232 Rn. 97.

⁵⁷ S. BT-Drs. 18/9095, S. 31.

⁵⁸ Vgl. Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 232a Rn. 1 m.w.N.

⁵⁹ Näher dazu Klein, Ausweichstrategien bei der strafprozessualen Verarbeitung von Menschenhandel – eine qualitative Aktenanalyse, Masterarbeit, Bochum, 2012, S. 46 ff.

⁶⁰ Zu weiteren Friktionen s. Renzikowski, in: MüKo, § 232a Rn. 5.

⁶¹ BT-Drs. 18/9095, S. 32.

⁶² Betont etwa von BGH, NStZ 2011, 157; s. auch Fischer (Fn. 11), § 232a Rn. 12.

⁶³ Vgl. Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 232a Rn. 23; a.A. Fischer (Fn. 11), § 232a Rn. 10; so auch die frühere Rspr., s. BGH, NStZ 2011, 157 (zu § 233 StGB a.F.); BGH, NStZ-RR 2005, 234 (zu § 180b Abs. 2 Nr. 2 StGB a.F.); ebenso Reintzsch (Fn. 4), S. 109 ff.

boy-Masche“⁶⁴,⁶⁴ betont aber kurz zuvor, dass ein Motivirrtum nicht ausreichen soll.⁶⁵ Das ist ein Selbstwiderspruch. Nach dem Gesetzeswortlaut muss der Täter das Opfer schon selbst zur ausbeuterischen sexuellen Handlung „veranlassen“, und es genügt nicht, dass er es durch List in eine Situation bringt, in der es sich selbst zur Prostitution genötigt sieht.⁶⁶ Einschlägig ist diese Alternative also nur in den Fällen, in denen der Täter das Opfer über die Qualität der sexuellen Ausbeutung täuscht.⁶⁷

Abs. 4 i.V.m. § 232 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 bis 3 StGB enthält die Qualifikationen des § 232 Abs. 3 StGB a.F., wobei das Schutzalter in Nr. 1 auf 18 Jahre heraufgesetzt und die gesundheitsgefährliche Zwangsprostitution in Nr. 2 neu eingeführt wurden. Neu ist auch die weitere Strafschärfung bei einer Kombination beider Strafschärfungstatbestände nach Abs. 4. Auf zehn Jahre Freiheitsstrafe heraufgesetzt wurde die Obergrenze für die minder schweren Fälle des schweren Menschenhandels (Abs. 5).

Entfallen ist dagegen die frühere Auslandsstrafbarkeit, da sich § 6 Nr. 4 StGB nur noch auf den Menschenhandel nach § 232 StGB bezieht. Es ist bemerkenswert, dass nur noch die Vorbereitung der Ausbeutung universell verfolgt werden kann, die gravierendere eigentliche sexuelle Ausbeutung dagegen nicht mehr.

2. Die Freierstrafbarkeit

§ 232a Abs. 6 StGB regelt erstmals die Strafbarkeit der Nachfrage nach Zwangsprostituierten, wie sie auch von Art. 18 Abs. 4 RL angeregt wird. Die Vorschrift weicht jedoch von den internationalen Vorgaben ab: Einerseits beschränkt sich der Kreis der geschützten Personen nicht auf Opfer von Menschenhandel gemäß § 232 StGB, sondern schließt auch die Opfer von Zwangsprostitution nach § 232a Abs. 1 bis 6 StGB ein. Andererseits wird durchgehend vorausgesetzt, dass der Freier eine Zwangslage oder auslandsspezifische Hilflosigkeit der Prostituierten ausnutzt. Auf dieses Erfordernis verzichten die internationalen Vorgaben bei minderjährigen Menschenhandelsopfern. Weiterhin beschränkt sich Abs. 6 auf die Nachfrage nach Zwangsprostitution und blendet die sonstigen sexuellen Handlungen aus.⁶⁸

Allerdings hat der Gesetzgeber – auch hier – das Sexualstrafrecht ignoriert. So gilt etwa nach dem neuen § 177 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 4 StGB für nicht einverständliche Sexualkontakte eine erhöhte Mindeststrafe von sechs Monaten, so dass die niedrigere Mindeststrafe nach § 233 Abs. 6 StGB geringeres Unrecht und damit eine geringere Schutzbedürftigkeit von Zwangsprostituierten im Verhältnis zu sich freiwillig prostituierenden Personen impliziert – eine absurde Vorstellung.

Die Strafbarkeit wird nach Abs. 6 S. 2 ausgeschlossen, wenn der Freier die Zwangsprostitution anzeigt. Dadurch

sollen Freier dazu ermutigt werden, zur Aufklärung von Zwangsprostitution oder Menschenhandel zur sexuellen Ausbeutung beizutragen.⁶⁹ Diese deliktsspezifische Kronzeugenregelung hat indes keinen praktischen Anwendungsbereich. Entgeltliche Sexualkontakte mit Minderjährigen sind bereits nach § 182 Abs. 2 StGB strafbar, und darauf erstreckt sich die Strafbefreiung gerade nicht. Im Übrigen bleibt es immer bei der Strafbarkeit nach § 177 Abs. 1 oder 2 Nr. 4 StGB, denn eine vom Täter erkannte Zwangsprostitution setzt bereits begrifflich den erkennbar fehlenden Willen bzw. die Furcht des Opfers vor einem empfindlichen Übel voraus. Der Aufwand für eine Sonderbestimmung gegenüber § 46b StGB hat sich also nicht gelohnt. Bemerkenswerterweise ist für die Ausbeutung der Arbeitskraft nach § 233 StGB keine entsprechende Strafbefreiung vorgesehen. Auch das ist ungereimt.

IV. § 232b StGB: Zwangsarbeit

§ 232b StGB schreibt § 233 StGB a.F. fort und entspricht in seiner Struktur § 232a Abs. 1 bis 5 StGB. Die Grundfälle der Zwangsarbeit finden sich in Abs. 1, in dem ebenfalls das „Veranlassen“ an die Stelle der früheren Tathandlung des „Dazu-Bringens“ getreten ist. Außerdem werden nunmehr auch „sklavereiähnliche Verhältnisse“ sowie die Bettelei als Gegenstand der Arbeitsausbeutung erfasst. Im Unterschied zu § 233 StGB wird die Ausnutzung strafbarer Handlungen nicht erwähnt, obwohl ihre besondere Strafwürdigkeit nur angenommen werden kann, wenn die handelnde Person in ihrer Entscheidungsfreiheit eingeschränkt ist.

Abs. 3 enthält eigenständige Fälle der schweren Zwangsarbeit, da eine Zwangslage oder auslandsspezifische Hilflosigkeit der Opfer nicht vorausgesetzt wird.⁷⁰ Abs. 4 mit der Verweiskette § 232 Abs. 4 und § 232 Abs. 3 S. 1 StGB beschreibt ebenfalls Fälle der schweren Zwangsarbeit. Hier handelt es sich jedoch um Qualifikationen zu Abs. 1. Treffen die in Abs. 3 genannten straferschwerenden Umstände mit den in § 232 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 bis 3 StGB genannten Umständen zusammen, so wird die Tat nach Abs. 4 i.V.m. § 232a Abs. 4 StGB zur besonders schweren Zwangsarbeit. Aus der Verweisung in Abs. 4 auf § 232a Abs. 5 StGB ergeben sich minderschwere Fälle für die „einfache“ Zwangsarbeit, für die schwere Zwangsarbeit und für die besonders schwere Zwangsarbeit. Unübersichtlicher kann man Rechtsfolgenanordnungen kaum regeln.

Die früher vorgesehene Auslandsstrafbarkeit ist entfallen, da sich § 6 Nr. 4 StGB nur noch auf den Menschenhandel nach § 232 StGB bezieht.

V. § 233 StGB: Ausbeutung der Arbeitskraft

§ 233 StGB ist eine Neuschöpfung. Die Gesetzesüberschrift führt etwas in die Irre, denn neben der eigentlichen

⁶⁴ BT-Drs. 18/9095, S. 35.

⁶⁵ A.a.O., S. 34.

⁶⁶ Vgl. auch BGHSt 27, 27 (29) zu § 181 Abs. 1 Nr. 1 StGB a.F.

⁶⁷ S. auch Kudlich, in: LK-StGB, § 232 Rn. 53.

⁶⁸ Fischer (Fn. 11), § 232a Rn. 35.

⁶⁹ BT-Drs. 18/9095, S. 36.

⁷⁰ Vgl. Zimmermann, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 23), Vor §§ 232 ff. Rn. 25; s. auch BGH, NStZ 2014, 453 (455) zu § 232 Abs. 4 StGB a.F.; unzut. Fischer (Fn. 11), § 233 Rn. 4.

Ausbeutung der Arbeitskraft (Abs. 1 Nr. 1) wird auch die Ausbeutung der Bettelei (Abs. 1 Nr. 2) sowie der Begehung von Straftaten erfasst (Abs. 1 Nr. 3).⁷¹ Abs. 5 beschreibt bestimmte Förderungshandlungen, die zum Teil im Vorfeld der Ausbeutung liegen und keinen Ausbeutungserfolg voraussetzen.

1. Der Grundtatbestand der Arbeitsausbeutung

Den Grundfall der Ausbeutung der Arbeitskraft regelt Abs. 1 Nr. 1, der sich auf Opfer bezieht, die sich in einer Zwangslage oder in einer auslandsspezifischen Hilflosigkeit befinden. Alternativ wird bei Personen unter 21 Jahren eine von äußeren Umständen unabhängige Einschränkung der Entscheidungsfreiheit unwiderleglich vermutet. Die Vollendung setzt voraus, dass der Täter eine Arbeitsleistung des Opfers erlangt hat, weil sonst keine Ausbeutung vorliegt.

Die Weiterung des neuen § 233 Abs. 1 StGB liegt darin, dass nicht mehr, wie nach § 233 StGB a.F. eine wie auch immer geartete Initiative des Täters erforderlich ist, mit der das Opfer zu der ausbeuterischen Betätigung gebracht wird. Diese Fälle regelt § 232b StGB. Vielmehr erfasst § 233 Abs. 1 StGB nach der Vorstellung des Gesetzgebers – ähnlich wie § 232a Abs. 6 StGB – die Nachfrage nach Opfern von Menschenhandel.⁷² Jemand beutet schon dann die Arbeitskraft einer anderen Person aus, wenn er ihr Angebot annimmt, sie zu unangemessenen Arbeitsbedingungen i.S.v. § 232 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 lit. b i.V.m. S. 2 StGB zu beschäftigen. Ebenfalls fällt unter den Tatbestand, wer die Arbeitsleistungen von Personen in Anspruch nimmt, die von Dritten beschäftigt werden (z.B. Leiharbeit). Entscheidend ist lediglich, dass der Täter aus der Betätigung des Opfers einen wirtschaftlichen Vorteil erzielt, also 50 % der üblichen Lohnkosten spart oder dem Opfer die Hälfte der Einnahmen aus seiner Bettelei abnimmt bzw. sich die Hälfte der Beute aus einer strafbaren Handlung abliefern lässt.

Die Vorschrift ist jedoch unausgegoren. So hat der Gesetzgeber das Verhältnis zum sog. „Lohnwucher“ nicht reflektiert.⁷³ § 291 Abs. 1 Nr. 3 StGB bestraft ebenfalls das Ausnutzen einer Zwangslage ohne Rücksicht darauf, von wem die Initiative zur ausbeuterischen Beschäftigung ausging. Das Nebeneinander von zwei Straftatbeständen, die weitgehend gleiche Verhalten bestrafen und dieselben Rechtspositionen schützen, wird in der Praxis zu zufälligen Ergebnissen führen. Fragwürdig ist die Vorschrift im Hinblick auf die Ausbeutung der Bettelei. Bettelei ist ihrem Wesen nach eine selbständige Tätigkeit. Strafwürdig ist die Ausbeutung, wenn jemand nicht nur zur Bettelei, sondern auch zur Ablieferung seiner Einnahmen gezwungen wird. Derartige Taten fallen bereits unter § 232b Abs. 1 Nr. 3 StGB. Nach dem Wortlaut von § 233 Abs. 1

StGB würden sich aber auch die Familienmitglieder strafbar machen, die von der Bettelei des Vaters oder der Mutter profitieren. Eine Strafwürdigkeit ist hier nicht ansatzweise zu erkennen. Anhaltspunkte für die gebotene Tatbestandsreduktion liefert die Gesetzesbegründung nicht.⁷⁴ Zu Friktionen mit den §§ 25 ff. StGB führt schließlich die Regelung der bloßen Ausbeutung von strafbaren Handlungen. Die Strafwürdigkeit erzwungener Straftaten ist offensichtlich, doch in § 232b StGB fehlt gerade diese Alternative. Soweit es um den Profit aus der Begehung von Straftaten geht, sind Hehlerei und Geldwäsche die einschlägigen Tatbestände. Eine Regelungsnotwendigkeit für § 233 Abs. 1 Nr. 3 StGB ist daher nicht erkennbar.⁷⁵

2. Qualifizierte Arbeitsausbeutung

§ 233 Abs. 2 StGB enthält verschiedene Qualifikationen der Ausbeutung der Arbeitskraft mit einem von sechs Monaten auf zehn Jahre Freiheitsstrafe erhöhten Strafrahmen. Die Qualifikationen entsprechen weitgehend den Voraussetzungen nach § 232 Abs. 3 StGB, die nach § 232b Abs. 4 StGB auch für die Zwangsarbeit gelten, wobei jedoch in Nr. 4 die Gewerbsmäßigkeit fehlt.⁷⁶

Darüber hinaus ist die Strafe nach Nr. 3 erhöht, wenn der Täter das Opfer durch das wenigstens teilweise Vorenthalten des üblichen Arbeitslohns in wirtschaftliche Not bringt oder diese erheblich vergrößert. Da das Gewicht dieser Alternative mit dem Unwert einer schweren körperlichen Misshandlung oder gar einer konkreten Lebensgefahr (Nr. 2) nicht vergleichbar ist, ist der Strafrahmensprung viel zu hoch. Außerdem bestehen trotz der Parallele zum Regelbeispiel nach § 291 Abs. 2 Nr. 1 StGB⁷⁷ erhebliche Bedenken, ob diese Alternative den Anforderungen verfassungsrechtlicher Bestimmtheit genügt.

Zunächst einmal ist Nr. 3 nicht anwendbar auf die Ausbeutung von Betteltätigkeiten oder strafbaren Handlungen, denn hierfür gibt es keinen üblichen Lohn. Unklar ist aber auch, inwieweit die Vorenthaltung des Arbeitslohns über den nach der Vorstellung des Gesetzgebers für unangemessene Arbeitsbedingungen relevanten Lohnabstand von 50 % hinausgehen soll. Da weder das Gesetz, noch die systematische Zusammenschau mit anderen Strafvorschriften, noch die Gesetzesbegründung irgendeinen Anhaltspunkt geben, kann man nur – völlig willkürlich – irgendeinen Prozentsatz unter dem geschuldeten Lohn festlegen. Unklar ist schließlich der vorausgesetzte Erfolg. Wirtschaftliche Not ist eine Situation, in der jemand seinen Lebensunterhalt nicht mehr aus eigener Kraft bestreiten kann.⁷⁸ Diese Voraussetzung kommt vor allem für Opfer unter 21 Jahren in Betracht, weil Abs. 1 hier keine Zwangslage voraussetzt. Ansonsten kann ein Opfer durch die Tat in wirtschaftliche Not geraten, wenn es sich bislang nur in einer persönlichen Zwangslage befunden hat. Solche Fälle dürften eher selten sein. Für § 291 Abs. 2

⁷¹ Zimmermann, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 23), Vor §§ 232 ff. Rn. 26.

⁷² BT-Drs. 18/9095, S. 20, 39; vgl. auch Art. 18 Abs. 4 RL.

⁷³ Krit. auch Fischer (Fn. 11), § 233 Rn. 10.

⁷⁴ BT-Drs. 18/9095, S. 20 beschwört lediglich die „praktische Relevanz“.

⁷⁵ Zimmermann, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 23), Vor §§ 232 Rn. 29; dagegen wird die „praktische Relevanz“ von BT-Drs. 18/9095, S. 20 ohne weitere Begründung postuliert.

⁷⁶ Der Unterschied zur Zwangsarbeit nach § 232b wird in BT-Drs. 18/9095, S. 41 nicht thematisiert.

⁷⁷ S. BT-Drs. 18/9095, S. 40.

⁷⁸ Vgl. Hejendehl, in: MüKo-StGB, 2. Aufl. (2014), § 263 Rn. 856.

Nr. 1 ist anerkannt, dass es nicht ausreicht, wenn die wirtschaftliche Notlage des Opfers schon vor der Tat bestand.⁷⁹ Daher soll diese Qualifikation nach der Vorstellung des Gesetzgebers auch die Verschärfung einer bereits bestehenden Notlage erfassen.⁸⁰ Wie aber soll eine bereits bestehende Unfähigkeit, seinen Lebensunterhalt zu bestreiten, durch das Vorenthalten des Arbeitsentgelts noch – „erheblich“ – gesteigert werden können? Ein klassischer Grund für Arbeitsausbeutung liegt zudem darin, dass Migranten (schlecht bezahlte) Arbeit im Ausland nachsuchen, weil sie ihre Angehörigen nicht ernähren können. Bleiben die erhofften Zahlungen aus oder fallen sie geringer aus, kann sich die Not der Angehörigen im Heimatland steigern. Darauf bezieht sich die Nr. 3 jedoch nicht, denn die Angehörigen sind keine „Opfer“ der Arbeitsausbeutung.

2. Vorschubleisten zur Arbeitsausbeutung

§ 233 Abs. 5 StGB enthält einen subsidiären eigenständigen Beihilfetatbestand mit drei Alternativen, die der Gesetzgeber als typische Förderung der Arbeitsausbeutung durch Dritte bewertet.⁸¹ Die Strafbarkeit wird, wie bereits bei § 233a StGB a.F., in das Vorfeld der eigentlichen Ausbeutung erstreckt, ohne dass es bereits zu einer – auch nur versuchten – Tat nach Abs. 1 Nr. 1 gekommen sein muss. Vorschub leistet, wer günstige Bedingungen für die Arbeitsausbeutung schafft.⁸² Abs. 5 enthält drei Tathandlungen.

Die Vermittlung einer ausbeuterischen Beschäftigung (Nr. 1) setzt – ähnlich wie bei § 181a Abs. 2 StGB – voraus, dass der Täter einen bisher noch nicht oder nicht mit dieser Zielrichtung bestehenden Kontakt zwischen dem Opfer und dem Ausbeuter nach § 233 Abs. 1 Nr. 1 StGB herstellt, der sich auf eine ausbeuterische Beschäftigung bezieht.⁸³ Gleichgültig ist, auf wessen Initiative die Vermittlung zustande kommt. Anzeigen im Internet oder die Organisation einer Jobbörse reichen nicht aus. Die Vermittlung ist vollendet, wenn das Opfer und der Dritte den Kontakt aufgenommen haben und sich ihre Beziehung auf die Aufnahme einer ausbeuterischen Beschäftigung konkretisiert hat.⁸⁴

Nr. 2 betrifft die Vermietung (s. §§ 535 ff. BGB) von Geschäftsräumen, d.h. abgeschlossene Räumlichkeiten, die überwiegend für einen gewissen Zeitraum zu auf Erwerb gerichteten Geschäften genutzt werden. Da es um Arbeitsausbeutung geht, ist der Begriff des Geschäftsraums insofern enger als bei § 123 StGB. Einschlägig ist nicht nur die Vermietung an den Ausbeuter der Arbeitskraft, sondern auch an das ausgebeutete Opfer selbst, wenn es im Rahmen einer Scheinselbstständigkeit beschäftigt wird.⁸⁵

Problematisch ist die Vermietung von Wohnraum (Nr. 3).

Der Gesetzeswortlaut erfasst jede Vermietung an Personen, deren Arbeitskraft ausgebeutet wird, und geht damit viel zu weit, weil dieser Kreis damit von legalen Wohnmöglichkeiten ausgeschlossen wird. Die Gesetzesbegründung hält die gebotene Tatbestandsreduktion nur über die subjektive Tatseite für möglich. Abs. 5 verlangt jedoch keine Förderungsabsicht. Es ist aber nicht ersichtlich, wie ein Vermieter, der sicheres Wissen von der Arbeitsausbeutung hat, sie nicht (mindestens) billigend in Kauf nimmt.⁸⁶ Spekulationen über die böse Absicht des Vermieters haben in einem Tatstrafrecht keinen Platz und sind auch mit dem Bestimmtheitsgrundsatz unvereinbar. Im Übrigen ist die Wohnungsvermittlung nach Abs. 5 Nr. 3 immer schon ein strafbares Beherbergen i.S.v. § 232 Abs. 1 S. 1 StGB. Nach dem Schutzzweck der Norm ist in Parallele zu § 180a Abs. 2 Nr. 2 StGB⁸⁷ zusätzlich als Erfolgswert zu verlangen, dass sich die Situation der ausgebeuteten Person spürbar verschlechtert hat. Die Wohnungsüberlassung zu einer günstigen Miete oder gar nur gegen Erstattung der dadurch dem Eigentümer entstehenden Unkosten ist damit schon objektiv ebenso wenig tatbestandsmäßig wie eine Vermietung (z.B. durch Fachberatungsstellen), die darauf gerichtet ist, das Opfer der Arbeitsausbeutung zu entziehen.

VI. § 233a StGB: Ausbeutung unter Ausnutzung einer Freiheitsberaubung

Der neu eingeführte § 233a StGB soll die Ausbeutung unter den besonders gravierenden Umständen einer Freiheitsberaubung erfassen. In der Sache handelt es sich um eine qualifizierte Freiheitsberaubung.⁸⁸ Der neue Tatbestand ist jedoch ein (weiteres) Beispiel für mangelnde Reflexion bei der Gesetzgebung, handwerkliches Ungeschick und im Übrigen ganz überflüssig. Jede Freiheitsberaubung ist nämlich ein Fall der Nötigung mit Gewalt oder Drohung mit einem Übel gegen eine Person.⁸⁹ Jedoch fallen die gewaltsame Ausbeutung der Sexualität bereits unter § 232a Abs. 3 StGB sowie die gewaltsame Ausbeutung der Arbeitskraft unter § 232b Abs. 3 StGB. Diese beiden Vorschriften sehen eine Mindeststrafe von einem Jahr vor, während nach § 233a Abs. 1 StGB die Mindeststrafe sechs Monate beträgt. Damit erscheint § 233a StGB als eine Privilegierung bestimmter Nötigungsmittel, was aber auch deshalb völlig ungereimt ist, weil die Freiheitsberaubung nach § 239 StGB eine höhere Strafe vorsieht als § 240 StGB, d.h. schwereres Unrecht beschreibt. Der Gesetzgeber hat nur an das Verhältnis zu § 233 StGB⁹⁰ und damit zu kurz gedacht.

Einen eigenständigen Anwendungsbereich enthält § 233a StGB auf den ersten Blick für die Ausbeutung im Hinblick auf strafbare Handlungen. Dabei muss man einschlägige Fälle mit der Lupe suchen. Der insoweit klare Gesetzeswortlaut verlangt nämlich, dass das Opfer „in dieser

⁷⁹ S. Fischer (Rn. 11), § 291 Rn. 27.

⁸⁰ BT-Drs. 18/9095, S. 40.

⁸¹ A.a.O., S. 41.

⁸² A.a.O., S. 42; Zimmermann in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 23), Vor 232 ff. Rn. 32.

⁸³ BT-Drs. 18/9095, S. 41.

⁸⁴ A.a.O.

⁸⁵ BT-Drs. 18/9095, S. 41.

⁸⁶ So aber BT-Drs. 18/9095, S. 42.

⁸⁷ S. BGH, GA 1987, 261; Fischer (Fn. 11), § 180a Rn. 27.

⁸⁸ Anders Zimmermann in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 23), Vor §§ 232 ff. Rn. 37.

⁸⁹ S. Sinn, in: MüKo-StGB, § 240 Rn. 166 f.; vgl. auch BT-Drs. 18/9095, S. 43.

⁹⁰ S. BT-Drs. 18/9095, S. 43.

Lage“ ausgebeutet wird. Demnach muss die Freiheitsberaubung die Ausbeutung ermöglichen oder zumindest erleichtern.⁹¹ Es genügt daher nicht, dass das Opfer vom Täter für die einschlägigen Betätigungen freigelassen wird.⁹² Als Beispiele für die Ausbeutung strafbarer Handlungen mag man an Geldfälscherwerkstätten oder geheime Cannabisplantagen denken, in denen die Opfer festgehalten werden – ebenso lebensnahe Fälle wie Bettler, die im öffentlichen Raum angekettet sind oder von scharfen Hunden bewacht werden.⁹³ Damit ist § 233a StGB bloße Dekoration, ohne irgendetwas zur Problemlösung beizutragen.

VII. Schluss

Durch das Gestrüpp der §§ 232 ff. StGB wird sich die Strafverfolgungspraxis irgendeinen, mehr oder weniger krummen Weg bahnen. Der Richter wird's schon richten, wie die Berufsbezeichnung sagt. Statt derartiger Kalauer wäre es schön, wenn der Strafgesetzgeber in seiner Regelungswut die Weisheit des *Konfuzius* berücksichtigen würde: „Wenn die Sprache nicht stimmt, dann ist alles, was gesagt wird, nicht das, was gemeint ist (...) Trifft die Justiz nicht, so weiß das Volk nicht, wohin Hand und Fuß setzen. Also dulde man keine Willkür in den Worten.“

⁹¹ Fischer (Fn. 11), § 233a Rn. 3.

⁹² So aber Zimmermann in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 23), Vor §§ 232 ff. Rn. 37.

⁹³ BT-Drs. 18/9095, S. 43 enthält zu beiden Ausbeutungsformen jeweils nur einen inhaltsleeren Satz.

Die Transformation der Sicherheitsarchitektur – die Gefährdergesetze im Lichte des Vorsorge-Paradigmas

Von Wiss. Mit. Maren Wegner,
und Wiss. Mit. Dr. Daniela Hunold*

Abstract

Mit der Neustrukturierung des BKA-Gesetzes wurde eine Vorschrift eingefügt, die die elektronische Aufenthaltsüberwachung zum Gegenstand hat.¹ Das BKA erhält durch den neu eingefügten § 56 BKAG – der am 25. Mai 2018 in Kraft treten wird – die Befugnis, im Rahmen seiner Aufgabe zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus den Aufenthaltsort von Personen, von denen die Gefahr der Begehung einer terroristischen Straftat i.S.v. § 5 Abs. 1 S. 2 BKAG ausgeht, elektronisch zu überwachen.

Am 1.8.2017 ist in Bayern das Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen in Kraft getreten.² Neben der Einführung der in Art. 32a PAG normierten – präventivpolizeilichen – offenen elektronischen Aufenthaltsüberwachung wurde darüber hinaus in Art. 11 Abs. 3 S. 1 PAG die sogenannte drohende Gefahr als eine zusätzliche Gefahrbegriffskategorie, die der „besseren Erfassung vor allem von Vorbereitungshandlungen“³ dienen soll, eingefügt und die Grenze der zeitlichen Befristung für die Höchstdauer des Präventivgewahrsams aufgehoben, sodass eine Person de facto unbegrenzt vorbeugend in Haft genommen werden kann.

Die Bedrohung durch den islamistischen Terrorismus hat erneut sowohl eine mediale als auch politische Omnipräsens erlangt. Die aktuelle politische Debatte fokussiert seit geraumer Zeit den Umgang mit den sogenannten (islamistischen) Gefährdern – zu dessen Sinnbild Anis Amri als Inkarnation eines „menschlichen Risikos [...]“, das wegen der jederzeit aktualisierbaren Gefährlichkeit einer steuernden und möglichst frühzeitigen Kontrolle unterzogen werden muss“⁴, stilisiert worden ist.

Die politische Reaktion liegt in der Implementierung u.a. von Gesetzen, die Kompetenzen der Polizeibehörden im

gefahrenabwehrrechtlichen Bereich durch eine zeitliche Vorverlagerung von Eingriffsbefugnissen und Senkung von Eingriffsschwellen erweitern. Sie werden mit dem wirkmächtigen Begriff der (inneren) Sicherheit legitimiert, wonach der Staat durch die terroristische Bedrohung in der Wahrnehmung seiner Schutzpflichten gezwungen werde, „im Interesse einer effektiven Terrorabwehr Grundrechte zu beschränken, um so die ihm anvertrauten Bürger zu schützen.“⁵ Die damit zugleich verbundene teilweise massive Einschränkung der rechtsstaatlich garantierten Freiheitsrechte stellt die Kehrseite dar.

Dieser Beitrag fokussiert die Neuausrichtung der Gesetzgebung im Lichte der präventiven Wende in der Sicherheitspolitik sowie dem sicherheitsbehördlichen Umgang mit sogenannten (islamistischen) Gefährdern und stellt die gesetzgeberische Tendenz in den Zusammenhang mit gesellschaftlichen Einflussfaktoren.

I. Sicherheit und Freiheit – das Verhältnis der ergänzenden Komplementarität

Auf den ersten Blick wirkt das Verhältnis zwischen Sicherheit und Freiheit antagonistisch. Die beiden Rechtsgüter stehen sich insoweit komplementär gegenüber, als dass absolute Sicherheit mit dem Entzug von Freiheitsrechten einhergeht. Allerdings kann die Freiheit als Ausdruck eines natürlichen individuellen Rechts der selbstbestimmten, freien Entfaltung effektiv nur verwirklicht werden, wenn ein Mindestmaß an Sicherheit durch den Staat garantiert werden kann. Obwohl der Begriff der Sicherheit in der deutschen Verfassung nicht explizit erwähnt wird, setzt sie ihre Gewährleistung voraus, sodass das Staatsziel „Sicherheit“ jedem Staat unabweislich vorgegeben ist.⁶

Beide Verfassungswerte müssen somit als wechselseitige

* Ass. iur. Maren Wegner ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Fachgebiet für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminalpolitik, Dr. Daniela Hunold ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Fachgebiet für Kriminologie und interdisziplinäre Kriminalprävention an der Deutschen Hochschule der Polizei.

¹ Vgl. BGBl I 2017 Nr. 33, S. 1354, 1393.

² Vgl. GVBl 2017 Nr. 13, S. 388 ff.

³ Bayerisches Innenministerium, Entwurf eines Gesetzes zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen, online abrufbar unter: https://www.innenministerium.bayern.de/assets/stmi/ser/gesetzentwurf/gesetzentwurf_-_gesetz_zur_effektiveren_%C3%9Cberwachung_gef%C3%A4hrlicher_personen.pdf (zuletzt abgerufen am 17.11.2017)

⁴ Hetzer, ZRP 2005, 132 (134).

⁵ Schwarz, Sachverständige Stellungnahme, 2017, S. 2, online abrufbar unter: <http://www.bundestag.de/blob/498694/76f82280dcc2c6f16722b181cada3b34/18-4-806-g-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 19.11.2017).

⁶ Vgl. Bartmann, Terrorlisten, 2011, S. 269; Callies, ZRP 2002, 1 (1 f.)

Bedingung verstanden werden, welche als „Janus-Kopf“⁷ des Rechtsstaates bezeichnet werden kann. Das Rechtsstaatsprinzip begründet einerseits eine staatliche Handlungspflicht⁸ die Schutzcharakter aufweist, andererseits schafft es Handlungsgrenzen, die der Freiheitsverwirklichung dienen.⁹ Die Staatsaufgabe der Sicherheit korrespondiert in der Folge mit der rechtstaatlichen Schutzfunktion, kollidiert aber gleichzeitig mit der abwehrrechtlichen Dimension, die Grundrechte gegenüber staatlich initiierten Eingriffen aufweisen.¹⁰ Sicherheit ist zwar die notwendige Voraussetzung zugleich aber auch die Schranke der Freiheit; spiegelbildlich stellt die Freiheit die Schranke für einen ausufernden Sicherheitsgedanken dar.¹¹ Die wirkmächtigen Begriffe rechtfertigen somit als Legitimationsprinzipien die Existenz eines staatlichen Souveräns und letztlich eines – dem Staatsgebilde immanenten – Gewaltmonopols.¹²

Einerseits misst die Rechtsprechung der Sicherheit den gleichen Rang wie anderen hochwertigen Verfassungswerten bei,¹³ andererseits wird die durch das Grundgesetz konstituierte freie menschliche Persönlichkeit neben der Würde des Menschen als höchster Rechtswert angesehen.¹⁴ Da sich kein Rangverhältnis zwischen diesen Schutzgütern aus der Verfassung ableiten lässt, stellt das Herstellen der praktischen Konkordanz die eigentliche rechtsstaatliche Herausforderung respektive Gratwanderung dar. Aus der Rechtsprechung des *BVerfG* lässt sich diesbezüglich ableiten, dass die Gewährleistung von Sicherheit unter der „Achtung von Würde und Eigenwert des Einzelnen“¹⁵ zu erfolgen hat. Die Auflösung des Spannungsverhältnisses erfolgt sowohl im Rahmen der Gesetzgebung als auch innerhalb der Rechtsprechung dynamisch. Der technische Fortschritt führte beispielsweise zu einer Erweiterung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts in der Ausprägung des Rechts auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme.¹⁶ Gleichzeitig resultieren u.a. aus der zunehmenden Technisierung neuartige Gefahren, die die Verwirklichung der Freiheitsrechte beeinträchtigen (können), auf die die Legislative bei der Schaffung neuen Rechts ebenfalls reagieren muss. Das Verständnis sowohl von Sicherheit als auch Freiheit ist einem gesellschaftlichen Wandel unterworfen¹⁷ und unterliegt zudem parteipolitischen Ideologien.

II. Sicherheitspolitische Entwicklungen und gesellschaftliche Einflussfaktoren

Die Sicherheit ist seit vielen Legislaturperioden bestimmendes Wahlkampfthema.¹⁸ Die „Bewertungen der Gefahren und Risiken, die Einschätzungen der Ursachen und Wirkungen von Kriminalität sowie der Anforderungen an die staatliche Sicherheitsgewährung“¹⁹ bilden den Ausgangspunkt sicherheitspolitischer Entscheidungen, an der die Politik „Handlungs- und Durchsetzungsfähigkeit [...] beweisen und sich in den Augen [der] potenziellen Wählerschaft als glaubhafte Sicherheitsgaranten [...] profilieren“ kann.²⁰ Die (Sicherheits-)Politik fungiert darüber hinaus als Schnittstelle zur Gesellschaft, sodass die gesellschaftliche Wahrnehmung von Unsicherheit als mittelbarer Faktor Einfluss auf die Gesetzgebung ausübt. Bedrohungsszenarien im Kontext von Einwanderung und islamistischem Terrorismus waren nicht zuletzt durch die von der AFD eingebrachten rechtspopulistischen Diskurse bei der jüngsten Bundestagswahl im September 2017 besonders präsent. Inhaltlicher Kern sicherheitsbezogener Thematisierungen im Parteienwettbewerb stellt oftmals die Verhinderung von potentiellen Gefahren dar, was z.B. jüngst anhand des Diskurses um die Verhinderung des Imports radikalislamistischen Terrors durch Zuwanderung deutlich wurde.

1. Die präventive Wende

Das sicherheitspolitische Interesse an zukünftigen Gefahren lässt sich im Zusammenhang mit der präventiven Wende im Bereich der Sicherheitspolitik betrachten. Diese nahm ihren Anfang in den 70er Jahren und zeichnet sich durch eine Fokusverlagerung vom Täter zur potentiellen Tat sowie potentiellen Opfern aus. Hierin sehen Kriminologen²¹ ein zunehmendes Interesse an Gelegenheitsstrukturen im Zusammenhang mit der Kriminalitätskontrolle begründet, womit technische und räumliche Strategien der Kriminalitätskontrolle an Bedeutung gewannen. Im Umgang mit Kriminalität zielten staatliche Maßnahmen fortan weniger darauf ab, Täter zu sanktionieren und zu resozialisieren, sondern auf die Kontrolle alltäglicher Handlungen potentiell abweichend handelnder Personen. Die Kriminologie justierte somit ihren Blick von post-

⁷ *Bettermann*, zitiert nach *Calliess*, ZRP 2002, 1 (5).

⁸ Vgl. *Mielke*, Freiheitsschutz und informationelle Vorfeldbefugnisse in der modernen deutschen und amerikanischen Antiterrorgesetzgebung, 2011, S. 95; vgl. *Bartmann*, S. 269.

⁹ *Calliess*, ZRP 2002, S. 1 (5).

¹⁰ Vgl. a.a.O.; vgl. *Mielke*, S. 69.

¹¹ *Mückl*, zitiert nach *Bartmann*, S. 272.

¹² Vgl. *Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 3.

¹³ Vgl. *BVerfG*, Urt. v. 1.8.1978 – 2 BvR 1013/77, 2 BvR 1019/77, 2 BvR 1043/77 – BVerfGE 49, 24 (56 f.); *BVerfG*, Beschl. v. 4.4.2006 – 1 BvR 518/02, Rn. 91.

¹⁴ Vgl. *BVerfG*, Urt. v. 15.12.1970 – 2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68, 2 BvR 308/69, Rn. 160; vgl. BVerfGE 6, 32 (36); 12, 45 (53);

¹⁵ *BVerfG*, Beschl. v. 4.4.2006 – 1 BvR 518/02, Rn. 91; BVerfGE 49, 24 (56 f.).

¹⁶ *BVerfG*, Urt. v. 27.2.2008 – 1 BvR 370/07, Rn. 197 ff.

¹⁷ Freiheit und Sicherheit müssen als mehrdimensionale Begriffe verstanden werden, dessen Verhältnis mit der Herausbildung moderner Verfassungsstaaten korrespondiert. Während die Sicherheit dem absoluten Staatsverständnis nach Hobbes zugrunde legend den Rechtsgüterschutz vor privaten Übergriffen konstatierte, beinhaltet sie nach dem Verständnis moderner Industriegesellschaften umfasst zudem eine ökologische und soziale Komponente. Das Freiheitsverständnis erfährt im Gegensatz zum wohlfahrtsstaatlichen Verständnis zunehmend eine Individualisierung. Im Vordergrund steht nicht nur, die kollektive soziale Freiheit, sondern sie umfasst ebenfalls, die individuelle Sicherheit vor Bedrohungen und Risiken. Vgl. *Groscurth*, Sicherheit durch Sicherung, 2017, S. 136; vgl. *Isensee*, S. 21; vgl. *Calliess*, ZRP 2002, S. 1 (1).

¹⁸ Vgl. *Schlepper*, Strafgesetzgebung in der Spätmoderne – Eine empirische Analyse legislativer Punitivität, 2014.

¹⁹ *Frevel/Rinke*, APuZ 32-33/2017, 4 (4).

²⁰ A.a.O.

²¹ Vgl. *Garland*, Kultur der Kontrolle. Verbrechensbekämpfung und soziale Ordnung in der Gegenwart, 2008.

crime auf pre-crime²² und „sieht Kriminalität unter prospektiven und summarischen Gesichtspunkten, um Risiken berechnen und Präventivmaßnahmen ergreifen zu können“.²³

Mit dem Fokus auf Opfer avancierte des Weiteren die Angst vor Kriminalität (potentieller Opfer) zu einem zentralen Thema von kriminologischer Forschung und Sicherheitspolitik. In der Folge beschrieben weniger konkrete Bedrohungen die Grundlage für sicherheitsstaatliches Handeln, sondern vielmehr gesellschaftlich konstruierte Gefährdungen, welche das Sicherheitsgefühl der Bürger*innen beeinflussen. Somit ist mit kriminalpräventiven Strategien, welche Gelegenheiten für kriminelles Handeln und Unsicherheiten in der Bevölkerung reduzieren sollen, die Identifizierung zukünftiger Gefahren verbunden. Hierfür braucht es letztendlich eine prognostische Wissensproduktion,²⁴ welcher sich insbesondere Polizeiorganisationen aus den angloamerikanischen Ländern seit einigen Jahrzehnten vermehrt bedienen. In jüngster Zeit haben sich hierzu Strategien des *predictive policing* etabliert, die verschiedene Analysen beinhalten können, nämlich die Identifizierung von Örtlichkeiten mit einem erhöhten Kriminalitätsrisiko oder potentiell zukünftig kriminell handelnde Personen, die Erstellung von Täterprofilen sowie das Ausmachen von potentiellen Opfergruppen.²⁵ Während sich die Strategie des *predictive policing* im angloamerikanischen Raum bereits etabliert hat, existieren in Deutschland bisher lediglich erste Versuche, diese Methode für die Polizei einzusetzen.

2. (Un-)Sicherheitskonstruktionen und Sicherheitsproduktion

Diese immense Vorverlagerung sowohl repressiven als auch präventiven staatlichen Handelns ist Ergebnis eines Wechselspiels verschiedener gesellschaftlicher Prozesse. Die Erfassung des Beziehungsgeflechts von Wahrnehmung, Konstruktion von (Un-)Sicherheit und sicherheitspolitischer Reaktion steht mit dem Begriff der Versicherheitlichung (*securitization*) seit geraumer Zeit im Fokus der deutschen Sicherheitsforschung.²⁶ Hiernach artikuliert ein versicherheitlichender Akteur – z.B. Politiker*innen oder eine Polizeibehörde – eine enorme Sicherheitsbedrohung, die von einem relevanten Publikum akzeptiert und geteilt wird.²⁷ Mitgelieferte Antworten auf die vorgebrachten Bedrohungen kreisen meist um außerordentliche Maßnahmen wie bspw. die Implementierung neuer Gesetze mit weitergehenden Eingriffsbefugnissen.²⁸ Funktionale Akteure wie die Medien können durch die Verbreitung Einfluss auf den Erfolg dieses Sprechaktes nehmen, indem sie die Bedrohung in den öffentlichen gesellschaft-

lichen Diskurs einbringen.²⁹ Die Versicherheitlichung findet ihren erfolgreichen Abschluss schließlich dann, wenn das relevante Publikum – bspw. die Gesetzgebung und/oder die Gesellschaft – sowohl die wahrgenommene existenzielle Bedrohung als auch die entsprechenden Sicherheitsmaßnahmen akzeptiert, d.h. wenn die (Un-)Sicherheitswahrnehmung gesellschaftlich wird.³⁰

Analog zum Ansatz der Versicherheitlichung greifen kriminologische Diskurse Aspekte des beschriebenen Wechselspiels unter dem Stichwort Punitivität auf. Der Begriff zielt insgesamt auf Strafeinstellungen in einer Gesellschaft ab und kann dabei verschiedene Dimensionen berühren. Dementsprechend werden grob die Straffmentalität einzelner Personen, die sich in gesellschaftlichen Diskursen widerspiegelnden Einstellungen zu Strafe sowie das Strafhandeln des Justizapparates unterschieden. Insgesamt bietet der Begriff einen Zugang zur Analyse des Strafgeschehens. Im vorliegenden Beitrag orientiert sich der Begriff an allgemeineren Definitionen, die z.B. eine Institution als punitiv ansieht, wenn diese das Handeln von Personen „unter normativen Gesichtspunkten als vom Normalen abweichend bezeichnet und sich für eine negative Sanktion ausspricht“.³¹ Hiernach dienen intensivere Verbrechenkontrollen und die Ausweitung gesetzlicher Befugnisse dem Ziel, staatliche Handlungsfähigkeit und Macht zu demonstrieren. Entsprechende Maßnahmen richten sich jedoch nicht primär auf ihre zu erwartenden Wirkungen, sondern sollen das Vertrauen in den Staat und seine Organisationen gewährleisten.³² In diesem Zusammenhang gewinnt die Konstruktion eines ‚neuen‘ Tätertypus an Bedeutung. Dieser zeichnet sich weniger durch seine Rationalität, sondern vielmehr durch seine Unberechenbarkeit aus, was wiederum besondere Überwachungs- und Kontrollmaßnahmen erfordert. Mit der Konstruktion eines „angsteinflößenden Fremden“ jedoch verstärken sich gesellschaftliche Vorstellungen von Andersartigkeit und Differenz und somit auch Ängste in der Bevölkerung, was letztendlich die Akzeptanz intensiverer und vorgelagerter Kontrollmaßnahmen fördert.³³ Garland erkennt in den Bedingungen, welche punitive Entwicklungen begünstigen, dass der Staat zuvorderst die Medien und (potentielle) Opfer zur Legitimierung des eigenen Handelns adressiert. Ein wichtiger Mechanismus in diesem Prozess beschreibt die öffentlichkeitswirksame, insbesondere über die Medien gesteuerte Inszenierung von komplexitätsreduzierenden, teils populistischen Inhalten, welche die Notwendigkeit und Wirksamkeit des staatlichen Handelns vermitteln soll.

Unsicherheitswahrnehmungen und die politische Reaktion hierauf bilden also die Basis für die Ausrichtung der

²² Vgl. Schlepper, S. 14.

²³ Garland, S. 237.

²⁴ Vgl. Bröckling, Vorbeugen ist besser ... Zur Soziologie der Prävention, 2008.

²⁵ Vgl. Perry/McInnis/Price/Smith/Hollywood, Predictive Policing. The Role of Crime Forecasting in Law Enforcement Operations, 2013, S. 8.

²⁶ Vgl. Fischer/Klüfers/Marsala/Wagner, (Un-)Sicherheitswahrnehmung und Sicherheitsmaßnahmen im internationalen Vergleich, 2014, S. 13.

²⁷ Vgl. Fischer/Klüfers/Marsala/Wagner, S. 16.

²⁸ A.a.O.

²⁹ A.a.O.

³⁰ A.a.O., S. 17.

³¹ Klimke/Lautmann/Sack, Punitivität, 2004.

³² Schlepper, S. 23.

³³ A.a.O., S. 24f.

Sicherheitspolitik. Während letztere oben bereits umrissen wurde, bleibt noch ein Blick auf Ängste im Kontext von radikalislamistischem Terrorismus in Deutschland, die mit dem Begriff des Gefährders eng verknüpft sind. Hierzu lassen sich allenfalls Tendenzen ausmachen, welche auf eine zunehmende Islamfeindlichkeit³⁴ sowie gesteigerte Ängste vor terroristischen Anschlägen hindeuten. Laut einer Studie der R + V Versicherung schüren beispielsweise die Attentate des sogenannten Islamischen Staats die Angst vor terroristischen Anschlägen deutlich. Sie stieg demnach von 21% im Jahr 2001 auf 73 % im Jahr 2016 an.³⁵ Allerdings fehlt es bisher an wissenschaftlich-empirischen Erkenntnissen, welche einen allgemeinen Anstieg der Angst vor terroristischen Taten aus dem radikalislamischen Milieu bestätigen. Nichtsdestotrotz dürfte die sichtbare mediale Thematisierung vergangener terroristischer Ereignisse sowie zukünftiger Bedrohungen eine wesentliche Erfahrungsressource darstellen, welche Wahrnehmungen zum Terrorismus maßgeblich beeinflussen. Zudem haben terroristische Ereignisse seit 2015 einen spürbar nationalen Bezug erfahren, sodass deren Wahrnehmung auf einer kleinräumigen Ebenen, mit gefühltem persönlichen Bezug angesiedelt sind. Die Unvorhersehbarkeit, die der Logik eines Terrorschlags durch mobile Einzeltäter inhärent ist, kann darüber hinaus Gefühle von Ohnmacht in der Bevölkerung erzeugen.³⁶ Die kriminalpolitische Tendenz zur Strafschärfung und Implementierung eingriffsintensiverer Gesetze muss vor diesem Hintergrund als Reaktion betrachtet werden, das scheinbar steigende Sicherheitsbedürfnis der Gesellschaft zu befriedigen.

III. Der Gefährder im Kontext der präventiven Wende

Vor dem Hintergrund der präventiven Wende bereiten mit dem Gefährderbegriff zusammenhängende Sicherheitskonstruktionen und die Transformation der Gefährdergesetze hierzulande Wege zur Kontrolle eines „extremistischen Vorfalles“³⁷, in dem sich eine „Gefahr noch nicht derart verdichtet hat, dass sich mit hinreichender Wahrscheinlichkeit feststellen ließe, ob in näherer Zukunft eine Gefahr vorliegt oder nicht“.³⁸

Der Begriff des Gefährders hat sich mittlerweile zu einer festen Größe im sicherheitspolitischen Sprachgebrauch etabliert. Dass der radikalislamistische internationale Terrorismus und die Bedrohung durch „die Gefährder“ eine

gesellschaftliche Aufmerksamkeit in der derzeitigen Dimension erfahren hat, scheint gemessen an der Eintrittswahrscheinlichkeit eines Anschlags und der Höhe der Opferzahlen, die durch terroristische Anschläge in Deutschland zu verzeichnen waren, keineswegs offenkundig zu sein. Aus diesem Umstand lässt sich ableiten, dass der Gefährder im gesellschaftlichen Diskurs als Bedrohung identifiziert und geteilt wird und letztlich ein soziales Konstrukt von Unsicherheit darstellt.³⁹

1. Der Gefährder-Begriff

Der Terminus des Gefährders ist nicht legaldefiniert, es handelt sich vielmehr um einen „polizeifachlichen“⁴⁰ Arbeitsbegriff, der im Phänomenbereich der politisch motivierten Kriminalität Anwendung findet.⁴¹ Der Begriff wurde zunächst im Zusammenhang mit den sogenannten Gefährder-Verbleibs-Kontrollen verwandt, welche der Kontrolle der An- und Abwesenheit einer Person an dem vermuteten Aufenthaltsort durch geeignete Maßnahmen dienen sollte.⁴² Seit den Anschlägen vom 11. September und der darauffolgenden Anti-Terror-Gesetzgebung wird der Begriff verstärkt im Kontext des islamistischen Terrorismus gebraucht⁴³ und geht aus der neuen präventiven Ausrichtung des polizeilichen Staatsschutzes hervor.⁴⁴ Darüber hinaus hat der Begriff bereits Einzug in verschiedene Themenkomplexe des Polizei- und Ordnungsrechts, bspw. des Fußballhooliganismus oder der rückfallgefährdeten Sexualstraftäter gehalten.⁴⁵ Aufgrund der unterschiedlichen Kompetenzen von Bund und Ländern in diesen Bereichen kann der Gefährderbegriff unterschiedlich verwandt und verstanden werden. Auf Bundesebene entwickelte die Arbeitsgemeinschaft der Leiter des Bundeskriminalamtes sowie der Landeskriminalämter (AG Kripo) im Jahr 2004 eine Definition.⁴⁶ Danach bezeichnet der Gefährder Personen, bei denen bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie politisch motivierte Straftaten von erheblicher Bedeutung, insbesondere solche im Sinne des § 100a StPO begehen werden.⁴⁷

Anhand dieser Definition wird deutlich, dass die Einordnung als Gefährder nicht mit dem Verhaltensstörer gleichzusetzen ist, dessen „Inanspruchnahme“ an seinem Verhalten respektive konkreten Handlungen anknüpft. Das Wesen des Gefährders zeichnet sich gerade dadurch aus, dass sein Verhalten „nicht den Bereich der Strafbarkeit

³⁴ Vgl. *Backes/Kies/Brähler*, Die enthemmte Mitte. Autoritäre und rechtsextreme Einstellung in Deutschland, 2016.

³⁵ R + V Versicherung, Presseinfo: Ergebnisse der Ängste-Studie 2016, online verfügbar unter: <https://www.ruv.de/presse/aengsteder-deut-schen/presseinformation-aengste-der-deut-schen-2016> (zuletzt abgerufen am 19.11.2017) Die verwendete Frage lautete: Ich habe **gar keine Angst ... sehr große Angst** davor, dass terroristische Vereinigungen Anschläge verüben (Bewertungsskala von 1-7).

³⁶ Vgl. *Ziegleder/Kudlacek/Fischer*, Zur Wahrnehmung und Definition von Sicherheit durch die Bevölkerung, 2011, S. 37.

³⁷ *Kretschmann*, APuZ 32-33/2017, 11 (12).

³⁸ *Thiede*, Kriminalistik 10/2008, 539 (541).

³⁹ Vgl. *Fischer Klüfers/Marsala/Wagner*, S. 8.

⁴⁰ BT-Drs. 18/11369, S. 2; *Menzenbach/Raschzok*, Aktuelle Begriff Gefährder, 2008, S. 1, online verfügbar unter: <http://www.regensburg-digital.de/wp-content/uploads/2008/11/03/gefaehrder.pdf> (zuletzt abgerufen am 10.11.2017).

⁴¹ BT-Drs. 18/11369, S. 2; BT-Drs. 18/12196, S. 2.

⁴² *Menzenbach*, Gefährder, 2008, S. 5.

⁴³ *Menzenbach/Raschzok*, S. 1, online verfügbar.

⁴⁴ v. *Denkowski*, Kriminalistik 5/2007, 325 (325), vgl. die in Bayern eingerichtete AG „Beschleunigte Identifizierung und Rückführung von Gefährdern aus dem Bereich des islamistischen Terrorismus/Extremismus“ (BIRGIT), *Tomschütz*, Gefährderansprachen, 2015, S. 10.

⁴⁵ *Tomschütz*, S. 11, vgl. *Chalkiadaki*, Gefährderkonzepte in der Kriminalpolitik, 2017, S. 31 ff, 317 ff.

⁴⁶ Vgl. *Deutscher Bundestag*, Legaldefinition des Begriffes „Gefährder“, 2017, online verfügbar unter: <https://www.bundestag.de/blob/503066/8755d9ab3e2051bfa76cc514be96041f/wd-3-046-17-pdf-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 21.11.2017)

⁴⁷ BT-Drs. 15/3284, S. 16; BT-Drs. 16/3570, S. 6; BT-Drs. 18/11369, S. 2; *Menzenbach/Raschzok*, S. 1, online verfügbar; *Tommschütz*, S. 10.

[...] (auch im Vorbereitungs- oder Versuchsstadium) erreicht [hat], die [als Gefährder eingestufte Person] aber gleichwohl eine nicht unerhebliche [Bedrohung] aufgrund ihres „kriminellen Potentials“ darstellt“.⁴⁸

Dieses Verständnis bringt zum Ausdruck, dass sich der Bewertungshorizont dessen, was als Bedrohung wahrgenommen wird, verändert. Die Figur des Gefährders knüpft an Risiken an, da sich ein Kausalzusammenhang zwischen dem in Rede stehenden Verhalten und einem möglichen Schaden nicht hinreichend sicher belegen lässt.⁴⁹

Da eine Rechtsgutsverletzung nicht unmittelbar bevorsteht, wird bei der Fokussierung auf das Gefährdungspotenzial zwangsläufig der zeitliche Anknüpfungspunkt für die Beurteilung in das Vorfeld verlagert. Es müssen deshalb andere Parameter zur Beurteilung herangezogen werden, die – wie die etymologische Auslegung des Wortes suggeriert – in der Person selbst verankert sind, ihm wird eine schädigende Eigenschaft „per se“ zugesprochen.⁵⁰ Damit wird die Bewertungsebene zunehmend auch auf die Persönlichkeit eines Menschen gelenkt, die die Gefährlichkeit in seiner Gesinnung und subjektiven Absichten begründet sieht. Das wird insbesondere vor dem Hintergrund der jüngsten Rechtsprechung des *BVerwG*⁵¹ deutlich, wonach sich „– abhängig von den Umständen des Einzelfalls – in der Gesamtschau ein beachtliches Risiko [...] auch schon daraus ergeben [kann], dass sich ein[e] im Grundsatz gewaltbereite und auf Identitätssuche befindliche [Person] in besonderem Maße mit dem radikal-extremistischen Islamismus in seinen verschiedenen Ausprägungen bis hin zum ausschließlich auf Gewalt setzenden jihadistischen Islamismus identifiziert, über enge Kontakte zu gleichgesinnten [...] Personen verfügt und sich mit diesen in „religiösen“ Fragen regelmäßig austauscht.“⁵²

Der Begriff eröffnet letztlich einen Beurteilungsspielraum, der die Deutungshoheit des Gefährders den Polizeibehörden überlässt. Damit stellt sich der Terminus als das Ergebnis eines individuellen, auf Erfahrungswerten basierenden Zuschreibungsprozesses dar, der eine Einschätzungsprerogative zugunsten der Sicherheitsbehörden hervorruft.

Die ausgewiesene Anzahl eingestufter Gefährder beeinflusst unmittelbar das Sicherheitsgefühl, sodass durch die „Zuschreibungskompetenz“ der Sicherheitsbehörden Unsicherheit gewissermaßen konstruiert wird. Gegenstand der Unsicherheitswahrnehmung bilden – wie die semantisch aufgeladene Figur des Gefährders deutlich macht – nicht mehr Gefahren, sondern „personifizierte“ Risiken.

Laut Aussage des BKA sind in Deutschland über 570 Personen der militant-islamistisch-salafistischen Szene zugeordnet und als Gefährder eingestuft.⁵³ Nach Angaben der Bundesregierung ist diese Zahl in den letzten Jahren erheblich gestiegen.⁵⁴ Dieser Umstand wirft die Frage auf, ob diese Entwicklung mit einem tatsächlichen Anstieg des Bedrohungspotenzials gleichzusetzen ist. Die fünf terroristischen Anschläge mit islamistischen Hintergrund,⁵⁵ die sich in Deutschland im Jahr 2016 ereignet haben, deuten insoweit darauf hin, als dass sich in diesen Fällen ein Bedrohungspotenzial in einer konkreten Tatausübung realisiert hat.

2. Die Einstufung als Gefährder

Dem BKA stehen bei der Einstufung insgesamt drei standardisierte Systeme mit unterschiedlichen Zielrichtungen zur Verfügung.⁵⁶ Es handelt sich hierbei zum einen um ein achtestufiges Prognosemodell, das auf Grundlage eines konkreten Sachverhalts eine Wahrscheinlichkeitsaussage hinsichtlich des potenziellen Schadenseintritts trifft.⁵⁷ Mithilfe von „RADAR-iTE“ wird darüber hinaus eine Person, zu der eine Mindestmenge an Informationen zu Ereignissen aus ihrem Leben vorliegt, hinsichtlich des von ihr ausgehenden Risikos, in Deutschland eine schwere Gewalttat zu verüben, bewertet und einer Risikoskala zugeordnet, um darauf aufbauend Interventionsmaßnahmen zu priorisieren.⁵⁸ Es verbleibt zudem bei einer Einordnung aufgrund der dargestellten Definition, an die letztlich polizeiliche und/oder strafrechtliche Maßnahmen geknüpft werden.⁵⁹ Die Einstufung als „Gefährder“ obliegt dabei dem Ermessen der Sachbearbeiter aufgrund ihrer allgemeinen polizeilichen Erfahrung.⁶⁰ Bei der Einstufung einer Person handelt es sich letztlich um eine Prognose der einzelnen Sachbearbeiter, die eine Risikoeinschätzung vornehmen, die jedoch keine Auskunft darüber ermöglicht, ob sich ein Gefährdungspotenzial, das einer Person zugesprochen wird, sich tatsächlich realisieren wird.

Die sog. Gefährlichkeitseinschätzung bei extremistischer Gewalt und Terrorismus birgt außerdem zwei Fehlerquellen in Form der falsch-negativen und der falsch-positiven Fälle.⁶¹ Es handelt sich zum einen um die Konstellation, dass eine tatsächlich gefährliche Person nicht als solche erkannt wird (falsch-negativ) und zum anderen, dass eine Person als gefährlich eingestuft wird, obwohl von ihr tatsächlich keine Gefahr ausgeht (falsch-positiv).⁶² Dieses statistische Problem ist von zentraler Bedeutung, da der Anteil beider Fehlerarten mathematisch umgekehrt proportional verknüpft ist. Das heißt, die Verringerung des einen hat zwingend die Erhöhung des anderen Anteils zur Folge und umgekehrt.⁶³

⁴⁸ Schwarz, Stellungnahme, S. 7, online verfügbar.

⁴⁹ Reus, zitiert nach Groscurth, S. 43.

⁵⁰ Vgl. v. Denkowski, Kriminalistik 5/2007, 325 (326).

⁵¹ *BVerwG*, Beschl. v. 21.3.2017 – BVerwG 1 VR 1.17; *BVerwG*, Beschl. v. 21.3.2017 – BVerwG 1 VR 2.17.

⁵² *BVerwG*, Beschl. v. 21.3.2017 – 1 VR 1.17, Rn. 21.

⁵³ Vgl. BKA, Presseinformation: Neues Instrument zur Risikobewertung von potentiellen Gewaltstraftätern, online verfügbar: https://www.bka.de/DE/Presse/Listenseite_Pressemitteilungen/2017/Presse2017/170202_Radar.html (zuletzt abgerufen am 19.11.2017)

⁵⁴ Vgl. BT-Drs. 18/11369, S. 1.

⁵⁵ Vgl. Bundesministerium des Innern, Verfassungsschutzbericht 2016, S. 173.

⁵⁶ Vgl. BKA, Presseinformation: Neues Instrument zur Risikobewertung von potentiellen Gewaltstraftätern, online verfügbar.

⁵⁷ A.a.O.

⁵⁸ A.a.O.

⁵⁹ A.a.O.

⁶⁰ BT-Drs 18/10340, S. 3.

⁶¹ Vgl. Rettenberger, Kriminalistik 8-9/2016, 532 (532).

⁶² A.a.O.

⁶³ A.a.O.

Wenn das Risiko der falsch-negativen Fälle aufgrund sicherheitspolitischer Maßgaben minimiert werden soll, kann dies nur auf Kosten einer großen Anzahl der falsch-positiven Fälle erreicht werden.⁶⁴

Dafür, dass eine Einstufung am Leitgedanken der Sicherheit orientiert erfolgt, gibt es derzeit keine validen wissenschaftlichen Daten. Es erscheint jedoch vor dem Hintergrund nicht abwegig, dass die Prognose auf Basis des polizeilichen Erfahrungswissens beruht und durch eine berufsbedingte, selektive Wahrnehmung beeinflusst werden kann. Zudem treffen die Folgen der Einstufung den Beamten nicht in seiner Person, es sei denn, es stellt sich ex post heraus, dass eine Person – die als nicht gefährlich eingestuft wurde – eine Straftat begeht, die mit den schwerwiegenden Folgen des islamistischen Terrorismus verbunden ist. In diesem Fall würde im öffentlichen Diskurs die Frage aufgeworfen werden, in wessen persönlichen oder behördlichen Verantwortungsbereich Versäumnisse zuzuordnen sind.

Ein zentrales Problem ist zudem darin verankert, dass die Zahl der „Falschen-Positiven“ bei der Einschätzung nicht als solches erkannt werden kann, weil – gemessen am Beispiel der elektronischen Fußfessel – retrospektiv nicht eruiert werden kann, ob der „Gefährder“ aufgrund der Anordnung, „eine elektronische Überwachung seines Aufenthaltsorts erforderlichen technischen Mittel ständig in betriebsbereitem Zustand bei sich zu führen und deren Funktionsfähigkeit nicht zu beeinträchtigen“⁶⁵, von der Begehung von Straftaten abgehalten wurde oder er per se keinen Tatentschluss fassen wollte.

In der Konsequenz bedeutet dies jedoch, dass die ausgewiesene Zahl der Gefährder letztlich nur eine Wahrscheinlichkeitsaussage hinsichtlich des Gefährdungspotenzials trifft, die zudem fehleranfällig ist. Die konkrete Anzahl produziert mit Blick auf die gesellschaftlichen Faktoren jedoch Unsicherheit. Die wahrgenommene und durch die Sicherheitsbehörden ausgewiesene Bedrohung führt letztlich im Lichte der präventiven Wende zu der Forderung nach schärferen Gesetzen, da der Maßstab des Vertrauens in die staatliche Sicherheitskompetenz sich nicht mehr nur auf die Fähigkeit zur effektiven Gefahrenabwehr und Strafverfolgung bezieht, sondern auch, ob es dem Staat gelingt, dieser Aufgabe im Rahmen der Sicherheitsvorsorge zuzukommen.⁶⁶

Die Gefährdergesetzgebung greift dieses Sicherheitsbedürfnis auf, fokussiert die systematische Früherkennung von Risiken und ist auf eine „anhand von Risikofaktoren antizipierbare Zukunft“⁶⁷ ausgerichtet. Dies wird mit dem steigenden Informationsinteresse der Sicherheitsbehörden

aufgrund „der tatsächlichen Eskalation der Bedrohungslage“⁶⁸ begründet. Das Bundesland Bayern hat durch das „Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen“ eine „[...] zeitlich vorgezogene Normierung einiger besonders wichtiger Befugnisse und Regelungen [...]“⁶⁹ vorgenommen, die „[...] eine, im Einzelfall auch langanhaltende Überwachung der von Seiten der Sicherheitsbehörden als gefährlich eingeschätzten Personen, darunter vor allem auch die sog. Gefährder“⁷⁰ ermöglichen soll.

IV. Das Vorsorge-Paradigma

Der Präventionsgedanke, der die präventive Wende charakterisiert, hat ebenfalls Einzug in die Rechtswissenschaft und die Rechtsprechung gehalten. Im folgenden Abschnitt wird der bereits vereinzelt verwandte Terminus des „Vorsorge-Paradigma“⁷¹ zugrunde gelegt.

1. Die Entwicklung des Paradigmenwechsels

Die Anti-Terrorgesetzgebung nach „9/11“ führte bereits zu einem Paradigmenwechsel, da anhand der Ereignisse deutlich geworden sei, dass bisherige rechtliche Instrumentarien gegenüber bestimmten „Risiken“ versagen.⁷² Die politische Reaktion auf die öffentliche Erwartungshaltung, das Sicherheitsversprechen einzulösen, führte zur Erweiterung des Sicherheitsbegriffs um das Spektrum der vorbeugenden Krisenbewältigung und Sicherheitsgewährleistung im präventiven Bereich; im repressiven Bereich führte dieser Präventionsgedanke zu der Schaffung einer Vielzahl von Gefährdungstatbeständen und damit der Vorverlagerung der Strafbarkeit. Zugleich zeigte sich auch eine gewisse Bereitschaft, „den Zielwert Freiheit zur Disposition zu stellen.“⁷³

Der Kern des sogenannten „Vorsorgeprinzips“⁷⁴ besteht im Wesentlichen in der Vorverlagerung des Zeitpunkts staatlicher Intervention; die Gefährdergesetze knüpfen an die dynamische Entwicklung der Gefahrenabwehr zur Gefahrenvorsorge an, indem die Eingriffsschwelle einiger Maßnahmen, die sich gegen ‚gefährliche Personen‘ richten, nunmehr durch die drohende Gefahr festgelegt wird.

Das Vorliegen einer (konkreten) Gefahr bildet im „klassischen“ Polizeirecht die Schwelle, an der Maßnahmen ergriffen werden können. Sie bezeichnet eine Sachlage, bei der im Einzelfall die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass in absehbarer Zeit ein Schaden für ein polizeiliches Schutzgut – die öffentliche Sicherheit und Ordnung – eintreten wird.⁷⁵ Da sich der Schaden in Form einer Minderung des geschützten Rechtsguts noch nicht realisiert

⁶⁴ A.a.O.

⁶⁵ § 32a Abs. 1 S. 1 PAG.

⁶⁶ Pitschas, zitiert nach Mielke, S. 76.

⁶⁷ Kretschmann, APuZ 32-33/2017, 11 (12).

⁶⁸ Schwarz, Stellungnahme, S. 3, online verfügbar.

⁶⁹ Entwurf eines Gesetzes zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen, S. 1, online verfügbar.

⁷⁰ A.a.O.

⁷¹ Vgl. Hetzer, ZRP 2005, 132 (134); Marzahn, Das Feindstrafrecht als Komponente des Präventionsstaats?, 2011, S. 216.

⁷² Vgl. Hoffmann-Riem, ZRP 2002, 497 (499); Deutscher Bundestag, Zum „Grundrecht auf Sicherheit“, 2008, online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/blob/423604/6bc141a9713732fc4bb4334b6d02693b/wd-3-180-08-pdf-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 21.11.2017).

⁷³ Hoffmann-Riem, ZRP 2002, S. 497 (498).

⁷⁴ Mielke, S. 76.

⁷⁵ Vgl. BVerfGE 45, 51 (57); 115, 320 (364); BVerwGE 116, 347 (351); Denninger, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl. (2012), S. 214.

hat, erfolgt das Handeln aufgrund einer Prognoseentscheidung.⁷⁶ Sie wird auf Grundlage der Wahrnehmung von Tatsachen und darauf aufbauend der prognostischen Aussagen über die Folgen der Tatsachen, also einem Element des Erfahrungswissens, im Hinblick auf zukünftige Entwicklungen getroffen.⁷⁷ Entscheidender Faktor bildet hierbei das Zeitmoment, weil die zeitliche Nähe des Schadenseintritts Einfluss auf das Wahrscheinlichkeitsurteil nimmt und damit die Eingriffsschwelle konstatiert.⁷⁸

Diese Schwelle wird im Zuge des Paradigmenwechsels ins Vorfeld verlagert. Die klassische Gefahrenabwehr transformiert aufgrund der „Risikovorsorge und Risikominimierung“⁷⁹ zur Gefahrenvorsorge, die die Verhinderung abstrakter Gefahren intendiert. Die abstrakte Gefahr beinhaltet noch keine konkrete Gefährdung, es handelt sich bei ihr um eine nach allgemeiner Lebenserfahrung oder den Erkenntnissen fachkundiger Stellen mögliche Sachlage, die im Falle ihres Eintritts eine konkrete Gefahr beinhaltet.⁸⁰ Die Realisierungswahrscheinlichkeit ist das maßgebliche Unterscheidungskriterium, sodass der Prognosezeitpunkt in das Vorfeld verlagert wird. Die Eingriffsschwelle gründet sich nicht mehr auf erkennbare Umstände und umfasst somit nachweisbare Tatsachen, es genügt die abstrakte – also hypothetische – Möglichkeit einer konkreten Gefahr.⁸¹

2. Die drohende Gefahr als neue Gefahrkategorie

Die drohende Gefahr zeichnet sich demgegenüber dadurch aus, dass im Einzelfall entweder das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet oder Vorbereitungshandlungen für sich oder zusammen mit weiteren bestimmten Tatsachen den Schluss auf ein seiner Art nach konkretisiertes Geschehen zulassen, wonach in absehbarer Zeit Angriffe von erheblicher Intensität oder Auswirkung zu erwarten sind.⁸² Die drohende Gefahr verschiebt den Bewertungshorizont in zweierlei Hinsicht. Zum einen wird die Anforderung an den Kausalverlauf im Hinblick auf die zum Schaden führende konkrete Handlung abgesenkt.⁸³ Zum anderen steht eine Rechtsgutsverletzung nicht mehr unmittelbar bevor. Der Zeitpunkt des Schadenseintritts ist weder näher konkretisierbar noch hinreichend wahrscheinlich, sondern stellt lediglich eine Option dar. Die Anforderungen an die Eintrittswahrscheinlichkeit werden somit ebenfalls reduziert. Das *BVerfG* hat in seinem Urteil zum BKA-Gesetz vom 20.4.2016 die tatbestandlichen Anforderungen, die an die drohende Gefahr zu stellen sind, selbst formuliert⁸⁴ – die Ausführungen des *1. Senats* wurden nahezu wortgleich in Gesetzestext gegossen.

Stand im Rahmen der Anti-Terror-Gesetzgebung die In-

formationsvorsorge,⁸⁵ d.h. die Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung im Vorfeld einer konkreten Gefahr maßgeblich im Vordergrund, konstatiert die drohende Gefahr die Eingriffsschwelle zudem erstmals für aktionelle Maßnahmen wie bspw. dem Kontakt- und Aufenthaltsverbot resp. -gebot oder -vorgabe gemäß § 16 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 2 lit. a PAG bzw. § 55 Abs. 1 Nr. 1, 2, Abs. 2 BKAG. Es findet somit nicht nur zeitliche Vorverlagerung hinsichtlich der Aufklärung im Sinne von Informationsbeschaffung statt, sondern ebenfalls für Eingriffe, die über das Recht auf informationelle Selbstbestimmung hinausgehen und die persönliche Freiheit vor dem Hintergrund der Schadeneintrittsnähe in einem bisher einzigartigen Ausmaß beschränken.

Die Vorverlagerung, die sich auch auf aktionelle Befugnisse bezieht, wird mit der „zu bekämpfenden terroristischen Gefährdungslage begründet, bei der sich „noch nicht hinreichend konkret absehen lässt, wie, wann und wo sich diese Gefahr realisieren wird. [Sie] zeichne[t] sich gerade dadurch aus, dass es oftmals als unzureichend erscheint, im Gefahrenvorfeld allein auf Gefahrbeobachtung zu setzen, da das Risiko, dass sich die Gefahr vielleicht plötzlich realisiert, noch bevor sie aufgeklärt ist, angesichts der auf dem Spiele stehenden Rechtsgüter zu hoch ist (terroristische Gefährdungslagen, die sich verdeckt entwickeln, können sehr schnell in eine Gefahr und einen Schaden umschlagen); gleichermaßen kann reine Gefahraufklärung (z.B. in Gestalt permanenter Beobachtung) auch zu aufwändig sein, um eine realistische und praktisch durchführbare Alternative zu einer (auch) aktionellen Vorgehensweise darstellen zu können.“⁸⁶

Die Erweiterung der Eingriffsbefugnisse bringt deutlich zum Ausdruck, dass das Vorsorge-Paradigma kontinuierlich Einfluss auf die Abwägungsentscheidungen bei der Schaffung neuen Rechts im Hinblick auf die widerstreitenden Interessen nimmt. Zur Legitimation der Eingriffsintensität werden die staatlichen Schutzpflichten der potentiell betroffenen hochwertigen Schutzgüter der potentiell betroffenen Person herangezogen. Die einseitige Fokusverlagerung wirkt sich schließlich auf den Abwägungsmaßstab aus, der den Grundrechten des von der Maßnahme Betroffenen einen geringeren Rang einräumt, wodurch eine Freund-Feind-Dichotomie konstruiert wird. Die staatliche Schutzpflicht pervertiert zu einem Instrumentarium, das geeignet ist, die Abwehrfunktion der Grundrechte auszuhöhlen.

V. Fazit

Die (staatlich gewährleistete) Sicherheit ist die notwendige Bedingung zur freien Entfaltung der Persönlichkeit. Als Staatsziel korrespondiert sie mit der rechtsstaatlichen

⁷⁶ BVerwGE 116, 347 (352).

⁷⁷ *Würtenberger*, zitiert nach *Kugelmann*, Polizei- und Ordnungsrecht, 2012, S. 99.

⁷⁸ Vgl. *Kugelmann*, S. 99.

⁷⁹ *Schwarz*, Stellungnahme, S. 3, online verfügbar.

⁸⁰ *Denninger*, in: *Lisken/Denninger*, S. 214.

⁸¹ Vgl. *Hetzer*, ZRP 2005, 132 (134).

⁸² Vgl. § 11 Abs. 3 S. 1 PAG Nr. 1, 2, vgl. § 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, 2.

⁸³ Vgl. *BVerfG*, Urt. des v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, Rn. 112.

⁸⁴ A.a.O.

⁸⁵ Vgl. *Hetzer*, ZRP 2005, 132 (134).

⁸⁶ Vgl. *Möstl*, Stellungnahme im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestages zum Entwurf eines Gesetzes zur Neustrukturierung des Bundeskriminalamtgesetzes, 2017, S. 4, online verfügbar unter: <http://www.bundestag.de/blob/497978/dca9725b2cd34fd0daf50b1c5e3e25eb/18-4-806-b-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 21.11.2017)

Schutzfunktion, kollidiert aber gleichzeitig mit der Abwehrfunktion von Grundrechten. Das dynamische Spannungsverhältnis der Verfassungswerte Freiheit und Sicherheit, unterliegt gesellschaftlichen Prozessen und stellt eine zentrale Kontroverse der sicherheitspolitischen Auseinandersetzung dar.

Sicherheit kann jedoch nicht als objektiver Sachverhalt begriffen werden, sondern wird in einem gesellschaftlichen Zusammenhang semantisch aufgeladen und (re-)produziert. Die veränderte Charakteristik des Terrorismus durch den „bevorzugten“ Einsatz einzeln agierender Selbstmordattentäter unter Verwendung alltäglicher und günstiger Tatwerkzeuge als neuer modus operandi, lässt das traditionelle Sicherheitskonzept scheinbar außer Kraft treten. Die durch Anschläge verbreitete Botschaft des Terrorismus – „Du bist nicht sicher“ – ruft diffuse Ängste hervor, die Einfluss auf die Wahrnehmung von Sicherheit ausüben. Die Figur des Gefährders zeigt dabei auf, dass sich der Bewertungshorizont dessen, was als Unsicherheit wahrgenommen wird, von einer konkreten Bedrohung zu einer abstrakten Gefährdung verändert und neue Sicherheitsbedürfnisse hervorruft. Diese Gefährdung knüpft jedoch an Risikofaktoren an, dessen Realisierung durch einen Schadenseintritt überhaupt nicht sicher ist.

Die Sicherheitsbehörden nehmen auf das Sicherheitsgefühl Einfluss, indem sie die Figur des Gefährders „versicherheitlichen“. Durch die Praxis der Polizeibehörden zur Gefährdereinstufung wird ihnen die Deutungshoheit über die Sicherheitsbedrohung zugesprochen, sodass sie gewissermaßen Unsicherheit konstruieren. Die mediale Verbreitung und die Veränderung des Kommunikations- sowie Informationsverhaltens wirken diesbezüglich wie ein Katalysator und befördern punitive Entwicklungen. Dieser Umstand ist insbesondere vor dem Hintergrund der Fehleranfälligkeit von Prognoseentscheidungen – insbesondere im Hinblick auf das statistische Problem der Falschen-Negativen und Falschen-Positiven jedoch kritisch zu reflektieren.

Das wachsende Sicherheitsbedürfnis dürfte neben der zunehmenden Verunsicherung durch die zunehmende Komplexität und Umbrüche der Moderne zudem auf einem veränderten Verständnis von Freiheit, bei dem im Gegensatz zum wohlfahrtsstaatlichen Verständnis die individuelle Sicherheit vor Risiken dominiert, beruhen und scheint ebenfalls die gesellschaftlich verbreitete Tendenz zur Akzeptanz von Freiheitseinschränkungen zu erklären.

Die Wahrnehmung von Sicherheit ist wiederum eng mit dem Vertrauen der Gesellschaft in die Durchsetzungskraft und Handlungsfähigkeit des Rechtsstaates verknüpft und beeinflusst die sicherheitspolitische Gesetzgebung. Sie orientiert sich nicht mehr an der Abwehr konkreter Gefahren, sondern legt ihren Fokus zunehmend auf die Risikominimierung im Sinne eines modernen Risiko- und Sicherheitsmanagements. Die Gefährdergesetze weisen vor dem Hintergrund dieses Vorsorgeparadigmas eine neue Qualität auf und transformieren die Sicherheitsarchitektur. Die durch die Legislative konstituierten Eingriffs-

schwellen reichen so weit in das Vorfeld, dass sie zum einen neutrale Handlungen erfassen und ein konkreter Kausalverlauf bezüglich dieser Handlungen und einer Rechtsverletzung nicht sicher belegbar ist. Dieser Gefahrenverdacht legitimiert nicht mehr nur Informationseingriffe, sondern eingriffsintensivere aktionelle Befugnisse.

Zudem ist fraglich, inwieweit die Gefährdergesetzgebung das Trennungsgebot aufweicht oder sogar aushebelt. Die Gefährder-Definition der AG KriPo ist auf Straftaten im politisch motivierten Bereich beschränkt, sodass Kompetenzen der Verfassungsschutzbehörden, deren wesentliche Aufgabe die Sammlung und Auswertung von Informationen über verfassungsfeindliche Bestrebungen sowie sicherheitsgefährdende Tätigkeiten darstellt, auf die Polizeibehörden übertragen werden, die zudem noch mit Zwangsbefugnissen ausgestattet sind. Diese Beschränkung wirkt außerdem vor dem Hintergrund von Amoktaten, die hinsichtlich ihrer Vorhersehbarkeit und des Ausmaßes der gefährdeten hochwertigen Rechtsgüter mit dem Terrorismus vergleichbar sind, inkonsequent und widersprüchlich. Letztlich werden extremistisch politisch-motiviert handelnde Menschen als Sicherheitsrisiko ausgemacht, da sie im öffentlichen Diskurs als Gefährder gelten.

Die Gefährdergesetze, die jedoch im bayerischen PAG verankert worden sind, sind de facto hinsichtlich ihres Anwendungsbereichs nicht auf Extremisten beschränkt. Das Tatbestandsmerkmal des Gefährders ist keine Eingriffsvoraussetzung, sodass Eingriffsbefugnisse, die durch die Schwelle der drohenden Gefahr konstatiert werden, einen potentiell sehr viel weitreichenderen Anwendungsbereich eröffnen und eine sehr weite Auslegung ermöglichen, sodass diesen Normen – u.a. bei der Veränderung politischer Mehrheitsverhältnisse – ein Missbrauchspotential innewohnt. Die Norm würde demnach auch auf einen potentiellen Amoktäter angewandt werden können genauso wie auf nachstellende Personen oder andere als Gefährder ausgewiesene Personen, da der Bedeutungsgehalt letztlich variieren kann.

Die Gefährdergesetzgebung führt zu einer Relativierung rechtsstaatlicher Prinzipien, was – durch den Wegfall der Höchstfrist für den Präventivgewahrsam bedingt – besonders deutlich zum Ausdruck kommt, da Menschen nunmehr faktisch unbegrenzt und ohne ein strafrechtliches Urteil einer freiheitsentziehenden Maßnahme unterworfen werden können.

Die extensive Auslegung des Sicherheitsbegriffs und die daran orientierte Gesetzgebung führt zudem möglicherweise zu Radikalisierungstendenzen derer, die ihre Freiheitsrechte in Gefahr sehen und den Staat zunehmend als „Aggressor der Freiheit“ begreifen. Die daraus resultierenden Polarisierungstendenzen kulminieren möglicherweise in einer gesellschaftlichen Spaltung.

Versteht man den Terrorismus als Kommunikationsstrategie, die auf die Schwächung einer Gesellschaft abzielt, erreicht der sogenannte Islamische Staat sein Ziel, indem ein Anschlag die im Beitrag beschriebene Kausalkette in

Gang setzt. Der rechtsstaatlichen Erosion kann letztlich nur durch eine rationale Sicherheitspolitik, die sowohl Verantwortungsgefühl als auch Augenmaß beweist, sowie einer resilienten Gesellschaft begegnet werden.

Schließlich verdeutlicht die stetige Zunahme an der öffentlich geförderten, auf die Entwicklung von technologischen Überwachung- und Prognoseinstrumenten gerichteten

Sicherheits- und Terrorismusforschung die Fokussierung auf eine risikoorientierte Sicherheitspolitik. Um ein besseres Verständnis von Radikalisierungsprozessen zu entwickeln, sollte zukünftige Forschung weniger auf Möglichkeiten der technischen Kontrolle abzielen, sondern wieder grundlegend soziale Prozesse und gesellschaftliche Zusammenhänge in den Blick nehmen, ohne diese zu kriminalisieren.

Sozial-psychologische Reibungsverluste des „digitalisierten Strafprozesses“ Kritische Überlegungen zu „Gerichtsfernsehen“, audiovisueller Vernehmungsdokumentation und „Big Data-Ermittlungen“

von Dr. Oliver Harry Gerson*

Abstract

Der Beitrag untersucht aus interdisziplinärer Perspektive die in der deutschen Diskussion noch weitgehend unterrepräsentierten sozial-psychologischen Vor- und Nachteile der „Digitalisierung“ des Strafprozesses. Die Meilensteine auf dem Weg dorthin – „Gerichtsfernsehen“, audiovisuelle Vernehmungsdokumentation und „Big Data-Ermittlungen“ – verfangen bislang nahezu ausschließlich in rechtspolitischen Fäden. Neben spezifisch strafprozessualen Problemen müssen sich alle Verantwortlichen noch weitaus intensiver mit der Wissenschaft der Wahrnehmung, verborgenen psychodynamischen Unwägbarkeiten und der darin verhafteten Wirkmächtigkeit(en) beschäftigen, um die notwendige Modernisierung des Strafverfahrens nicht in der Wiederholung alter Fehler münden zu lassen.

I. Einleitung

Modernisierung ist ein zweischneidiges Schwert. Sie lässt alte Probleme verschwinden, krieht dafür im Gegenzug allerdings häufig neue, völlig anders geartete Hindernisse. So verhält es sich auch bei der Ausweitung von bild- und tontechnischen Übertragungen von Gerichtsverhandlungen (I.),¹ der audiovisuellen Vernehmungsdokumentation (II.)²

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

¹ Vgl. den Gesetzesentwurf der BReG „Gesetz zur Erweiterung der Medienöffentlichkeit in Gerichtsverfahren und zur Verbesserung der Kommunikationshilfen für Sprach- und Hörbehinderte (EMöGG)“, BT-Drs. 18/10144 v. 26.10.2016 (im Folgenden „RegE-Medienöffentlichkeit“), welcher zwar bei weitem noch keine Übertragung der Hauptverhandlung erlaubt, jedoch einen gewichtigen Schritt in Richtung einer fortschreitenden Öffnung des § 169 GVG bedeutet; an allen Gerichten wird künftig allerdings eine Ton-Übertragung in einen Nebenraum zulässig sein; gegen diese Änderungen die BRAK-Stellungnahme Nr. 18/2016. Der DAV äußerte in seiner Stellungnahme 38/2016, S. 4, dass er einer „behutsamen Erweiterung“ der Medienöffentlichkeit nicht grundsätzlich ablehnend gegenüberstehe. Er erkenne aber Defizite in der getätigten Interessenabwägung innerhalb des Entwurfs. Am 22.6.2017 beriet der Bundestag über den Gesetzesentwurf und nahm ihn in der geänderten Fassung des Rechtsausschusses (BT-Drs. 18/12591 v. 31.5.2017) einstimmig an. Am 22.9.2017 wurde der Entwurf vom Bundesrat gebilligt, nachdem der Rechtsausschuss dazu angeraten hatte, keinen Antrag auf Einberufung des Vermittlungsausschusses zu stellen (vgl. zuvor auch BR-Drs. v. 1.9.2017; zum Entwurf auch von Coelln, AfP 2016, 491 ff.; Claus, jurisPR-StrafR 22/2016 Anm. 1) und als „Gesetz über die Erweiterung der Medienöffentlichkeit in Gerichtsverfahren – EMöGG vom 8.10.2017“ im BGBl I 2017 Nr. 68 v. 18.10.2017, S. 3546 ff. verkündet.

² Gemeint ist die *Aufzeichnung* (Dokumentation) von Vernehmungen *im Ermittlungsverfahren* zur Fixierung von Vernehmungsinhalten (für den Zeugen bereits *de lege lata* in § 58a StPO verankert). Nicht gemeint sind die bereits bestehenden Formen der Vernehmung *durch* Videotechnik in der Hauptverhandlung z.B. in §§ 247a, 255a StPO, vgl. hierzu den Überblick von Goecke, Wahrnehmungsherrschaft über die Beweiserhebung und das Recht auf ein faires Verfahren, in: Strafverteidigervereinigungen (Hrsg.), „Welche Reform braucht das Strafverfahren?, Texte und Ergebnisse des 39. Strafverteidigertags in Lübeck 2015, S. 9 ff. Für die Einführung der audiovisuellen Vernehmungsdokumentation vgl. auch die Resolution des 39. Strafverteidigertages 2015 in Lübeck, abgedruckt in StV 2015, 328 ff.; AE-Beweisaufnahme, GA 2014, 1 ff.; Neuhaus, StV 2015, 158 ff. Vorangetrieben wurde das Vorhaben „audiovisuelle Vernehmungsdokumentation“ insbesondere [zu weiteren Vorläufen der BRAK u.a. Alenhain, ZIS 2015, 269 (270 ff.)] durch den Abschlussbericht der „Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens“ (fortan „Expertenkommission“), abrufbar unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Artikel/DE/2015/10132015_Abschlussbericht_Reform_Strafprozessrecht.html, S. 67 ff. (zuletzt abgerufen am 25.10.2017), dessen umfassende Empfehlungen bisher leider nur in Ansätzen legislativen Widerhall finden konnten; noch vor Veröffentlichung der Beratungen zuversichtlich zum Umsetzungswillen Nobis, StV 2015, 56 ff.; kritisch hingegen bereits zu den originären Empfehlungen der Expertenkommission Gräfin van Galen, ZRP 2016, 42 ff.; sehr kritisch zu den Ergebnissen Schönemann, StraFo 2016, 45 ff.; diplomatisch Basar/Schiemann, KriPoZ 2016, 177 (193): „Die von der Kommission abgegebenen Empfehlungen stellten für sich genommen schon keinen ‚großen Wurf‘ dar. Gleichwohl waren sie nicht so schlecht, wie manche sie hielten, auch wenn sie hinter den gesteckten Erwartungen weit zurückfielen.“

und der Nutzung von Big Data³ und Quellen-TKU⁴ im Ermittlungsverfahren (III).⁵ Abseits rechtsdogmatischer Fragen soll es im Folgenden um die sozial-psychologischen Folge- und Verzerrungseffekte der angestrebten Modernisierungen gehen, welche unter dem weiten Topos „Digitalisierung“ fassbar sind.

II. Gerichtsfernsehen über § 169 Abs. 2 GVG hinaus – Ende der „Würde des Gerichts“?

Bislang stand der Aufnahme von Gerichtsverhandlungen zur Vorführung der § 169 S. 2 GVG entgegen. § 169 GVG kennt dabei „zwei“ Öffentlichkeiten: Zum einen die *unmittelbare* Öffentlichkeit, die aus den im Sitzungssaal anwesenden Zuschauern besteht, die stets zu gewährleisten ist. Zum anderen die *mittelbare* Öffentlichkeit, d.h. Personen, die mittels technischer Möglichkeiten – aber ohne eigene körperliche Anwesenheit – das Geschehen im Gerichtssaal verfolgen können, welche nicht zuzulassen ist.⁶ Ausschließlich bei den Entscheidungsverkündungen des BVerfG sind weitergehende Aufnahmen möglich, vgl. § 17a BVerfGG.⁷ Ein Vorstoß des Gesetzgebers regte an, dass sich auch andere Gerichtszweige „moderat“ für das „Gerichtsfernsehen“ öffnen sollen,⁸ denn die Regelungen betreffend die Verfahrensöffentlichkeit (sprich § 169 S. 2 GVG) seien alt und überkommen.⁹ Ein durch das EMöGG neu in § 196 GVG eingefügter Absatz 3 lässt nun auch für die Verkündung von Entscheidungen des BGH in besonderen Fällen Fernseh-Rundfunkaufnahmen sowie Ton- und Filmaufnahmen zum Zweck der öffentlichen Vorführung oder der Veröffentlichung ihres Inhalts zu.¹⁰ Bislang würde es die unterinstanzlichen Gerichte demnach nicht betreffen, im Strafverfahren daher weder eine Amts-, noch eine landgerichtliche Tatsacheninstanz erfassen. Ungeachtet der Frage, ob eine Öffnung auch der *vollständigen* Tatsacheninstanz (sprich: der eigentlichen Hauptver-

handlung) für die Medien-Öffentlichkeit ganz grundsätzlich in die deutsche Verfahrenstradition passt und wie eine entsprechende legislative Umsetzung aussehen könnte, sind im Folgenden grundlegende Reibungsflächen der Beeinflussung von Verfahrensabläufen durch mediale „Sichtbarmachung“ zu diskutieren.

1. Legitimationsprobleme juristischer Arbeit durch „unbegrenzte Wirklichkeitserfahrung“

Eine der Triebfedern der Erwägungen zur fortschreitenden Öffnung des Verfahrens über § 169 S. 2 GVG hinaus ist die Schaffung von mehr Verständnis für die Gerichtswirklichkeit und ein dadurch bewirkter Ansehenszugewinn für die Justiz.¹¹ Das ist insoweit nachvollziehbar, als das Vorführen *zusammenhängender* Abläufe gerichtlicher Procedere (also nicht allein der Urteilsverkündung) tatsächlich mehr Einsicht bieten könnte, als durch überzeichnete Dramaturgie und Hysterie fiktionaler Gerichtsserien (zumeist US-amerikanisch¹²) oder pseudo-dokumentarischer Gerichtsshows (zumeist deutsches Privatfernsehen¹³) geleistet wurde.¹⁴ Die weitaus spannendere Frage ist jedoch, was ein „ungeschminkter“ Einblick „hinter die Kulissen des Rechts“ für das Strafverfahren und seine Akteure bedeuten würde. Zu befürchten sind komplizierte Rollenkonfusionen (a.) sowie der Verlust der professionellen Deutungshoheit über den Prozess (b.).

a) „Showbühne“ statt Gerichtssaal – Rollenkonfusionen und Erwartungsbrüche

Zum einen steht zu befürchten, dass der sensible Vorgang der juristischen Klärung des Lebenssachverhaltes zu einer „Showbühne“ verkommt.¹⁵ Zwar wird durchaus diskutiert, dass ein Strafverfahren eine Art „Rollenspiel“ inszeniert.¹⁶ Durch Bewusstmachung dieses Rollenarrangements würde womöglich das „szenisches Verstehen“¹⁷ der

³ Einführung in datenschutz- und wettbewerbsrechtliche Probleme bei Paal/Hennemann, NJW 2017, 1697 ff.; zum Strafrecht Meinicke, K&R 2015, 377 ff. und Meinicke, DSRITB 2014, 183 ff.; vgl. auch Marken, NZWiSt 2017, 329 (332 f.).

⁴ Vgl. den „Gesetzentwurf zur Änderung des Strafgesetzbuchs, des Jugendgerichtsgesetzes, der Strafprozessordnung und weiterer Gesetze“ in Form des Änderungsantrages vom 15.5.2017 bezüglich der Neufassung der §§ 100a ff. StPO; zu Recht kritisch hierzu Beukelmann, NJW-Spezial 2017, 440; vgl. auch Blechschmidt, StraFo 2017, 361 ff.

⁵ Zu den Verzerrungsfaktoren in Bezug auf die elektronische Akte vgl. Gerson, StraFo 2017, 402 ff.

⁶ Diemer, in: KK-StPO, 7. Auflage (2013), GVG § 169 Rn. 1; a.A. Kaulbach, JR 2011, 51; grundlegend zur Medienöffentlichkeit bereits Ranft, Jura 1995, 573 ff. sowie Scherer, Gerichtsöffentlichkeit als Medienöffentlichkeit. Zur Transparenz der Entscheidungsfindung im straf- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren, 1979, sowie Scherer, ZaöRV 39 (1979), 38 ff.

⁷ Sehr kritisch hierzu Wolf, NJW 1994, 681 ff.; a.A. Eberle, NJW 1994, 1637 ff.

⁸ ReGE-Medienöffentlichkeit (Fn. 1), S. 1: „moderate Lockerung des bisherigen Verbots.“

⁹ ReGE-Medienöffentlichkeit (Fn. 1), S. 9; a.A. BVerfG, Urt. v. 24.1.2001 – 1 BvR 2623/95 = NJW 2001, 1633 (n-tv Entscheidung); abweichende Voten von Kühling/Hohmann-Dennhardt/Hoffmann-Riem, WRP 2001, 243 (252 ff.); dazu auch Diekmann, NJW 2001, 2451 ff., der in eine ähnliche Richtung tendiert wie der RegE; die Entscheidung befürwortend Huff, NJW 2001, 1622 ff.; dagegen Kaulbach, JR 2011, 51 ff.

¹⁰ Vgl. EMöGG (Fn. 1), Art. 1 Abs. 3. Das gilt sodann über § 55 VwGO, § 52 FGO, § 61 SGG und § 72 ArbGG entsprechend auch für den BFH, das BSG und das BAG.

¹¹ ReGE-Medienöffentlichkeit (Fn. 1), S. 13 ff.

¹² Z.B. „Law and Order“ (inklusive des Serienuniversums), „Ally McBeal“, „Boston Legal“, „Suits“ etc.

¹³ Z.B. „Streit um Drei“ (ZDF), „Richterin Barbara Salesch“, „Richter Alexander Hold“ (Sat.1-Gruppe), „Das Strafgericht“, „Das Familiengericht“, „Das Jugendgericht“ (RTL-Gruppe) inklusive aller Ableger und *spin offs* („Lenßen und Partner“, „Rechtsanwalt/Staatsanwalt Posch ermittelt“, „Im Namen der Gerechtigkeit – Wir kämpfen für ihr Recht“ etc.); dazu auch Allgaier, ZRP 2004, 212: „Die journalistische Komponente siegt über die rechtliche.“

¹⁴ Dazu auch Grimm, ZRP 2011, 61. Polemisierend zur grundsätzlichen Befähigung des Bürgers zum Verständnis rechtlicher Zusammenhänge Zuck, NJW 2001, 1623 (1624 ff.).

¹⁵ Kutschaty/Gerhardt, ZRP 2013, 219. Der RegE-Medienöffentlichkeit (Fn. 1), S. 12 traut den Medien hingegen viel zu: „Die Sichtweisen dazu, ob die heutige Medienlandschaft einer sachlichen Berichterstattung zuträglich ist, gehen auseinander. Der Entwurf geht jedoch von der Grundannahme aus, dass die mediale Darstellung auch heute der Justiz gerecht werden und darüber hinaus der Bevölkerung auch ein positiveres Bild vermitteln kann.“; ähnlich optimistisch Bräutigam, BRAK-Magazin 4/2017, 15.

¹⁶ Kühne, Strafprozessrecht, 2016, § 1 Rn. 3; Arenhövel, ZRP 2004, 61; zur Fruchtbarmachung des „Rollenbegriffs“ für das Strafverfahren Gerson, Das Recht auf Beschuldigung, 2016, S. 35 ff. in Bezug auf Popitz und Dahrendorf.

¹⁷ Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 1981, S. 78, 112 ff.; vgl. auch Herzog, FS Hamm, 2008, S. 203; Fabricius, FS Hassemer, 2010, S. 37 ff.

Abläufe geschult, um durch ein austariertes „Vorverständnis“ die Verständigungsorientierung des Prozesses zu forcieren. Andererseits sprach bereits *Goffman* an, dass die Annahme einer Rolle zugleich die Annahme der damit implizierten Rollenerwartungen nach sich zieht.¹⁸ Die völlige Öffnung des in der Regel allein von Juristen dominierten Gerichtssaales für Dritte in Form der medialen Vorführung trüge daher auch die Erwartungen Dritter vom Verhalten der Juristen an die Juristen heran.¹⁹ Es könnte somit ein genau gegenteiliger Effekt eintreten, als der ministerielle Vorstoß ursprünglich intendierte: So wie ein Teilchen seine Laufbahn ändert, wenn es beobachtet wird,²⁰ würden plötzlich „Begutachter“ und „Anschauungsobjekt“ verschoben. Anstatt das Bild der Gesellschaft²¹ von der Justizwirklichkeit zu korrigieren, würde vielmehr die spürbare Erwartung der Gesellschaft von der (eingebildeten) Wirklichkeit der Justizabläufe diese infizieren. Ohne Zweifel ist eine gewisse „Ablenkung“ aller Betroffenen nicht ausgeschlossen.²²

b) Verlust der Deutungshoheit über den Ablauf – „Das Recht wird im Namen des Volkes gesprochen und nicht vor dem ganzen Volk!“²³

Solange eine Hauptverhandlung entweder nur durch persönliche Sitzungsteilnahme erfahren oder durch das Lesen der Urteilsgründe rekonstruiert werden kann, verbleibt die Deutungshoheit über Abläufe und gefundene Ergebnisse nahezu ausschließlich innerhalb der Profession. Damit ist nicht gemeint, dass eine Geheimjustiz etabliert würde,²⁴ vielmehr geht es darum, dass ein juristisches Verfahren primär juristische Probleme erörtern und lösen soll. Erschaffen wird dadurch ein argumentativer Raum juristischer Autonomie und Autorität.²⁵ Eine umfassende Öffnung des Gesamtablaufs für eine breite Medienöffentlichkeit erhöhte daher den (Erwartungs-)Druck auf die Beteiligten, ihre Entscheidung über die „Erheblichkeit“ und „Wesentlichkeit“ einzelner Fragen noch einsichtiger und insbesondere noch frühzeitiger auszugestalten. Zwar

spricht nichts gegen eine transparente und nachvollziehbare Begründung von Urteilen. Andererseits wird die juristische Arbeitsweise als sprachlogische Methode der Ergebniskonstruktion nicht ohne Grund durch ein mehrsemestriges Studium und einen abschließenden Vorbereitungsdienst erlernt. Die „Leichtigkeit“ der handwerklichen Bewältigung eines rechtlichen Konfliktes nach „allen Regeln der Kunst“ ist zumindest gefährdet, wenn die juristische Deutungshoheit über Gebühr beschränkt würde. Durch Aufnahme und Vorführung kompletter Hauptverhandlungsabläufe würde der argumentative Raum juristischer Autonomie und Autorität aufgebrochen und zugleich der ungeschützten Infragestellung durch eine noch breitere bzw. unbegrenzte Öffentlichkeit überlassen.²⁶

Überdies wären die Akteure „auf ewig“ in ihrer Rolle gefangen: Der „Täter“ bliebe auch Jahre nach der Verhandlung über „Youtube“ identifizierbar, das Opfer dauerhaft als solches stigmatisiert.²⁷ Der Richter sähe sich womöglich als Zielscheibe von Hohn und Spott in der „heute show“ oder anderem Kabarett „verarbeitet“,²⁸ wenn er nicht permanent wortgewandt und verhandlungssicher agierte.²⁹ Solche Unwuchten innerhalb der ansonsten „vergänglichen“ Konfliktlösung bedürfen der sorgfältigen Überlegung vor der Einführung entsprechender Übertragungsmöglichkeiten.

2. Zwischenfazit: Verflachung, Verkünstlichung und Versteigerung statt Transparenz

Die Vorführung der Urteilsverkündung ist nicht zu beanstanden, mag sie auch redundant sein. Ob hingegen das (weiterhin nicht mögliche) öffentliche Vorführen von Hauptverhandlungen zwangsläufig positive Wirkungen für Gesellschaft und Verfahrens nach sich zöge, ist zumindest kritisch zu hinterfragen. Nahezu vernichtend wirkt die Bewertung von *Alwart* zum Entwurf und auch zu den

¹⁸ Vgl. nur *Goffman*, *Presentation of Self in everyday Life*, 1959, S. 9: „When we allow that the individual projects a definition of the situation when he appears before others, we must also see that the others, however passive their role may seem to be, will themselves effectively project a definition of the situation by virtue of their response to the individual and by virtue of any lines of action they initiate to him.“

¹⁹ Zur bereits vorherrschenden „Boulevardisierung der Gerichtsberichterstattung“ s. *Metin*, ZRP 2005, 205 ff.

²⁰ Sog. „Welle-Teilchen-Dualismus“, entdeckt im Doppelspaltexperiment.

²¹ Zum Schutz des Rechts der Richter am eigenen Bild gem. § 22 KUG schon *Ernst*, NJW 2001, 1624 (1626).

²² So sehr deutlich BT-Drs. IV/178 v. 07.02.1962, S. 45: „Sie [Rundfunk- und Filmaufnahmen] lenken den Angeklagten und die Zeugen von der Hauptverhandlung ab; Sie hindern unter Umständen den Angeklagten und den Verteidiger wegen der Scheu vor einem unbeschränkten, unübersehbaren und unsichtbaren Zuhörer- oder Zuschauerkreis, ihre Aussagen und Erklärungen so zu gestalten, wie es das Verteidigungsinteresse erfordert. Sie vereiteln den Zweck des § 243 Abs. 2 StPO, wonach die Zeugen bei der Vernehmung des Angeklagten nicht zugegen sein dürfen, und ermöglichen es späteren Zeugen zu hören, was früher vernommene Zeugen ausgesagt haben. Sie legen auch den Zeugen und Sachverständigen Hemmungen bei ihren Aussagen auf und beeinträchtigen ihre Unbefangenheit. Den noch nicht verurteilten Angeklagten zerren sie in einer oft unerträglichen Weise in das Scheinwerferlicht einer weiten Öffentlichkeit.“

²³ *Kutschaty/Gerhardt*, ZRP 2013, 219 [Hervorhebungen O.H.G.]

²⁴ Vielmehr solle sich der Richter ständig „beobachtet“ fühlen, *Grimm*, ZRP 2011, 61 (62).

²⁵ Von *Zuck*, NJW 1995, 2082 (2083) spöttisch „Arkanum“ genannt.

²⁶ *Grimm*, ZRP 2011, 61 (62); das gilt selbstverständlich auch für Vorverurteilungen zu Lasten des Beschuldigten. Treffend zu den Risiken einer Medienöffnung für alle Beteiligten *Ernst*, NJW 2001, 1624 (1626): „Im Medienzeitalter sind zudem stets auch die Folgen der Freigabe von Personen zum ‚Abschuss‘ durch die Medien zu bedenken.“

²⁷ Zu diesem Problem der Rollenzementierung *Kutschaty/Gerhardt*, ZRP 2013, 219 (220).

²⁸ *Arenhövel*, ZRP 2004, 61 ff. zur Wechselwirkung aus sachlicher und überzogener Kritik durch den Boulevard.

²⁹ Spitzzünftig *Zuck*, NJW 1995, 2082: „Vor allem will ich Richter und Staatsanwälte sehen, blitzgeschneidert und manchmal arrogant, auch eitel, schlecht vorbereitet, oder souverän, sachkundig, verständnisvoll, und den pflichtbewußten Langweiler. Und dann alle diese Anwälte, die Mietmäuler und die juristischen Hasardeure, die Stars und die Biedermänner, aber natürlich auch die guten, die den Sachverhalt kennen, ein Rechtsgespräch führen und die Interessen des Mandanten wirklich wahrnehmen können. Dann will ich das Gerichtspersonal und die Sachverständigen sehen, die Übersetzer und die Zeugen. Und natürlich will ich auch die Parteien selbst sehen. Ich könnte mir dann ein Bild des Klägers machen, der, als wahre Inkarnation der deutschen Rechthaber-Kultur, unter der Überschrift ‚Unharmonischer Intimverkehr als Reisemangel‘ das fehlende Doppelbett gerügt hat [...]“

bis dato ergangenen Öffnungen für die Medienöffentlichkeit: „Der Entwurf ist geeignet, die gegenwärtige Justiz-, Medien- und Demokratiekrise zu verschärfen. [...] Dahinter verbirgt sich ein hermeneutisch leerer Informationsbegriff, der dazu geführt hat, dass die Hauptverhandlung an der Strafprozessordnung vorbei um mediale Erniedrigungsrituale erweitert worden ist. Die Angeklagten werden zwar nicht in einem Käfig präsentiert, nicht selten aber einem unfairen und stigmatisierenden Fotoshooting ausgesetzt, das ihre Verteidigung behindert. Inzwischen hat kaum noch jemand Antennen dafür, den unmoralischen und (mensen-)rechtsfeindlichen Charakter solcher Rituale zu erfassen.“³⁰ Wenngleich das Wetterleuchten hier sehr drastisch illustriert wird, ist die Stoßrichtung richtig: Zu groß scheint das Risiko der Verflachung der Inhalte, der Verkünstlichung der Abläufe und der Versteigerung der Verfahrens-(zwischen-)ergebnisse. Es wäre daher zwingend erforderlich (gewesen), vor der Ausweitung der Bild- und Ton-Übertragungen aus Gerichtssälen zunächst empirisch zu erheben, welche konkrete Vorstellung Nicht-Juristen von einem strafrechtlichen Verfahren haben, um eine „Hoch-Stilisierung“ und damit einhergehende Hemmung der Funktionalität zu verhindern. Solange keine eindeutigen wissenschaftlichen Erkenntnisse dazu vorliegen, ob Vorführungen das Verständnis der Abläufe tatsächlich erhöhen können, ohne zugleich unerträgliche Nachteile für die Beteiligten des Prozesses zu erwirken, ist von medialem Streaming von Hauptverhandlungen Abstand zu nehmen. „Gerichtsfernsehen“ ist Zukunftsmusik und sollte diese bleiben.³¹ Der unabdingbare Öffentlichkeitsgrundsatz wurde bereits über die §§ 169 ff. GVG *alter Fassung* verwirklicht.

III. Die audiovisuelle Vernehmungsdokumentation und deren inhärente „Boomerang“-Effekte

Um „Filmen“ – jedoch in einem anderen Verfahrensabschnitt und mit anderer Intention – geht es auch bei der audiovisuellen Vernehmungsdokumentation. Ohne Zweifel stellt diese einen Fortschritt im Vergleich zur lediglich schriftlichen Skizzierung eines Vernehmungsprotokolls dar, welches als Relikt aus dem Papierzeitalter für Fehldeutungen und Wahrnehmungsverzerrungen steht.³² Andererseits eröffnet sie zugleich eine neue Form der *Digitalisierung* von Ermittlungsvorgängen. Aus den §§ 163a Abs. 3 und 4 i.V.m. 168 a und b StPO sowie Nr. 45 Abs. 2 RiStBV ergibt sich, dass Vernehmungen (welche Hauptfehlerquellen im Strafverfahren sind³³) im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren grundsätzlich zu protokollieren sind. Die audiovisuelle Aufzeichnung beim Beschuldigten hingegen unterliegt dem § 163a Abs. 1 S. 2 StPO, der auf die „Kann-Regelung“ beim Zeugen im § 58a Abs. 1 S. 1 StPO verweist.³⁴ Die ursprünglichen Empfehlungen der „Expertenkommission“³⁵ und auch des AE-Beweisaufnahme³⁶ wollten dies wesentlich ausweiten. Der Reformdruck ist somit offenkundig.³⁷

Es soll auch hier nicht um die dogmatischen Problemlagen bezüglich der Verwertung³⁸ von Vernehmungsdokumentationen in der Hauptverhandlung gehen, die in Hinblick auf den geltenden Unmittelbarkeitsgrundsatz gem. §§ 249 ff. StPO lediglich ergänzend, und nur in engen Ausnahmefällen substituierend von statuten gehen

³⁰ Alwart, Stellungnahme zur BT-Drs. 18/10144 im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages am 29.3.2017, S. 2, abrufbar auf <http://www.bundestag.de/blob/500950/3287353c09411dcb3368baa05ea924e0/alwart-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 25.10.2017).

³¹ So schon Huff, NJW 2001, 1622 (1623); a.A. Loubal/Hofmann, MMR 2016, 669 ff., die eine Ausweitung der Medienöffentlichkeit im Kern befürworten; unterschiedliche Vorschläge zur Umsetzung dieser Erweiterung bei Hirzebruch, BRJ 2017, 5 ff.; sehr optimistisch hingegen Bräutigam, BRAK-Magazin 4/2017, 15.

³² Vgl. schon Expertenkommission (Fn. 2), S. 69; Altenhain, Dokumentationspflicht im Ermittlungsverfahren – warum eigentlich nicht?, in: Strafverteidigervereinigungen (Hrsg.), „Welche Reform braucht das Strafverfahren?, Texte und Ergebnisse des 39. Strafverteidigertags in Lübeck 2015, S. 181 (198 ff.) = [wortgleich, daher parallel zitiert in] ZIS 2015, 269 (278); Neuhaus, StV 2015, 185 (189); als allseits bekannte Stichworte genügen Perseveranz, Inertia, Kognitive Dissonanz etc., vgl. erstmalig bereits Schönemann, StV 2000, 159 ff.; vertiefend Gerson, Das Recht auf Beschuldigung, 2016, S. 150 ff.; nach Jansen, Zeuge und Aussagepsychologie, 2011, S. 140 beinhalten von Vernehmungsbeamten angefertigte Eindrucksvermerke „nur Wertungen und keine Beschreibungen des Beobachtungen. [...] Bei den heute zur Verfügung stehenden Techniken erscheint es nicht mehr zeitgemäß, auf rein subjektive Einschätzungen von Vernehmungsbeamten zurückzugreifen.“; vgl. auch Nack/Park/Brauneisen, NStZ 2011, 310 ff.: „Es darf als allgemeinkundig gelten, dass die Wiedergabe einer Aussage durch den Vernehmenden oder den Protokollführer misslingen kann. Dass dieses die Wahrheitsfindung im Strafverfahren nachteilig beeinflussen kann, bedarf keiner näheren Erläuterung.“

³³ Vgl. nur Neuhaus, StV 2015, 185 (187) m.w.N.

³⁴ Dazu auch der Überblick über die Rechtslage bei Altenhain, ZIS 2015, 269 f. Mit der Erweiterung des § 136 StPO durch einen Absatz 4 ist die Vernehmung eines minderjährigen Beschuldigten zukünftig in Bild und Ton aufzuzeichnen, wenn dadurch seine schutzwürdigen Interessen besser gewahrt werden können, vgl. BT-Drs. 18/11277 v. 22.2.2017 u. 18/12785 v. 20.6.2017 als (untechn.) „Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens“. Am 7.7.2017 hat der Bundesrat den Text in Form der Abänderungen des ursprünglichen Entwurfs durch den Rechtsausschuss (BT-Drs. 18/12785 v. 20.6.2017) gebilligt. Durch die RL 2016/800 („Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.5.2016 über Verfahrensgarantien in Strafverfahren für Kinder, die Verdächtige oder Beschuldigte in Strafverfahren sind“, ABl. EU Nr. L 132 v. 21.5.2016, S. 1 ff.), ist dies ohnehin notwendig geworden, vgl. hierzu Neubacher/Bachmann, ZRP 2017, 140 ff.; zu Bedenken dieser Vernehmungsform für Kinder bereits Knoblauch zu Hatzbach, ZRP 2000, 276 ff.

³⁵ Expertenkommission (Fn. 2), S. 67 ff.

³⁶ AE-Beweisaufnahme, GA 2014, 1, 8 zu § 136 StPO-E.

³⁷ Zum kompletten Streitstand Gerson, Das Recht auf Beschuldigung, 2016, S. 871 ff. m.w.N. sowie (Fn. 32).

³⁸ Allgemein zu Verwertungsfragen „digitaler“ Beweismittel Hercher/Momsen, Digitale Beweismittel im Strafprozess – Eignung, Gewinnung, Verwertung, Revisibilität, in: Strafverteidigervereinigungen (Hrsg.), Die Akzeptanz des Rechtsstaats in der Justiz, Texte und Ergebnisse des 37. Strafverteidigertags in Freiburg, 2013, S. 173 ff., zur Verwertung S. 185 ff.

kann.³⁹ Auch ist klar, dass moderne Techniken Ressourcen sparen und vieles dadurch leichter und schneller funktionieren wird.⁴⁰ Stattdessen werden einige interdisziplinäre Erkenntnisse der Wahrnehmungspsychologie⁴¹ zusammengestellt und in den Kontext der digital fixierten Vernehmungssituation eingeordnet,⁴² um das Strafverfahren für den zukünftig vermehrten Einsatz der audiovisuellen Vernehmungsdokumentation zu wappnen.

1. Neue Perspektive(n) auf alte Dinge

Die audiovisuelle Vernehmungsdokumentation vertieft und fokussiert die Interpretation der Vernehmungsinhalte (a) und gestaltet die Beweisermittlung transparent und wiederholbar (b). Zugleich wird dadurch der Erkenntnisrahmen unserer Wahrnehmung umfassend erweitert (c).

a) Qualitativer Unterschied: Vertiefung und Fokussierung der Interpretation der Vernehmungsinhalte

Zu kurz greift, wer den Übergang von schriftlichem Protokoll zur audiovisuellen Vernehmungsdokumentation ausschließlich als technischen Umbruch begreift. Verändert werden vielmehr Art und Form der Beweisdeutungsmöglichkeiten.⁴³ Während sich bei Unklarheiten über den Ablauf der Vernehmung aus dem Vernehmungsprotokoll zumeist wenig ziehen lässt, da es (wenn überhaupt, vgl. Nr. 45 Abs. 2 S. 1 RiStBV: „möglichst wörtlich“) nur den Wortlaut der gestellten Fragen und die erhaltenen Antworten wiedergibt,⁴⁴ ist dies bei audiovisuellen Vernehmungen anders: Die vollzogene Wirklichkeitsfestschreibung ist umfassend. Zudem wird der inhaltliche Eindruck durch weitere Details angereichert, von der Tonlage und Lautstärke der kommunizierenden Beteiligten, der erfahrbaren Dauer der Vernehmung⁴⁵ (oder auch schon der

Dauer zwischen Frage und Antwort), über Körperhaltung, Mimik und Gestik, bis hin zu den Begleitumständen der Befragung wie beispielsweise Raumgröße, vorgelegte Beweismittel etc.⁴⁶ Zwar nicht hautnah – aber doch „atmosphärisch“ dicht – wird durch die audiovisuelle Dokumentation demnach die „Lebenssituation Vernehmung“ rekonstruiert,⁴⁷ die als typischerweise zwangskommunikativ ausgestaltete Ermittlungsmaßnahme⁴⁸ weitaus mehr repräsentiert als die Ausformulierung dessen, was der Vernehmungsbeamte zu interpretieren und zu verschriftlichen bereit gewesen ist.

b) Quantitativer Unterschied: Wiederholbarkeit und Transparenz der Beweisermittlung

Auch für den Großteil der Befürworter der audiovisuellen Vernehmungsdokumentation soll ein unmittelbarer Beweistransfer⁴⁹ von Ermittlungsergebnissen aus dem Vorverfahren in die Hauptverhandlung die Ausnahme bleiben.⁵⁰ Es gelte weiterhin der Unmittelbarkeitsgrundsatz gem. §§ 249 ff. StPO, d.h. der im Ermittlungsverfahren Vernommene werde im Regelfall ohnehin im Rahmen der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung erneut befragt, die Dokumentation daher nicht zu Rate gezogen. Sie erleichtert nach bisherigem Verständnis also lediglich den Rückgriff bei Streitigkeiten über den konkreten Inhalt und Ablauf der im Ermittlungsverfahren durchgeführten Vernehmung.⁵¹ Der Anwendungsbereich ist somit insbesondere bei Streitfragen über Erhebungs- und Vernehmungsverbote, die aus fehlerhaften Befragungen resultieren, eröffnet. Durch die mediale Umsetzung und die leichte Abspielbarkeit können insbesondere solche Vernehmungsbestandteile, die tatsächliche Abläufe betreffen (wie

³⁹ Instrukтив hierzu AE-Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (2 ff.; 25 f.); grundsätzlich zustimmend Jahn, StV 2015, 778 ff.; Kröpil, JR 2015, 611 (616); Buckow, ZIS 2012, 551 (553 f.); eher kritisch zum Entwurf hingegen Pollähne, StV 2015, 784 (790); zur Unzulässigkeit des „Mainzer Modells“ (Form der audiovisuellen Zeugenvernehmung in der Hauptverhandlung) s. BGH, Beschl. v. 20.9.2016 – 3 StR 84/16 = NSStZ 2017, 372 ff.; zur Wirkung des § 255a StPO vgl. Widmaier/Nourouzi, MAH, § 9 Rn. 252 f.; Diemer, NSStZ 2002, 16 ff. Der § 247a Abs. 1 S.1 StPO verweist ausdrücklich auf § 251 Abs. 2 StPO, der eine Ersetzung der Vernehmung in der Hauptverhandlung durch Niederschrift (hier analog: Videodokumentation) zulässt.

⁴⁰ Vgl. hier nur Leitner, Videotechnik im Strafverfahren. Ein Petition für mehr Dokumentation und Transparenz, 2012, S. 130. Weshalb das weiterhin ernsthaft bestritten wird, ist nicht wirklich nachvollziehbar, vgl. auch Artkämper, Kriminalistik 2009, 417 (423): „Die jahrzehntelange Zurückhaltung der Kriminalisten gegen Tonband- und Videovernehmungen ist schwer verständlich, es sei denn, es gäbe etwas zu verbergen. Dass das nicht der Fall ist, sollte auch gerichtlich nachvollziehbar dokumentiert werden.“; Radtke, DRiZ 2017, 190 f. greift einen anderen Aspekt auf und befürchtet Nachteile für die Arbeit der Revisionsgerichte. Dieses Problem ergäbe sich hingegen erst durch eine Videodokumentation der Hauptverhandlung selbst, vgl. eindringlich Wilhelm, Dokumentationspflicht in der Hauptverhandlung – warum eigentlich nicht?, in: Strafverteidigervereinigungen (Hrsg.), „Welche Reform braucht das Strafverfahren?, Texte und Ergebnisse des 39. Strafverteidigertags in Lübeck, 2015, S. 165 und oben I. zum „Gerichtsfernsehen“.

⁴¹ Zu Frankreich Henrion/Nitschmann, ZStW 115 (2003), 958 (971 f.); zu England und Wales Gleß, Der Einsatz von Videotechnologie in anderen europäischen Ländern, in: Strafverteidigervereinigungen (Hrsg.), „Wehe dem, der beschuldigt wird“, Texte und Ergebnisse des 34. Strafverteidigertags in Hamburg, 2010, S. 193 ff.

⁴² Ähnliche Aspekte greift auch Kertai, MMR 2011, 716 ff. auf, wenn er durch die Einführung von Bildern den Einzug der „visuellen Rechtskommunikation“ in seiner Bedeutung für das Strafverfahren hinterfragt.

⁴³ Unstreitig kommt einer audiovisuellen Vernehmungsdokumentation der größte Beweiswert zu, vgl. Eisenberg, StPO, 2017, 2. Teil Rn. 613, 617. Der AE-Beweisaufnahme (GA 2014, 1 ff.) – sowie insbesondere Jahn, StV 2015, 778 (779) – gehen sogar davon aus, dass die mündliche Vernehmung in der Hauptverhandlung im Vergleich zur Dokumentation der Aussage zwei unterschiedliche Gegenstände der Beweiserhebung darstellen, sowie die Vernehmung in der Hauptverhandlung nicht *per se* die „bessere“ sei.

⁴⁴ Altenhain (Fn. 32), S. 181 (196 f.).

⁴⁵ Obwohl dies auch beim schriftlichem Protokoll obligatorisch sei, vgl. Eisenberg, StPO, 2017, 2. Teil Rn. 613 ff.

⁴⁶ Vgl. auch Neubacher/Bachmann, ZRP 2017, 140 (141) m.w.N.

⁴⁷ Vgl. auch Gleß (Fn. 41), S. 193 (204).

⁴⁸ Die Zwangskommunikation unterscheidet sich von der symmetrischen Kommunikation, weil sie sich nicht frei und sozialtypisch entwickelt, sondern institutionalisiert und verzerrt stattfindet. Die Vernehmung ist ein Paradigma dieses Phänomens; dazu Gerson, Das Recht auf Beschuldigung, 2016, S. 403 ff., 549 ff. m.w.N.

⁴⁹ Zu den historischen Wurzeln der Verhinderung eines Beweistransfers vom Vorverfahren ins Hauptverfahren AE-Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (13 ff.).

⁵⁰ AE-Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (4 ff., 18 ff.). Der Alternativentwurf moniert vor allem die inzwischen völlig unsystematische Durchlöcherung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes (S. 25) und möchte mithilfe der audiovisuellen Dokumentation ein „neues Konzept von Beweisaufnahme“ etablieren; vgl. auch Jahn, StV 2015, 778 (780, 782); so auch herausgearbeitet von Kröpil, JR 2015, 611 (613).

⁵¹ So auch BRAK-Stellungnahme-Nr. 1/2010, S. 6.

Dauer,⁵² Anwesenheit, Belehrung) „einsichtig“ gemacht werden. Der Streit über vorgeblich fehlende und/oder fehlerhafte Belehrungen (sowohl § 163a Abs. 3 und 4 i.V.m. § 136 Abs. 1 als auch §§ 55 Abs. 2, 57 StPO) ist damit schnell vom Tisch. Entweder wird nicht mehr gerügt, dass Fehler unterlaufen sind, oder die Unstimmigkeit ist mittels Abspielen der streitigen Sequenz innerhalb kürzester Zeit aufklärbar.⁵³ Bedeutsam ist dabei, dass spätere Rezipienten der Dokumentation erstmals ermächtigt werden, die parallel fixierten Festschreibungen des schriftlichen Protokolls⁵⁴ zu hinterfragen. Während der geschriebene Text ausschließlich auf Stringenz und – bei unvorsichtiger Formulierung – auf suggestive Vernehmungstaktiken⁵⁵ abgeklöpft werden kann, ermöglicht der Konsum der audiovisuellen Dokumentation ein *Nacherleben* der Geschehnisse und damit zugleich ein umfassendes Aufspüren von Fehlern.⁵⁶ Insgesamt wird also die „Rekonstruktion“ und „Unstreitigstellung“ vergangener Abläufe erheblich erleichtert und verbessert.

c) Deutlicher epistemologischer Unterschied i.S.e. „Was können wir wissen?“

Der Schritt von der *Technisierung* (d.h. der Nutzung von EDV zur Speicherung und Verarbeitung zuvor händisch gewonnener Informationen) zur *Digitalisierung* der Vorgänge (d.h. der vorgeschalteten Rezipienz der Informationen *durch* EDV) bewirkt durch die aufgezeigten qualitativen und quantitativen Verschiebungen einen Paradigmenwechsel in der Erkennensreichweite. Während das schriftliche Fixieren von Aussageinhalten der (angeblich) ontologischen Welt unseren Kreationswillen „aufzwingt“, wird durch die audiovisuelle Fixierung – unabhängig unseres menschlichen Willens – indes ein „Mehr“ an Wahrnehmung generiert. Die digitale Dokumentation erweitert den Möglichkeitsrahmen menschlicher Erkenntnisfähigkeit, wodurch „Erfahrung“ und „Erahnung“ zunehmend in den Hintergrund rücken. Digitale Erfassung „sieht“ mehr, „hört“ besser, ermüdet nicht und braucht keine Verschnaufpausen. Dass dies gleichwohl nicht unbedingt nur vorteilhaft ist, wird im Folgenden unter 2. herausgearbeitet.

2. Neue Probleme durch wahrnehmungspsychologische Unwägbarkeiten

Trotz unbestreitbarer Nützlichkeit bei Streitigkeiten über tatsächliche vergangene Gegebenheiten sind mit der audiovisuellen Vernehmungsdokumentation auch gravierende wahrnehmungspsychologische Probleme verbunden,⁵⁷ quasi „neue Verzerrungen“, die die alten ersetzen. Es geht um Verzerrungen durch die technischen Vorrichtungen als solche (a), Verzerrungen durch die neue Überbetonung des gesprochenen Wortes (b), sowie Verzerrungen durch die Erweiterung der technisch-basierten Ausforschungsmöglichkeiten zu Lasten des Befragten (c).

a) „Is guilt in the eye of the camera?“⁵⁸ – Die Bedeutung von richtigen Perspektive(n) und volatilen Wahrnehmungskausalitäten

Vor allem ein zunächst unscheinbarer Aspekt technischer Natur kann weitreichende Folgen erwirken. Aus seit Jahren gefestigten Studien ist bekannt, dass Stellung und Winkel der Kamera großen Einfluss auf die spätere Bewertung eines Videoinhaltes haben.⁵⁹ Neben *Daniel Lassiter*⁶⁰ hat sich auch der Psychologe *Robert Cialdini* mit diesem Phänomen beschäftigt. Er erklärt die Unwägbarkeiten mit dem Grundsatz „*What is focal, is causal*“.⁶¹ Dieses Prinzip besagt, dass Menschen bei der Bewertung der Frage nach der Ursächlichkeit Dritter für bestimmte Abläufe in ihrer Einschätzung maßgeblich davon beeinflusst werden, welche Person sie aktiv wahrnehmen konnten. In Versuchen wurden Probanden dazu in die Nähe eines Tisches mit einem Pärchen gesetzt, welches im Rahmen des Versuchsaufbaus über ein Thema streiten sollte. Eine Probandengruppe wurde hinter den Rücken des Mannes platziert, sah also lediglich die Frau frontal. Eine andere Probandengruppe saß hinter dem Rücken der Frau, sah demnach den Mann frontal. In weiteren Abwandlungen saßen Probandengruppen neben dem Tisch, konnten somit beide Partner gleich gut erkennen. Das überraschende Resultat: Trotz identischen „Streitgesprächs“ kamen die Probandengruppen aus jedem „Blickwinkel“ zu anderen Urteilen bezüglich der Frage, wer im Streit „ob-siegte“ oder „unterlag“, wer den aktiven/passiven Part spielte und insbesondere auch, wer das Endergebnis (also den Streitentscheid) hauptsächlich verursacht habe.⁶²

⁵² Zur zulässigen Dauer von 45 min bis zu höchstens einer Stunde und gegen weitaus ausschweifendere Vorschläge (drei bis vier Stunden) *Eisenberg*, StPO, 2017, 2. Teil Rn. 606.

⁵³ *Altenhain*, ZIS 2015, 269 (279).

⁵⁴ Denn bei diesem soll es zunächst verbleiben, vgl. Expertenkommission (Fn. 2), S. 71 f.; a.A. *Altenhain* (Fn. 32), S. 181 (203 ff.), der das Protokoll neben der Videodokumentation für obsolet hält.

⁵⁵ *Eisenberg*, StPO, 2017, 2. Teil Rn. 587 ff., 613; ausführlich zu deren Wirkung *Jansen* (Fn. 32), S. 119 ff.

⁵⁶ *Altenhain*, ZIS 2015, 269 (278).

⁵⁷ Rechtlich kann die audiovisuelle Aufzeichnung bei Zeugen, sofern sie nicht gem. §§ 52 ff. StPO aussageverweigerungsberechtigt sind, einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht gem. Art. 8 EMRK darstellen, vgl. auch Expertenkommission (Fn. 2), S. 71; *Altenhain* (Fn. 32), S. 181 (193 ff.).

⁵⁸ Aufsatztitel einer der Pioniere dieser Forschungsfrage, vgl. *Lassiter/Geers/Munhall/Handley/Beers*, Videotaped confessions: Is guilt in the eye of the camera?, in: Zanna (Hrsg.), *Advances in Experimental Social Psychology* 33/2001, S. 189 ff.

⁵⁹ Unstreitig gestellt von *Eisenberg*, StPO, 2017, 2. Teil Rn. 617 m.w.N.

⁶⁰ *Lassiter/Geers/Handley/Weiland/Munhall*, *Journal of Applied Psychology* 87/2002, 867 ff.; zuvor schon *Lassiter/Irvine*, *Journal of Applied Social Psychology* 16/1986, 268 ff.; wird ausschließlich der Befragte und nicht der Vernehmende gefilmt, kann es zu Wahrnehmungsverzerrungen des Inhalts kommen (sog. *illusionary causation*), vgl. *Lassiter*, *American Psychologist* 65/2010, 768 (770); *Kassin/Appleby/Torkildson Perillo*, *Legal and Criminological Psychology* 15/2010, 39 (50).

⁶¹ Vgl. *Cialdini*, *Pre-Suasion*, 2016, S. 51 ff.; zu ähnlichen Ergebnissen kommen auch *Lassiter/Geers/Munhall/Ploutz-Snyder/Breitenbecher*, *Psychological Science*, 13.4/2002, 299 ff.

⁶² *Cialdini*, *Pre-Suasion*, 2016, S. 52 m.V. auf die Studien von *Taylor/Fiske*, *Saliency, Attention, and Attributions: Top of the Head Phenomena*, in: Berkowitz (Hrsg.), *Advances in Experimental Social Psychology* Vol. 11, S. 249 ff.

Schon in früheren Studien ergaben sich vergleichbare Resultate.⁶³ *Cialdini* schlussfolgert daraus, dass diejenige Person, die sich im Fokus der Aufmerksamkeit des Betrachters befindet, automatisch für verantwortlicher, aktiver, bestimmender und überlegener gehalten wird, da unsere Wahrnehmung den deutlich erkennbaren Akteur in seinem individuellen Einfluss auf das Ergebnis überinterpretiert: „*whomever's face was more visible was judged to be more causal.*“⁶⁴ Diese Regel (auch als „*saliency-effect*“ bekannt⁶⁵) gilt natürlich nicht nur für Vernehmungen, kann aber gerade dort zu erheblichen Verzerrungen führen.

Übertragen auf audiovisuelle Vernehmungsdokumentationen wird deutlich, dass die denkbar schlechteste Kameraposition daher eine solche ist, die lediglich den Vernommenen frontal zeigt, den Befragenden hingegen ausblendet oder nur anteilig ins Bild rückt. Jeglicher späterer Einwand dergestalt, dass Vernehmungsfragen manipulativ, die Situation bedrängend, die angewandte List⁶⁶ erdrückend oder die Vernehmung insgesamt einseitig gewesen seien, würden trotz Besehens des Videos womöglich allein deshalb nicht geglaubt, weil der als aktiv (sprich: *frontal*) gesehene Befragte zugleich als der für das Gesamtergebnis verantwortliche Akteur verstanden wird. Ein Berufen des Betroffenen auf die Behauptung, zur Aussage gedrängt oder überlistet worden zu sein, wird trotz Existenz einer Vernehmungsdokumentation erschwert.

Deutlich wird, dass allein durch einen zunächst unscheinbaren Umstand wie einen ungeschickten Kamerawinkel der vermeintliche Segen der Reproduzierbarkeit der „wahren Sachlage“ zu einem wahrnehmungspsychologischen „Boomerang“ verkommen kann. Der Effekt ist zudem robust: „*Nothing could change the camera angle's prejudicial impact – except changing the camera angle itself.*“⁶⁷

b) „*Wer sagt was und wie?*“ – *Von der Macht der Worte und der Verhinderung von Wahrheitserfahrung*

Weitere Verzerrungen können sich aus der „ungeschminkten“ Wortwahl bzw. der Art und Weise ihrer Verbalisierung ergeben. Zwar trägt das schriftliche Protokoll den typischen Nachteil jedes Interpretationskonstruktes in sich, d.h. in der Regel werden darin – entgegen der Realität⁶⁸ – stets stolperfreie Fragen gestellt, die in geraden Sätzen und ohne Füllwörter Beantwortung finden; offenkundig ist dabei, dass eine Vernehmung in den seltensten Fällen umfassend korrekt und sprachlich sauber ausformuliert von Statten geht. Weit gefehlt wäre es jedoch, in der audiovisuellen Vernehmung in diesem Punkt uneingeschränkte Vorteile zu wähen. Durch die Vernehmbarkeit der individuellen Stimme(n) werden indes neue, völlig andersartig gelagerte Emotionen beim Rezipienten getriggert.⁶⁹ Wortwahl, Stimmfarbe und -lage, Sprechduktus, Spracheinfärbung und unzählige weitere Parameter entfalten direkten Einfluss auf den Sympathie- und Glaubwürdigkeitsgehalt von Sprechinhalten.⁷⁰ Menschen schließen (zu) schnell von der Stimme auf den Charakter, nicht ohne Hintergedanken kommt der Begriff „Persönlichkeit“ von „*personare*“ = „durch den Klang“.⁷¹ Durch Sprache offenbart der Sprecher unweigerlich sein „Ich“.⁷² Diesen Umstand nutzen beispielsweise die sog. forensische Sprechererkennung und Tonträgeranalyse, welche durch das BKA bereits seit Jahrzehnten eingesetzt werden.⁷³ Aus deren Auswertungen sind sichere Auskünfte über Geschlecht, Alter, regionale Herkunft und Muttersprache, mittels Wortwahl und Duktus zusätzlich auch über Bildungsstand und soziale Schichtzugehörigkeit des Sprechers möglich.⁷⁴

Es ist darüber hinaus eine weit verbreitete, aber (zu) schöne Einbildung, dass es mehrheitlich auf den Inhalt des Gesagten ankommt. Gerade bei hörbaren Sprechakten rückt der Inhalt zum Teil weit in den Hintergrund. Mehr als die Hälfte der Überzeugungskraft eines Vortrages wird über die nicht-inhaltlichen Faktoren übermittelt. Stattdessen gelte die (inzwischen heftig umstrittene) 55/38/7-Regel

⁶³ *Robinson/Zebrowitz-McArthur*, *Journal of Personality and Social Psychology* 43/1982, 236; *Hagemann/Strauss/Leissing*, *Psychological Science* 19/2008, 769 ff.

⁶⁴ *Cialdini*, *Pre-Suasion*, 2016, S. 55.

⁶⁵ *Briggs/Lasstier*, *Journal of Social Behavior and Personality* 9.1/1994, 171 ff.

⁶⁶ Zu den Untiefen der polizeilichen Befragungsarten und -formen instruktiv *Eisenberg*, *StPO*, 2017, 2. Teil Rn. 587 ff. m.w.N.

⁶⁷ *Cialdini*, *Pre-Suasion*, 2016, S. 64; bereits erkannt auch von *Buckow*, *ZIS* 2012, 551 (554), der deshalb mindestens zwei Kameras in unterschiedlichen Positionen für die Aufnahme fordert.

⁶⁸ Wenngleich eine geschlossene, ununterbrochene und zusammenhängende Darstellung der Geschehnisse durch den Befragten zu garantieren sei, vgl. *Eisenberg*, *StPO*, 2017, 2. Teil Rn. 583, 583a.

⁶⁹ Instruktiv *Amon*, *Die Macht der Stimme: Mehr Persönlichkeit durch Klang, Volumen und Dynamik*, 2017; *Bazil/Piwinger*, *Der Ton macht die Musik. Über die Funktion der Stimme in der Kommunikation*, in: *Bentele/Piwinger/Schönborn* (Hrsg.), *Kommunikationsmanagement* (2016, Losebl. 2001 ff.), Art. Nr. 1.28.

⁷⁰ Umfassend zum Themenfeld „Sprache und Vorverurteilung“ vgl. *Gerson*, *Das Recht auf Beschuldigung*, 2016, S. 184 ff. m.w.N.; zu den wissenschaftlichen Kriterien der aussagepsychologischen Exploration instruktiv *Arntzen*, *Psychologie der Zeugenaussage*, 2011, S. 15 ff., 25 ff. (sog. Glaubhaftigkeitskriterien wie z.B. Detailreichtum, Wirklichkeitsnähe, Ausgefallenheit, Komplikationsketten, aber auch Kohärenz und Konstanz).

⁷¹ *Amon* (Fn. 69), S. 32 ff.; instruktiv hierzu auch *Kiese-Himmel*, *Körperinstrument Stimme. Grundlage, psychologische Bedeutung, Störung*, 2016, S. 27 ff.; *Sendlmeier*, *Die psychologische Wirkung von Stimme und Sprechweise – Geschlecht, Alter, Persönlichkeit, Emotion und audiovisuelle Interaktion*, in: *Resonanz-Räume – Die Stimme und die Medien*, 2012, S. 99.

⁷² *Sendlmeier* (Fn. 71), S. 99 (107) beschreibt es wie folgt: „*Da die Stimme einen Einblick in die Seele, in die Innerlichkeit, in den Charakter eines Menschen gibt, ist sie etwas Intimes. Sie verrät evtl. auch unsere Angst, zurückgewiesen zu werden, unsere Sehnsüchte, unsere Aufgeregtheit oder Verlegenheit. Schon durch den ersten Höreindruck von Stimme und Sprechweise erhalten wir ein recht differenziertes ‚Bild‘ von einem Menschen. Die Anonymität und Belieblichkeit von personenbezogenen Daten werden durch den spezifischen Stimmklang und die individuelle Art der Satzmelodie und der Aussprache aufgehoben. Der Zugang zu wesentlichen Aspekten der Persönlichkeit ist unmittelbar und weitgehend unverfälscht gegeben.*“

⁷³ Vgl. *Die Kriminalpolizei* 2008, *Forensische Sprechererkennung und Tonträgerauswertung in Praxis und Forschung*, abrufbar auf <http://www.kriminalpolizei.de/ausgaben/2008/dezember/detailansicht-dezember/artikel/forensische-sprechererkennung-und-tontraegerauswertung-in-praxis-und-forschung.html> (zuletzt abgerufen am 25.10.2017); instruktiv *Sendlmeier* (Fn. 71), S. 99 ff.

⁷⁴ *Kiese-Himmel* (Fn. 71), S. 28 ff.

nach Mehrabian: Körpersprache wirke zu 55%, die Stimme zu 38% auf die Bedeutung der Kommunikation, so dass lediglich 7% für das gesprochene Wort als Bedeutungsträger verbleiben.⁷⁵ Umgekehrt kann also – überspitzt formuliert – ein Vortrag noch so richtig sein, man redet sich dennoch um „Kopf und Kragen“, wenn man nicht den „richtigen Ton“ trifft. Ein Umstand, der bei schriftlichen Protokollen eine völlig untergeordnete Rolle spielt.

c) „Was schwitzen Sie denn so?“ – Vom non-verbalen *nemo tenetur-Grundsatz* und der Gefahr des „gläsernen Interviews“

Aus einem schriftlichen Protokoll wird nicht ersichtlich, welche Stimmung bei der Befragung herrschte. Dieser Umstand ist in all den Fällen nachteilig, in denen die Atmosphäre *erdrückend*⁷⁶ bzw. *manipulativ* auf den Befragten wirkte und er dadurch zu *rückblickend* ungeschickten Einlassungen bewegt wurde. In solchen Konstellationen fällt der Nachweis der Suggestion schwer, vor allem wenn der Betroffene den genauen Ablauf aus dem Gedächtnis nicht mehr kleinteilig wiedergeben kann. Nahezu auf die Spitze getrieben wird dieser Nachteil durch die audiovisuelle Dokumentation von non-verbalen Aussageinhalten, auf die der sich Äußernde keinen bewussten Einfluss hat. Selbst ein Schweigen sendet Signale, da menschliche Interaktion stets interpretationsbehaftet ist. Bedingt durch sog. „Interpunktionschleifen“⁷⁷ dreht jeder Fragesteller (und auch jeder Rezipient) subjektiv „seinen eigenen Film“, den er bei der Befragung (bzw. beim Konsum des Videos) vor seinem inneren Auge abspult, während er dabei rezipierte Außenwelteinflüsse stimmig in seine individuelle Wahrnehmungskonstruktion einfügt. Der Befragte gerät vor allem dann ins Hintertreffen, wenn sich in seiner Körpersprache Regungen zeigen, die – scheinbar – nicht zum geäußerten Inhalt passen. Ein überspitztes Beispiel: Es ist auch „Hobby-Profilern“ geläufig, dass sich Lügner beim Lügen häufig an die Nase fassen.⁷⁸ Dies liegt daran, dass aufgrund der Aufregung die Durchblutung der feinen Endkapillaren verstärkt wird und die Nase dadurch unweigerlich zu jucken beginnt (sog. „Pinocchio-Effekt“⁷⁹). Das ist so lange ein taugliches Zeichen für Lügen, bis ich auf Personen treffe, die Schnupfen (oder Nasen-Komplexe...)

haben, und sich daher reflexartig und/oder gewohnheitsmäßig an die Nase greifen.⁸⁰ Gleiches gilt für Schwitzen vor Aufregung wegen einer unwahren Aussage, oder aber wegen Hitze, Medikamenteneinnahme, einer zu engen Krawatte, Chili zum Mittagessen usw. Durch Sichtung der Videos auf solche Merkmale ohne hinreichende Fachkenntnisse in diesem Bereich würden „*laienhafte Glaubwürdigkeitseinschätzungen an die Stelle fachlicher Expertise treten*“.⁸¹

Entsprechendes gilt für die Auswertung der sog. „Mikromimik“. Es handelt sich dabei um feinste, nicht bewusst steuerbare und vom menschlichen Auge nicht direkt erkennbare Muskelzuckungen im Gesicht,⁸² die Unterbewusstseinsinhalte des Sprechers freigeben.⁸³ Wer diese Informationen „lesen“ kann,⁸⁴ erfährt unter Umständen viel über die Kohärenz von Aussageinhalt und Aussage-wahrheit. Allzu verlockend wäre es dann, das Video der Vernehmung bereits im Ermittlungsverfahren durch den Zeitraffer zu schicken und dutzende Male auf Mikro-bewegungen sichten zu lassen. Während die gewöhnliche Vernehmung nach Beendigung abgeschlossen ist und nicht mehr reproduziert werden kann, ist der audiovisuell aufgenommene Betroffene der nachträglichen Interpretation seiner „Performance“ schutzlos ausgeliefert.

Kurzum: Die nicht steuerbaren „körperlich-inkulpativen“ Faktoren einer Vernehmungssituation können durch die audiovisuelle Fixierung überbetont werden, während sie in der schriftlichen Fassung untergingen.

3. Zwischenfazit: Vorteile der neu erlangten Beweiskraft dürfen Nachteile der audiovisuellen Wehrlosstellung nicht überdecken

Die Vorteile der audiovisuellen Vernehmungsdokumentation lassen sich schlagwortartig zusammenfassen als 1) umfassende Disziplinierung der Vernehmungsinterpretation, 2) bessere Rekonstruierbarkeit der dem Beweis zugänglichen Abläufe und dadurch bedingte 3) konkrete Erweiterung der Erkenntnismöglichkeiten.

Die aufgezeigten Nachteile sind hingegen nur ein kleiner Ausschnitt aus dem weiten Feld der Wahrnehmungsver-

⁷⁵ Grundlegend Mehrabian, *Silent Messages. Implicit Communication of Emotions and Attitudes*, 1971. Konkretisierend zu bestehenden Irrtümern über die Ergebnisse dieser Studien (sog. Mehrabian-Mythos) ist anzumerken, dass Mehrabian vor allem Kommunikationen untersuchte, in denen über Emotionen gesprochen wurde. Reine Fachvorträge sind damit (wohl) außen vor, eine polizeiliche Vernehmung gleichwohl wieder „im Rennen“. Mehrabian selbst fühlt sich dennoch missverstanden, vgl. sein Statement auf <http://www.kaaj.com/psych/smorder.html> (zuletzt abgerufen am 25.10.2017).

⁷⁶ Zum verbotenen Vorspiegeln vorgeblicher Überführungsbeweise vgl. BGH, Urt. v. 24.08.1988 – 3 StR 129/88 = NSiZ 1989, 35: „Weiß der Vernehmungsbeamte, daß nach den bisherigen Ermittlungen kein dringender Tatverdacht gegen den Beschuldigten besteht, so kann eine Täuschung i. S. des § 136a I 1 StPO schon darin liegen, daß er ihm gegenüber nur pauschal und ohne bestimmte Beweismittel vorzuspiegeln von einer erdrückenden, ihm keine Chance lassenden Beweiskette spricht, um ihn dadurch zu einem Geständnis zu bewegen.“

⁷⁷ Beschrieben von Watzlawick/Beavin/Jackson, *Menschliche Kommunikation*, 1990, S. 57 ff.

⁷⁸ Nicht sinnvoll hingegen sei der Merkspruch: „*Wer einmal lügt, dem glaubt man nicht*“, hierzu BGH, NSiZ-RR 1998, 276.

⁷⁹ Erforscht und nachgewiesen von Moliné/Gálvez-García/Fernández-Gómez//De La Fuente/Tornay/Mata Martín/Iborra/Puertollano/Gómez Milán, *Psychophysiology* 2017, 1 ff.

⁸⁰ Es gibt auch Wechselwirkungen von Stimme und Mimik, beispielsweise korreliert eine höhere Stimme mit einer höheren Augenbrauenexposition des Sprechers, s. Kiese-Himmel (Fn. 71), S. 28.

⁸¹ Kluck, zitiert nach Jansen (Fn. 32), S. 83; genauso Neubacher/Bachmann, ZRP 2017, 140 (142) m.w.N.

⁸² Überhaupt ist der Blick ins Gesicht eines anderen ein wirkmächtiger Auslöser zahlreicher Emotionen und Beurteilungen, vgl. Viggiano/Marzi, *Context and Social Effects on Face Recognition*, in: Balcetis/Lassiter (Hrsg.), *Social psychology of visual perception*, 2010, S. 171 ff.

⁸³ Vorreiter hier Ekman, *Facial Expressions of Emotion: an Old Controversy and New Findings*, 1992; vgl. hierzu und zu weiteren körpersprachlichen Indikatoren Geipel, *Handbuch der Beweiswürdigung*, 2013, Kap. 25 Rn. 67 ff.

⁸⁴ Die meisten Menschen können es wohl nicht, die wenigen „*Truth Wizards*“ (nach Ekman) seien dünn gesät.

zerrungen, die sich aus dem unbedachten Umgang mit digitalen Methoden der „Wahrheitsfestschreibung“ ergeben können.⁸⁵ Die dem Menschen immanenten Wahrnehmungsbegrenzungen können lediglich verlagert, nur in den seltensten Fällen hingegen tatsächlich aufgehoben werden. Es irrt daher, wer sich erhofft, dass die audiovisuelle Vernehmungsdokumentation bereits durch schlichtes Aufstellen einer Kamera auf jeder Polizeistation erfolgreich eingeführt wäre. Es gilt zwar uneingeschränkt die Pflicht, die Wahrnehmungsherrschaft über Vernehmungsinhalte paritätisch zu verteilen; das ergibt sich bereits aus dem Grundsatz der strafprozessualen Waffenleichheit gem. Art. 6 Abs. 1 EMRK, Art. 20 Abs. 3 GG. Diesem Credo ist jedoch nicht gedient, wenn „Wahrheit“ durch „Beweis- und Berechenbarkeit“ ersetzt wird. Wer zu einer audiovisuellen Vernehmungsdokumentation anrät, muss zugleich sicherstellen, dass dem Vernommenen die Vorteile, die er über die Schwächung des schriftlichen Protokolls erhält, nicht durch den Treppenwitz der Umkehrung von Wahrnehmungskausalitäten und der noch besseren Möglichkeit der nachträglichen Ausforschung seiner Aussageinhalte wieder aus der Hand geschlagen werden.⁸⁶

IV. Big Data im Ermittlungsverfahren – Datenflut und Vergeheimdienstlichung

Die letzte hier zu besprechende Erscheinung der Digitalisierung ist nicht auf eine einzige Maßnahme verkürzbar: Es geht um die stetig verbesserte technische Ausspähung und Vernetzung von Rohdaten, sprich das umfassende Auslesen (auch) verschlüsselter Telekommunikations- und Bewegungsprofile,⁸⁷ Konteneinsichten, das „Anzapfen“ von Verbunddatenbanken⁸⁸ und der mit diesen Vorgängen⁸⁹ einhergehenden Datenflut.⁹⁰ Durch die fortschreitende Vereinfachung des Zugriffs und die hypertrophe Informationsmenge werden sich gewichtige Parameter der Ermittlungsarbeit langfristig verändern, insbesondere sind Phänomene der Enthemmung (1) und der Überinformation (2) zu bedenken.

⁸⁵ Vgl. dazu den Wortlaut des § 58a Abs. 2 S. 1 StPO: „Die Verwendung der Bild-Ton-Aufzeichnung ist nur für Zwecke der Strafverfolgung und nur insoweit zulässig, als dies zur Erforschung der Wahrheit erforderlich ist.“

⁸⁶ Bedenkenswert wäre beispielsweise ein legislativ anzuführender Halbsatz, der besagt, dass „die Einsicht in die Dokumentation ausschließlich zur Klärung von Streitfragen über Ablauf und Inhalt der Vernehmungssituation zulässig“ ist. So würde zumindest das nachträgliche Ausforschen und Sichten der Vernehmungsdokumentation zu „Überführungszwecken“ im Ermittlungsverfahren unterbunden; zu weit daher der Wortlaut des § 58a Abs. 2 S. 1 StPO (vgl. Fn. 85), der von „Zwecken der Strafverfolgung“ spricht.

⁸⁷ Der „Staatstrojaner“ ist auf dem Vormarsch, vgl. nur *Kipker*, ZRP 2016, 88 ff.; *Stoklas/Wendorf*, ZD-Aktuell 2017, 05725; zu den erheblichen strafprozessualen und datenschutzrechtlichen Problemen *Popp*, ZD 2012, 51 ff.; gegen die Quellen-TKÜ vgl. nur *Becker/Meinicke*, StV 2011, 50 ff.; zur kritikwürdigen Einführung „durch die Hintertür“ *Beukelmann*, NJW-Spezial 2017, 440.

⁸⁸ *Creemers/Guagnin*, KrimJ 2014, 138 (145 f.) unter Bezug auf empirisches Material.

⁸⁹ Überblick zum Stand der Technik bei *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 2017, § 36 Rn. 1 ff. m.w.N.

1. Enthemmung durch Wegfall des physischen Zugriffs

Keine Neuerung stellt die fortschreitende „Vergeheimdienstlichung“ des Ermittlungsverfahrens dar.⁹¹ Diese gründet vornehmlich im Rückgriff auf heimliche Ausforschungsmethoden.⁹² Die prekäre Entwicklung ist vielmehr als eine Form der „Enthemmung“ zu charakterisieren. Das physische Betreten einer Wohnung zur Beschlagnahme eines Rechners ist weitaus aufwändiger als der „Mausklick“ zum Start eines Programms, welches die Daten direkt vom Rechner „absaugt“. Das muss Auswirkungen auf die Hemmschwelle der Ermittler haben, wenngleich in diesem Bereich kaum Forschungsmaterial vorliegt. Die Annäherung erfolgt daher von den Rändern her: Als Hemmung bezeichnet man eine Störung oder Verminderung der Motivation aufgrund psychischen Widerstands.⁹³ Eine „soziale Hemmung“ liegt vor, wenn die Leistungsminderung in der Anwesenheit anderer Personen gründet.⁹⁴ Bei Enthemmung ist diese „Antriebsblockade“ (untechnisch gesprochen) außer Funktion gesetzt. Aus anderem Kontext (vor allem der Erforschung von *hate speech*⁹⁵ und *cyber-bullying*⁹⁶) ist beispielsweise der sog. „*online-disinhibition-effect*“⁹⁷ bekannt. Man bezeichnet damit die niedrigere Hemmschwelle, die ein Online-Chat-Teilnehmer gegenüber der Entäußerung verbal-aggressiver Aussagen im Vergleich zu seinem sonstigen „analogen“ Kommunikationsgebaren entwickelt. Hetzen, Mobben und Hassen werden in anonymen Foren, durch die Verwendung von Avataren und die Nicht-Erkennbarkeit des „Opfers“ wesentlich erleichtert. Auf den Einwand hin, dass ein „datensaugender“ Ermittler nicht chattet, ist einzugestehen, dass das einseitige Ermitteln gegenüber einem Verdächtigen nicht exakt die Situation des sozialen Kontakts im Cyberspace repräsentiert. Versteht man das umfassende ermittlungstechnisch gestützte „Hacken“ und Infiltrieren hingegen als Form des „Angriffs“ bzw. „Eingriffs“ in die Schutzsphäre Dritter, liegt der Vergleich mit Formen moderner Kriegsführung nahe. So ist beim Einsatz bewaffneter Kampfdrohnen der „Clou“ darin zu se-

⁹⁰ Die gesamte Kommunikation verlagert sich mehr und mehr auf digitale Kanäle, S. 71 ff. Letztlich werden Terrabyte an Daten zu lagern sein, so *Momsen*, Digitale Beweismittel aus der Sicht der Strafverteidigung, in: *Beck/Meier/Momsen* (Hrsg.), Cybercrime und Cyberinvestigations – Neue Herausforderungen der Digitalisierung für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie, 2015, S. 67 (75); zu den vielfältigen Möglichkeiten der Erhebung und Verarbeitung personenbezogener, öffentlich verfügbarer Daten im Ermittlungsverfahren sowie den sich daraus ergebenden rechtlichen Schwierigkeiten vgl. ausführlich *Rückert*, ZStW 129 (2017), S. 302 ff.; s.a. *Warcken*, NZWiSt 2017, 329 (333 ff.).

⁹¹ Vgl. hierzu nur *Schünemann*, ZIS 2009, 484 (488); *Paeffgen*, GA 2003, 647 ff.; *Zöller*, ZStW 124 (2012), 411 (416); *Hefendehl*, GA 2011, 209 f.;

⁹² Umfassend hierzu *Brodowski*, Verdeckte technische Überwachungsmaßnahmen im Polizei- und Strafverfahrensrecht, 2016, S. 31 ff.

⁹³ *Freud*, Hemmung, Symptom und Angst, 1926, S. 9 ging noch von einer „Funktionseinschränkung des Ichs“ aus.

⁹⁴ Kurzüberblick unter <http://www.spektrum.de/lexikon/psychologie/soziale-aktivierung/14490> (zuletzt abgerufen am 25.10.2017).

⁹⁵ Zur strafrechtlichen Würdigung *Galetzka/Krätschmer*, MMR 2016, 518 ff.

⁹⁶ Zum grundrechtlichen Ehrschutz *Glaser*, NVwZ 2012, 1432; zum zivilrechtlichen Rechtsschutz *Giebel*, NJW 2017, 977 ff.

⁹⁷ Dazu eingehend *Suler*, CyberPsychology and Behavior, 7/2004, 321 ff. sowie *Suler*, The Psychology of Cyberspace, 2004.

hen, dass die todbringenden Flugobjekte unbemannt entsendet und mittels eines Joysticks „am Schreibtisch“ gesteuert werden können. Dass durch diese Form der Entzerrung der Gefahr des direkten Konfliktes (Risiko des eigenen Todes des „Piloten“ ist null) die Hemmschwelle zu töten gesenkt wird, ist seit vielen Jahren in der Diskussion.⁹⁸

Wenngleich das Mithören im Rahmen der TKÜ, das umfassende „Absaugen“ von Daten oder die Universaleinsicht in Chat-Protokolle oder E-Mailverläufe weder ein „Online-Mobbing“ noch einen „Drohnenkrieg“ darstellen, bleibt festzuhalten, dass mechanische Datenerhebung durch Entzerrung und Enthemmung zugleich zu einer Verrohung der Ermittlung führen können.⁹⁹ Es fehlt der physische Akt, der die Schutzbereichsverkürzung des Betroffenen *spürbar* macht. Im Gegenzug verliert die virtuelle Maßnahme jedoch nicht an Schlagkraft. Das händische Durchwühlen einer Schublade wirkt zwar auf den ersten Blick intensiver als das Herunterladen der WhatsApp-Chatverläufe. Die Schutzbedürftigkeit des Ausgespähten ist in Hinblick auf die technische Abschöpfung seiner „Lebensdaten“¹⁰⁰ – da diese i.d.R. „unsichtbar“ verläuft – allerdings um ein Vielfaches erhöht.

2. Überforderung durch Datenflut – „Je mehr Käse, desto mehr Löcher und je mehr Löcher, desto weniger Käse“

Überdies wird von vielen Seiten moniert, dass ein „Mehr“ an Information keineswegs zu einem „Mehr“ an Verständnis führt.¹⁰¹ Überinformation („*information overload*“¹⁰²) führt hingegen oft zu völlig konträren Prozessen, da beim Versuch der Inhaltserfassung permanent Komplexität reduziert werden muss. Neben der mechanisch anstrengenden Sichtung hunderter bis tausender Seiten Material, die vor allem bei Kontobewegungen oder Chat-Verlauf-Rekonstruktionen zu überwiegendem Anteil im Einzelfall unverdächtig sind (und dadurch bestehende Verdachtsmomente überdecken), wird durch das Wissen um die Masse an Daten ein trügerisches Sicherheitsgefühl illusioniert. In dem Glauben, „alles“ auf einem Datenspeicher abgelegt

zu haben und lediglich einer Sichtung unterziehen zu müssen, wird der entscheidende Vorgang jedes Ermittlungsvorgangs strukturell geschwächt: die Gewichtung der Erkenntnisse. Denn die im Rahmen der Ermittlung gefasste (Denk-)Hypothese soll durch „gerichtete“ Beweismittelgenerierung belegt oder widerlegt werden. Nicht nur, dass die Belegung einer Denkhypothese ohnehin zu einem kognitiven Tunnelblick führt;¹⁰³ durch Überinformation wird zugleich die Fähigkeit zur Selektion und Bewertung geschwächt. Im aktiven Arbeitsspeicher des Gehirns können zeitgleich maximal sieben Faktoren bewusst gehalten werden, d.h. ein werthaltiger Denkprozess ist effektiv auf etwa eine Handvoll Aspekte limitiert.¹⁰⁴ Das Bewusstsein um ein unüberschaubares, mehrere tausend Seiten umfassendes Chat-Protokoll dutzender Beteiligten, die durch hundertfache Transaktionen eine ellenlange Liste von Schadbeträgen erwirkt haben sollen, lähmt die Fähigkeit zur Durchdringung des Inhalts. Die eigene Wahrnehmung reagiert so absurd wie nachvollziehbar: Eine Seite Chatverlauf wird 1000 Seiten gleichgesetzt, es handelt sich trotz quantitativen Unterschieds in der Summe der Informationsdetails (z.B. „zahlreiche inkriminierende Passagen“) qualitativ lediglich um *einen* Faktor (der maximal sieben!) der Informationsart (z.B. „Existenz von Chat-Protokollen“), der aktiv bewusst gehalten werden kann. Eine Überinformation führt daher nicht zwangsläufig zu einer Verbesserung der Ermittlungstiefe, sondern lediglich zu einer Überfrachtung aller Wahrnehmungskanäle, die daher – aus „Selbstschutz“ – ein Zusammenstreichen der Wirklichkeit(en) einfordern.

3. Zwischenfazit: „Big Data-Ermittlung“ beeinträchtigt die Entwicklung von Störgefühlen und die Fähigkeit zur inhaltlichen Durchdringung

Wenngleich es keine einfache Alternative zur umfassenden Ermittlung gibt und gerade „Umfangs-Verfahren“ ihrem Wesen nach Unmengen von Daten und Abläufen archivieren, sind die Folgewirkungen der leichten Abschöpfbarkeit und unüberschaubaren Masse an zu sichten-

⁹⁸ So unter anderem Genschow, Senken Kampfdrohnen die Hemmschwelle zu töten?, abrufbar auf <http://de.in-mind.org/users/oliver-genschow> (zuletzt abgerufen am 25.10.2017), der – zumindest angehrbar – auf Milgrams Experimente zum Gehorsam verweist; vgl. auch Brzoska, „Computer dürfen nicht über den Tod entscheiden“, abrufbar auf <http://www.zeit.de/politik/deutschland/2014-07/drohnen-friedensforscher-interview> (zuletzt abgerufen am 25.10.2017); Steinbicker, Kampfdrohnen setzen die Hemmschwelle zur militärischen Gewaltanwendung deutlich herab, abrufbar auf <http://www.aixpaix.de/autoren/steinbicker/drohnen.html> (zuletzt abgerufen am 25.10.2017); eine verbotene Methode der Kriegsführung i.S.d. § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 VStGB sei sie gleichwohl nicht, vgl. GBA, Verfügung vom 20. 6. 2013 – 3 BJs 7/12-4 = NSTz 2013, 644 (646); vgl. auch (647): „Nach humanitärem Völkerrecht besteht daher weder ein generelles Verbot des Einsatzes von Drohnen noch ist ein im Verhältnis zu sonstigen militärischen Kampfmaßnahmen abweichender rechtlicher Beurteilungsmaßstab angezeigt.“

⁹⁹ Zu automatisierten Tötungsrobotern Beck, abrufbar auf <http://www.sueddeutsche.de/kultur/verantwortung-maschinen-ohne-erbarmen-1.3078492> (zuletzt abgerufen am 25.10.2017).

¹⁰⁰ Zur sog. „Kernbereichslehre“ des BVerfG vgl. nur BVerfGE 34, 238 (245) = NJW 1973, 891 (892) (Heimliche Tonbandaufnahmen); 80, 367 (373) = NJW 1990, 563 (Verwertung von Tagebuchaufzeichnungen); 109, 279 (313) = NJW 2004, 999 (1002) (Großer Lauschangriff); str. Rspr.

¹⁰¹ Sehr umstritten in diesem Kontext die Darlegungen von Spitzer, Digitale Demenz, 2012 und Gigerenzer, Bauchentscheidungen. Die Intelligenz des Unbewussten und die Macht der Intuition, 2007; vgl. auch Han, Transparenzgesellschaft, 2012, S. 11: „Durch die wachsende, ja wuchernde Informationsmasse verkümmert heute das höhere Urteilsvermögen. Oft bewirkt ein Weniger an Wissen und Information ein Mehr. Die Negativität des Auslassens und des Vergessens wirkt nicht selten produktiv.“

¹⁰² Dazu Levy, Information Overload, in: Himma/Tavani (Hrsg.), The handbook of information and computer ethics, 2008, S. 497 ff.; Jacoby, Journal of consumer research 10.4/1984, 432 ff.; O'Reilly, Academy of management journal, 23.4/1980, 684 ff.; Kimble/Hildreth/Grimshaw, The role of contextual clues in the creation of Information Overload. Matching Technology with Organisational Needs, in: Proceedings of 3rd UKAIS Conference, 1998, S. 405 ff.

¹⁰³ Dazu Gerson, Das Recht auf Beschuldigung, 2016, S. 153 ff. m.w.N.

¹⁰⁴ Der „Arbeitsspeicher“ im Gehirn umfasst ein Areal von etwa der Größe eines Cent-Stückes. Zwar lässt sich die Merkfähigkeit trainieren, im Grunde ist dies aber eine mechanische, keine intellektuelle Leistung (Stichworte: Eselsbrücken, Mnemo-Techniken etc.).

den Daten verheerend. Womöglich immer eifriger und unsensibler wird gesammelt, was in der Sache kein Mensch mehr händisch sichten kann. Werden allerdings sowohl das Abschöpfen als auch das inhaltliche Sichten von Computern und Algorithmen übernommen, entstünde im Stadium des Vorverfahrens quasi ein „autopoietisches System“, das nicht neue Wahrheiten, sondern in perfekter Selbstabdichtung ausschließlich neue Geheimnisse erzeugte.

V. Gesamtfazit: Digitalisierung ja, aber mit Augenmaß – Strafverfahren 4.0 wird kein leichtes Unterfangen

Digitalisierung ist an sich eine zu befürwortende Entwicklung; zudem ist sie Lebens- und Rechtsrealität. Das Strafverfahren und seine Akteure sollten sich dem Wandel

demnach nicht grundsätzlich verschließen. Weder geht es beim Ansprechen von Reibungsverlusten daher um Rückschrittspropaganda, noch um professionelles Bedenken-tragen. Dennoch ist Vorsicht geboten. Ein anschlussfähiges Strafprozessrecht muss die freigesetzten Schwingkräfte kanalisieren und nutzbar machen.¹⁰⁵ Dazu bedarf es nicht immer des Eingreifens des Gesetzgebers. Vielmehr sollte die Fehleranfälligkeit menschlicher Wahrnehmung bewusster in das *law in action* integriert werden. Neben spezifisch strafprozessualen Fragen müssen sich alle Beteiligten daher noch weitaus intensiver mit der Wissenschaft der Wahrnehmung, verborgenen psychodynamischen Unwägbarkeiten und der darin verhafteten Wirkmächtigkeit(en) beschäftigen, um die notwendige Modernisierung des Strafverfahrens nicht in einer Wiederholung alter Fehler münden zu lassen.

¹⁰⁵ Das in jeder Hinsicht zustimmungswürdige Fazit von Momsen, (Fn. 90), S. 67 (90): „Digitale Beweismittel verändern das Strafverfahren.“

AUSLANDSRUBRIK

Über die Relation zwischen Straftat und Strafsanktion – Strafrechtsdogmatische und -theoretische Überlegungen vor dem Hintergrund der jüngsten Änderungen des polnischen Strafgesetzbuches

von Dr. Dagmara Gruszecka *

Abstract

Die Frage nach einer ausgewogenen und verantwortungsbewussten Kriminalpolitik hat nicht zuletzt in Polen, wegen der systematischen Verschärfung der Strafsanktionen, zunehmend an Bedeutung gewonnen. Die Leichtigkeit, mit der der Strafgesetzgeber zu solchen Maßnahmen greift, weckt ernsthafte Zweifel, ob es trotz eingehender kriminologischer, philosophischer, verfassungs- und völkerrechtlicher Analysen über den Sinn und Zweck der Strafe und zu den unantastbaren Grenzen der Strafgerechtigkeit im Rechtsstaat möglich ist, auf der dogmatischen Ebene eine messbare und prognostizierbare Relation zwischen den Modalitäten der Tatbestände und den Modalitäten der Strafsanktionen zu bestimmen. Eine solche Relation würde uns über die notwendige Kongruenz der Straftat zur Strafsanktion zu entscheiden erlauben und könnte dadurch als Mittel zur sinnvollen Begrenzung der staatlichen Strafgewalt dienen. Ein deutliches Beispiel für die Dringlichkeit dahingehender konzeptioneller Analysen sind die jüngsten Änderungen des polnischen Strafgesetzbuches.

I. Zur Aktualität der Fragestellung für das polnische Strafrecht

Die Änderungsvorschläge der vergangenen Monate zum polnischen Strafgesetzbuch sind allesamt durch eine markante Steigerung der gesetzlichen Strafdrohung geprägt, obwohl die Vorschläge diametral unterschiedliche Gebiete der Kriminalität betreffen. Als gefestigte Tendenz lässt sich derzeit eine dezidiert punitive Ausrichtung der polnischen Strafgesetzgebung erkennen, was einerseits verständliche Beunruhigungen weckt und andererseits triftigen Anlass gibt, über die Grundsatzfrage zu reflektieren: inwieweit Art und Gewicht strafrechtlicher Folgen nicht auch durch gesetzesunabhängige Determinanten nach Maßgabe eines „rationalen Gesetzgebers“ bestimmt werden können. Natürlich ist es auf zahlreichen Ebenen eine äußerst komplizierte Materie, welche Erwägungen bei der Festlegung der strafrechtlichen Reaktion, dem

Verständnis ihres Sinn und Zwecks und letztlich ihrer Eignung zur Sicherstellung einer rationalen Kriminalpolitik maßgeblich sein dürfen. Hinsichtlich des eingangs skizzierten Grundproblems stellt sich insbesondere die Frage, ob es wirklich ausreicht, die Strafgrenzen allein durch die Kennzeichnung verbotener Handlungen zu determinieren (so jedenfalls der tradierte Schwerpunkt des Gesetzlichkeitsprinzips), oder ob es nicht darüber hinaus notwendig ist, gewisse (limitierende und legitimierende) Korrelationen im Verhältnis zwischen Straftattypus und hiermit verknüpftem Sanktionsspektrum zu erkennen. Könnte ein solches Verhältnis näher bestimmt werden, so wäre dies zweifelsohne ein wichtiges Instrument im Kampf gegen eine instrumentale und irrationale positivrechtliche Setzung von strafrechtlichen Sanktionen nach Gusto einer mehr oder minder politisierten Kriminalpolitik. Deshalb ist es umso dringlicher zu überdenken, auf welche Weise und mittels welcher Faktoren wir eine solche „Entsprechung“ von Strafe und Straftat sicherstellen können.

II. Zum Beziehungszusammenhang zwischen Straftat und Strafsanktion

Es ist primär zu präzisieren, welche Art von Relation wir überhaupt in Betracht ziehen sollten. Im Schrifttum wird darauf hingewiesen, dass unter der gesuchten Beziehung zwischen den verschiedenen Straftatkatégorien und den vom Strafgesetzbuch vorgesehenen Sanktionen sowohl quantitative als auch qualitative Verhältnisse verstanden werden können.¹ Als Beispiel für die qualitative Entsprechung ist das *ius talionis* bzw. der Typus der spiegelnden Strafen anzuführen, das jedoch lediglich historische Bedeutung hat; deshalb kann richtiger Gegenstand der heutigen Forschungen nur eine quantitative Relation sein, die – im Allgemeinen – eine spezifische Entsprechung der in den Tatbestandmerkmalen „kodierte“ Deliktsschwere zu der Stufe der Strafhärte bedeutet. Außerdem sind hierbei nicht nur „innere“ Beziehungen zu erwägen, d.h. Beziehungen, die zwischen vorerwähnten Elementen im Rahmen einer einzigen Strafvorschrift bestehen, sondern auch

* Die Autorin ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Strafrecht an der Universität Wrocław und Gastwissenschaftlerin am Lehrstuhl von Prof. Dr. Gunnar Dutte, Institut für Kriminalwissenschaften, Georg-August-Universität Göttingen. Die Autorin ist für die wertvolle Hilfe bei der sprachlichen Optimierung des Textes Frau SHK Fiona Gawlik, Herrn SHK Niklas Pfeifer und Frau SHK Annika Völker zu großem Dank verpflichtet.

¹ Gardocki, PiP 1979/8-9, 129 (129).

die sich zwischen den verschiedenen Strafnormen im Verhältnis untereinander offenbarende Relation. Es lassen sich somit auch zwei weitere Arten „äußerlicher“ Beziehungen differenzieren: sowohl *horizontale* – zu anderen Tatbeständen, die mit ähnlichen Sanktionen verknüpft sind – als auch *vertikale* Beziehungen – zwischen dem Deliktstypus und dessen qualifizierende oder privilegierende Abwandlungen.

1. Auswahlkriterien zum Entsprechungszusammenhang und Rechtsgüterschutzprinzip

Die Annahme der Existenz eines Beziehungszusammenhangs zwischen Art und Schwere der Straftat sowie Art und Schwere die Strafsanktion hat zur Folge, dass es, um die jeweils vorgesehene Sanktionsintensität zu begründen, einer Rückbesinnung zur Begründung und Rechtfertigung der strafrechtlichen Verbote unabdingbar bedarf. Es geht nicht um die Legimitation der Sanktionsnormen² im Hinblick auf verschiedene Straftheorien bzw. um die Grenzen der Kriminalstrafe als Mittel des Staates zur Erfüllung seiner Funktionen, sondern vielmehr um die Kongruenz zwischen dem vom Gesetzgeber konstruierten Tatbestand und die daran angepasste Strafandrohung und den Versuch, auf diesem Weg das Mindest- und Höchstmaß zulässiger Sanktionen zu bestimmen. In der Literatur wird in diesem Kontext als Bezugskriterium durch den Gesetzgeber auf Begriffe und Institute hingewiesen wie *Rechtsgut* oder *Grad der sozialen Schädlichkeit der Tat*, die primär für die Legitimation der strafrechtlichen Verhaltensnormen Bedeutung haben.³ Die Sanktion soll also 1) die typische Schwere eines Verbrechens widerspiegeln, 2) ausreichend deutlich die jeweilige Charakter- und Bedeutungsveränderung des Rechtsgutes zwischen den verschiedenen Deliktstypen oder den verschiedenen konkret begangenen Straftaten manifestieren und 3) das Wertesystem des demokratischen Rechtsstaates zum Ausdruck bringen.⁴ Es ist jedoch zu bedenken, dass allein anhand solcher Begriffe wie Bedeutsamkeit des Rechtsgutes, Intensität des Rechtsgutsangriffs bzw. Rechtsgutsgefährdung oder erlaubtes Risiko eine konkret maßgebliche Sanktion (oder ein umgrenzter Sanktionsrahmen) nicht bestimmt werden

kann.⁵ Denn die Würdigung des Rechtsgutes führt bei der Suche nach einer angemessenen Stufung des strafrechtlichen Schutzes vor derartigen Angriffen nicht stets zum gleichen Strafresultat, weil generell eine Mannigfaltigkeit potentieller Sanktionen besteht, sofern sich jene aus dem Wortlaut der Norm ergeben. Daher geht es eigentlich um den Vergleich und die Anpassung an die Veränderlichkeit der Sanktionshärte relativ zu jenen Differenzierungen, die durch die vorstehend benannten Elemente der verschiedenen Straftatbestände vorgegeben sind. Wie diese adäquat erfasst werden können, bleibt also die klärungsbedürftige Frage.

Allgemein ist der Begriff der Deliktsschwere als Resultat abgestufter Schuld auf Basis eines abgestuften Schadens oder abgestuften Unrechts zu verstehen.⁶ Manche Arten von Verletzungen lassen sich geradezu idealtypisch abstufen, d.h. ihre Unterschiede unschwer erfassen und so messen, dass Veränderungen im Sanktionsniveau ohne Weiteres darstellbar sind. Eine dahingehende Abbildbarkeit lässt sich am besten am Beispiel der sich stufenweise verringern den Rechtsgutverletzung bei den Delikten gegen die Gesundheit⁷ veranschaulichen: Den Ausgangspunkt bildet der tatbestandliche Erfolg des Art. 156 § 1 plStGB (Grunddelikt) – also eine erhebliche Gesundheitsschädigung. Zwei weitere Normen weisen privilegierte Straftaten aus: Art. 157 § 1 plStGB setzt als tatbestandlichen Erfolg eine sonstige Körperverletzung (also eine andere Schädigung als die in Art. 156 § 1 plStGB benannte Verletzung der Funktionen eines Körperorgans oder die Zerrüttung der Gesundheit) voraus, was seinerseits als zweit-schwere Beeinträchtigung des Rechtsgutes „Gesundheit“ angesehen werden kann, während Art. 157 § 2 plStGB die dritte und letzte Stufe der strafbaren Rechtsgutverletzung – die Verletzung der Funktionen eines Körperorgans oder Gesundheitsschädigung, die nicht länger als 7 Tage andauert (leichte Körperverletzung⁸), normiert. Wenn diese Graduierung der Rechtsgutsverletzung der Abstufung im Bereich der Sanktionen entspricht, dann scheinen beide

² Es ist auch für polnische Strafrechtsdoktrin umstritten, in welcher Norm die Tatbestandmerkmale, die den Unrechtstatbestand bilden, platziert werden sollen. Ausführlich dazu *Kardas*, CzPKiNP 2012/4, 59 (59 ff.); *Dębski*, in: System Prawa Karnego, Band 3, 201, S. 399; *Dębski*, Kilka uwag o kryminalizacji i o ustawowej określoności czynów zabronionych, in: *Blachnio-Parzych, Jakubowska-Hara, Kosonoga, Kuczyńska*, Problemy wymiaru sprawiedliwości karnej. Księga Jubileuszowa Profesora Jana Skupińskiego, 2013, S. 36 ff.; *Pohl*, Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym, 2007; *Tarapata*, Dobro prawne w strukturze przestępstwa, 2016, S. 20 ff.; *Jędrzejewski*, Typ czynu zabronionego a struktura normy, in: *Bieńkowska, Jędrzejewski*, Problemy współczesnego prawa karnego, 2016, S. 77 ff.; *Zoll*, KSP 1990, XXIII, 71 (71); Die Einführung zu dieser Problematik auf Deutsch: *Zoll*, in: FS Roxin, 2001, S. 93 (93 ff.).

³ *Gardocki*, Zagadnienia teorii kryminalizacji, 1983, S. 55 ff.

⁴ *Królikowski*, Dwa paradygmaty zasady proporcjonalności w prawie karnym, in: *Dukiet – Nagórska*, Zasada proporcjonalności w prawie karnym, 2010, S. 65, so auch *ders./Żółtek*, in: *Zawłocki, KK-Część Ogólna*, 4. Aufl. (2017), Art. 53 Rn. 37; *Królikowski*, Sprawiedliwość karania w społeczeństwach liberalnych. Zasada proporcjonalności, 2005, S. 111.

⁵ Vgl. *Heinrich*, Die gesetzliche Bestimmung von Strafschärfungen, 2016, S. 43-45; *Stahl*, Strafzumessungstatsachen zwischen Verbrechenslehre und Straftheorie, 2015, S. 111 ff.

⁶ *Królikowski*, S. 116, für die Verwendung des Begriffs »Schwere« in diesem Kontext votierte schon im deutschen Schrifttum *Montenbruck*, in: *Abwägung und Untwertung. Zur Bemessung der Strafe für eine Tat und für mehrere Taten*, 1989, S. 71-72.

⁷ Bei allen unten genannten Delikten (156 § 1; 157 § 1 und § 2 plStGB) geht es um dasselbe geschützte Rechtsgut – Gesundheit, unterschiedlich sind nur die tatbestandlichen Formen (genau genommen Intensitätsgrade) ihrer Verletzung – *Giezek* schreibt, dass der Unterschied zwischen den betreffenden Delikten nur quantitativer, nicht qualitativer Natur ist, *Giezek*, in: *Giezek, KK*, 2. Aufl. (2014), Art. 157 Rn. 4; so auch *Wiak*, in: *Grzeszkowiak/Wiak, KK*, 2. Aufl. (2014), Art. 156 Rn. 1; *Królikowski*, in: *Królikowski/Zawłocki, KK-Część Szczególna*, Band I, (2013), Art. 156 Rn. 1; *Wiak*, in: *Grzeszkowiak/Wiak, KK*, 2. Aufl. (2014), Art. 156 Rn. 1; *Szwarczyk*, in: *Bojarski, KK*, 7. Aufl. (2016), Art. 156 Rn. 1; *Konarska-Wrżosek*, in: *Konarska-Wrżosek, KK*, 2016, Art. 156 Rn. 1; *Kokot*, in: *Stefański, KK*, 3. Aufl. (2017), Art. 156 Rn. 9, Art. 157 Rn. 2; *Tyszkiewicz*, in: *Filar, KK*, 5. Aufl. (2016), Art. 157 Rn. 1.

⁸ *Szwarczyk*, in: *Bojarski, KK*, 7. Aufl. (2016), Art. 157 Rn. 1; *Konarska-Wrżosek*, in: *Konarska-Wrżosek, KK*, 2016, Art. 157 Rn. 1; *Tyszkiewicz*, in: *Filar, KK*, 5. Aufl. (2016), Art. 157 Rn. 1.

Maßstäbe zueinander kongruent.⁹ Das Problem besteht allerdings darin, dass es unmöglich ist, für mehrere Rechtsgutsbeeinträchtigungen parallele Konstruktionen zu bilden. Um ein Beispiel anzuführen, liegt der tatbestandliche Erfolg bei der Sachbeschädigung (Art. 288 § 1 plStGB) sowohl in der Sachzerstörung sowie -beschädigung als auch im Herbeiführen der Gebrauchsunfähigkeit (als genuiner Inhalt von Sacheigentum). Aber obwohl in Substanz und Nutzenpotential des Handlungsobjekts in allen drei Fällen mit different hoher Intensität eingegriffen werden kann, scheint das keinen Einfluss¹⁰ auf den Grad des Rechtsgutsangriffes (also Verletzung von Besitz, Eigentum oder anderer Vermögensrechte des Rechtsgutsträgers¹¹) zu haben. Die Möglichkeit einer ähnlichen differenzierten Abstufung wie in dem vorausgehenden Beispiel der Delikte gegen die Gesundheit besteht also – deliktübergreifend betrachtet – nur scheinbar, wenn die Sanktion hier in allen Fällen bei derselben Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren liegt.¹²

Erhebliche Schwierigkeiten birgt weiterhin der Versuch einer klärenden Antwort auf die Frage, warum eine Verletzung des Eigentums (Sachbeschädigung, Art. 288 plStGB oder Diebstahl, 279 § 1 plStGB) und eine solche der Gesundheit gemäß Art. 157 § 1 plStGB mit derselben Sanktion bedroht werden, also trotz der Verschiedenartigkeit von Sach- und Personengut im externen Vergleich heterogener betroffener Rechtsgüter nicht ebenfalls abgestuft sind. Ob im Vergleich der Rechtsgüter zueinander eine sinnvolle Abstufung nach Maßgabe einer Vorrangigkeit möglich ist und anhand welcher Kriterien diese erfolgen sollte, ist umstritten. Wahrscheinlich ist es lediglich konsensfähig anzunehmen, dass der höchste Wert dem Menschenleben zugeschrieben wird.¹³ Wie aber liegt es mit Differenzierungsmöglichkeiten von Wertigkeiten bei anderen Rechtsgütern: individuellen oder kollektiven, mehr oder weniger *entmaterialisierten*, den klassischen Rechtsgütern des Kernstrafrechts oder den modernen schutzbedürftigen Interessen des Kapitalmarkts oder der Mediengesellschaft? Die dogmatischen Auseinandersetzungen im Rahmen der Rechtsgüterlehre erleichtern diese

Aufgabe nicht. Auch die verfassungsrechtliche Grundrechtslehre ist hier wenig hilfreich, obwohl das polnische Verfassungsgericht seit Jahren annimmt, dass ökonomische und soziale Grundrechte im Gegensatz zu Rechten und Freiheiten, welche persönlichen oder politischen Charakter haben, einer gesteigerten Beschränkung unterliegen können.¹⁴

Bei der Anpassung der dem einzelnen Tatbestand quantitativ „entsprechenden“ Strafe interessiert uns jedoch nicht der isolierte „Wert“ des einzelnen Rechtsgutes; vielmehr muss mit der abgestuften Bedeutsamkeit der Rechtsgüter die gesteigerte oder reduzierte Intensität des Angriffs bzw. der Gefährdung verbunden werden. Bezugnehmend auf den bereits angeführten Vergleich zwischen der Verletzung von Vermögensrechten und einer solchen der Gesundheit könnte angenommen werden, dass sich die Gesundheit als um einen Grad bedeutsamer als Eigentum bewerten lässt, so dass die Strafe für den höchsten Grad der Eigentumsverletzung mit der Strafe für eine mittelintensive (ein Grad weniger intensive) Verletzung der Gesundheit kongruent wäre. Dies könnte – obwohl nur annäherungsweise und ohne Rückgriff auf echte mathematisch-statistische Instrumente abschätzbar – gewisse Hinweise für eine schrittweise wertbezogene Korrelation der Strafsanktion zur Straftat liefern. Über die verschiedenen Grade der Rechtsgutsgefährdung oder -verletzung nach Maßgabe der jeweiligen Tatbestandsfassung und über die Struktur der Gefährdungsdelikte wissen wir ebenso wie über die Beziehungen zwischen den Grunddelikten und deren qualifizierende oder privilegierende Abwandlungen¹⁵ immer mehr als über das Rechtsgut selbst.

2. Verfassungsrechtliche Determinanten zur Relation zwischen Straftat und Strafsanktion

Die Idee des Rechtsgüterschutzes ist unvermeidlich mit verfassungsrechtlichen Überlegungen verflochten, so dass sich von hier aus folgern ließe, die Angemessenheit der Beziehung zwischen Straftat und Strafsanktion als eine rein verfassungsrechtliche Frage zu begreifen und daher

⁹ Vertiefend zu tatbestandlichen Modifikationen und Strafzumessungsgründen *Giezek*, *Znamiona modyfikujące typ czynu zabronionego a okoliczności wpływające na wymiar kary* in: *Giezek/Brzezińska*, *Zmodyfikowane typy przestępstw w teorii i praktyce sądowej*, 2017, S. 153 ff.

¹⁰ Oder genau gesagt – keinen angemessen großen Einfluss. Andererseits jedoch könnte es fraglich sein, warum auf der Ebene der Intensität der Rechtsgutsverletzung der vollständige Verlust von Vermögensrechten bei der Sachzerstörung den begrenzten und reversiblen Folgen bei der Sachbeschädigung gleichwertig sein sollte. Damit erhebt sich auch die Frage, was für die Bewertung der Tatschwere von entscheidender Bedeutung sein sollte: Die Rechtsgutsverletzung oder die Verletzung des Handlungsobjekts bzw. Beeinträchtigung eines Rechtsgutsträgers – näher dazu *Hörnle*, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, S. 210-213.

¹¹ *Labuda*, in: *Giezek*, *KK-Część Ogólna*, 2. Aufl. (2014), Art. 288 Rn. 4; *Dąbrowska – Kardas/Kardas*, in: *Zoll*, *KK-Część Szczególna*, Band III, 3. Aufl. (2008), Art. 288 Rn. 10; *Oczkowski*, in: *Stefański*, *KK*, 3. Aufl. (2017), Art. 288 Rn. 1; *Galazka*, in: *Grześkowiak/Wiak*, *KK*, 2. Aufl. (2014), Art. 288 Rn. 1; *Wilk*, in: *Królikowski/Zawłocki*, *KK-Część Szczególna*, Band II, 4. Aufl. (2017), Art. 288 Rn. 10; *Zgoliński*, in: *Konarska-Wrzošek*, *KK*, 2016, Art. 288 Rn. 1; *Kulik*, *Przestępstwo i wykroczenie uszkodzenia rzeczy*, 2005, S. 35.

¹² Man könnte hiergegen einwenden, dass in der Praxis derartige Abstufungen „unterhalb des Strafrahmens“ bei der konkreten Strafzumessung vorgenommen werden können und auch vorgenommen werden (vgl. § 46 Abs. 2 dStGB: „verschuldeten Auswirkungen der Tat“); allerdings fällt das dann in die Beurteilungskompetenz des einzelnen Spruchkörpers (Richter) und ist damit keine Gleichbehandlung zwischen den Gerichten und Einzelfällen sichergestellt.

¹³ Vgl. *Montenbruck* (Fn. 5), S. 83 ff., der vorschlägt, im Bereich der Individualrechtsgüter die Schwere der Straftaten durch ihr Verhältnis zum Mord zu bestimmen. Siehe auch die interessanten Bemerkungen über Abstufung des Tötungsunrechts im Lichte der Höchstrangigkeit des Rechtsguts „Leben“ und seines klassifikatorischen Charakters: *Duttge*, *Lässt sich das Unrecht des Tötungsdelikts gradialisieren?* in: *Giezek/Brzezińska*, *Zmodyfikowane typy przestępstw w teorii i praktyce sądowej*, 2017, S. 225 ff.

¹⁴ Vgl. u.a. *TK*, Urt. v. 22.3.2017 – P 121/15, *OTK ZU A/2017*, poz. 18; *TK*, Urt. v. 12.7.2012 – P 24/10, *Dz.U.* 2012, poz. 841; *TK*, Urt. v. 26.4.1995 – K 11/94K 11/94, *OTK 1995*, poz. 12; *Tuleja*, in: *Safjan/Bosek*, *Konstytucja RP*, Band I, 5. Aufl. (2016), Art. 2, Rn 33; *Garlicki*, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, 3. Aufl. (2016), S. 123; *Garlicki/Wojtyczek*, in: *Garlicki/Zubik*, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*, Band 1, 2. Aufl. (2016), S. 89.

¹⁵ Vgl. Insbesondere die Beiträge in: *Giezek/Brzezińska* (Hrsg.), *Zmodyfikowane typy przestępstw w teorii i praktyce sądowej*, 2017.

umstandslos auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben zurückzuführen.¹⁶ Aus den zahlreichen verfassungsrechtlichen Anforderungen, die den legalen Rahmen der hoheitlichen Strafgewalt kennzeichnen und ausgestalten (wie z.B. Art 30 pGG – Menschenwürdegarantie, Art. 40 pGG – Folterverbot, Art. 41 Abs. 1 pGG – Gesetzlichkeitsprinzip), ist für die hier verhandelte Problematik der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz¹⁷ zweifellos von erheblicher Bedeutung.¹⁸ Wie *Wróbel* betont, lassen sich unter Verweis auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit insbesondere auch die Motive des Gesetzgebers daraufhin überprüfen, ob und inwieweit mit der jeweiligen Strafsanktion tatsächlich der Schutz bestimmter Rechtsgüter unterbunden ist und nach Vorstellung des Gesetzgebers gewährleistet werden kann. Zudem dämmt die verfassungsrechtliche Rahmenordnung eine etwaige übermäßige Repression durch das Strafrecht ein (Übermaßverbot).¹⁹ Eine evtl. Unmöglichkeit, die verfassungsrechtlichen Mindestgebote von Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit der Strafhöhe rational zu begründen, disqualifiziert all jene Versuche von instrumentaler Verschärfung der Strafsanktionen, die infolgedessen lediglich als politisch motiviert zu verstehen sind. So sieht es zumindest auf der rein theoretischen Ebene aus.

In der Rechtsprechung des polnischen Verfassungsgerichts (*Trybunał Konstytucyjny*) wird allerdings Art. 31 Abs. 3 pGG als Prüfungsmaßstab für eine evtl. Verfassungswidrigkeit der Strafe wegen mangelnder Proportionalität zur Straftat relativ selten verwendet.²⁰ Soweit bisher überhaupt die Angemessenheit der Strafe geprüft wurde, betraf dies eher das Problem der Rechtfertigung einer Verhängung von Strafe überhaupt²¹ oder Fälle der Doppelbestrafung (*ne bis in idem*)²², nicht aber das wertbezogene Verhältnis der (Straf-) Sanktion zur konkreten gesetzlichen Beschreibung des strafbaren Verhaltens.²³

Das Problem scheint nämlich darin zu liegen, dass das Abwägungsmodell, auf welchem der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit basiert, nur in begrenztem Umfang eine effektive Einschränkung des gesetzgeberischen Handlungsspielraums bewirken kann.²⁴ Einerseits reicht also der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in seinem Normgehalt weiter als das Subsidiaritätsprinzip des Strafrechts, indem er den Gesetzgeber im Rahmen einer Abwägung der kollidierten Güter und Interessen sowohl zur Meidung von zu repressiven Sanktionen als auch zur Gewährleistung eines effektiven Strafschutzes verpflichtet.²⁵ Andererseits bleibt die einfachgesetzliche Konkretisierung und Implementierung dieser Kopplung von Unter- und Übermaßverboten und Bestimmung von Mindest- und Höchstmaß der Strafe, die den konkreten gesetzlichen Tatbeständen jeweils kongruent sein soll, eine große Herausforderung, auch in Anbetracht der erheblich größeren Anzahl an Kriterien, die für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit mit Blick auf deren mannigfaltige Natur einzubeziehen sind. Demzufolge vertreten einige Autoren den Standpunkt, dass man zwischen den zwei Paradigmen des Verhältnismäßigkeitsprinzips differenzieren sollte: Das erste versteht Verhältnismäßigkeit im Sinne der bereits erwähnten Mittel-Zweck-Relation der Kriminalisierung in Bezug auf den Grundrechtseingriff und ist insoweit auch mit der Funktion der Subsidiarität des Strafrechts verbunden. Die zweite Fassung der Verhältnismäßigkeit beruht jedoch auf dem Grundsatz der Gerechtigkeit und kann im Sinne einer spezifischen Proportionalität für die Bestimmung von Sanktionsrahmen und Strafzumessung verwendet werden.²⁶

3. Das Problem der Skalierbarkeit der Tatbestände und der Sanktionen

Die Idee der Proportionalität von Strafen und Verbrechen hat seinen Ursprung natürlich in den allgemeinen Theo-

¹⁶ Siehe z.B. *Heinrich* (Fn. 5), S. 45.

¹⁷ Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist im polnischen Recht explizit in Art. 31 Abs. 3 der Verfassung der Republik Polen formuliert, wird aber auch aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 2 pGG) abgeleitet.

¹⁸ Vgl. dazu *Tuleja*, *Zasada proporcjonalności jako podstawa prawno-karnej ingerencji w prawa jednostki*, in: Majewski, *Kryminalizacja narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo*, 2015, S. 17.

¹⁹ *Wróbel*, *Spór o "dostateczny poziom represyjności" prawa karnego w płaszczyźnie legislacyjnej*, in: Szwarz, *Represyjność polskiego prawa karnego*, 2008, S. 19; *Wojtyczek*, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, 1999, S. 24 ff; *ders.*, *CzPKiNP 1999/2*, 33 (38); *Zakolska*, *Zasada proporcjonalności w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, 2008, S. 115; *Labno*, *Ograniczenie wolności i praw człowieka na podstawie art. 31 ust. 3 Konstytucji III RP*, in: Banaszak/Preisner, *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, 2002, S. 699; *Bojarski/Giezek/Sienkiewicz*, *Prawo Karne Materialne. Część Ogólna i Szczególna*, 6. Aufl. (2015), Rn. 47; *Zoll*, in: *ders.*, *KK-Część Ogólna*, Band I, 5. Aufl. (2016), Art. 1 Rn. 3; *Zoll*, in: *System Prawa Karnego*, Band 2, (2011), S. 237; *Królikowski/Zawłocki*, *Prawo Karne*, 2. Aufl. (2016), Rn. 446.

²⁰ Ein interessantes Beispiel – besonders im Vergleich zum gesetzlich vorgesehenen Strafrahmen in § 211 StGB – kann das Urteil v. 16.4.2009 - P 11/08, *Dz.U.* 2009 Nr 63, poz. 533 sein. Hierin erklärte TK die Begrenzung des Strafrahmens von Art. 148 § 2 pl StGB (Mord) auf zwei Ausnahmestrafen (25 Jahre Freiheitsstrafe oder lebenslange Freiheitsstrafe) für verfassungswidrig. Dies resultierte unter anderem aus der Verletzung der verfassungsrechtlichen Garantie richterlicher Urteilsfindungsfreiheit, weil sich die Strafauswahl bei einem Täter, der zum Zeitpunkt der Tatbegehung das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, in 25 Jahren Freiheitsstrafe erschöpft. Das Verfassungsgericht bestand zwar vor allem das Gesetzgebungsverfahren, das zur Novellierung dieser Vorschrift im Jahre 2005 führte (Verstoß gegen Art. 118 Abs. 1 und Art. 119 Abs. 1 und 2 pGG), betonte jedoch in seinem Urteil ebenso, dass die verhängte Sanktion nicht durch den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gerechtfertigt werden kann. Vgl. dazu näher *Zoll*, *RPEiS 2006*, S. 323 (334); *Łętowska*, *PiP 2006/10*, S. 5 (15); *Sakowicz*, *PiP 2006/5*, S. 18 (25).

²¹ *TK*, *Urt. v. 9.10.2012 – P 27/11*, *OTK-A 2012*, Nr 9, poz. 104.

²² *TK*, *Urt. v. 15.4.2008 – P 26/06*, *OTK-A 2008*, Nr 3, poz. 42.

²³ *Hryniewicz-Lach*, *Kara kryminalna w świetle Konstytucji RP*, 2015, S. 187-189, 240 ff.

²⁴ Vgl. dazu *Tuleja* (Fn. 14), S. 17; *Królikowski*, *Dwa paradygmaty*, S. 37, 38.

²⁵ *Wojtyczek*, *Zasada proporcjonalności jako granica prawa karania*, in: *Zoll*, *Racjonalna reforma prawa karnego*, 2001, S.305; *ders.*, *CzPKiNP 1999/2*, 33 (38); *Burzyński*, *Ustawowe określenie sankcji karnej*, 2008, S. 125.

²⁶ *Królikowski*, *Dwa paradygmaty*, S.37–38.

rien der Strafzumessung. Die für Konzeptionen der „Tatproportionalität“ kennzeichnende Orientierung an der Schwere der Tat sowie an deren Folge- und Schuld-elementen scheint ein besonders attraktiver Ausgangspunkt zu sein, um das Potential des Begriffes der Proportionalität auch auf die Ebene der Gesetzgebung zu übertragen und hierbei in Analogie zu den strafzumessungsrelevanten Skalen in Bezug auf das konkret (schuldhaft) begangene Tatumrecht auch die Tatbestände und Sanktionen parallel zu skalieren. Solch einen Versuch unternimmt in der polnischen Strafrechtsdogmatik z.B. *Królikowski*: Seiner Auffassung nach muss die Proportionalität als Relationsbegriff interpretiert werden. Sie bedeutet jedoch nicht einen Zusammenhang zwischen Strafe und Verbrechen, die als heterogene Phänomene schlechterdings unvergleichbar sind, sondern ein Verhältnis der skalierbaren Intensität möglicher Strafe und Schwere der Tat.²⁷ Im Detail basieren seine Überlegungen auf von *Hirschs* Konzept der „Ordinalen Proportionalität“ mit deren drei grundsätzlichen Voraussetzungen für eine Skalierung: 1) Gleichheit (*parity*), welche verlangt, dass den Taten mit vergleichbarer Schwere auch vergleichbare Sanktionen entsprechen (was jedoch nicht automatisch die absolute Identität der Intensität von Sanktionen bedeuten muss), 2) Rangordnung (*ranking*), wofür die Strafen auf der Strafskala systematisch angeordnet werden sollen, um die Intensität des jeweiligen Verbrechens adäquat darzustellen und endlich 3) Abstände (*spacing*), um wesentliche Unterschiede zwischen der Schwere der einzelnen Taten auszudrücken.²⁸ Ein ergänzendes Vergleichsinstrument bietet zudem das Modell der Lebensqualitätsanalyse.²⁹ Dieses Modell soll Schwierigkeiten in der Abstufung der Schäden für das Strafrecht überwinden, die sich aus der Vagheit des Schadensbegriffes sowie der Unvergleichbarkeit der Schäden mit Blick auf unterschiedliche Güter und Interessen ergeben. Es wird daher vorgeschlagen, dass die Quantifizierung der Schwere einer Straftat hinsichtlich der möglichen Schäden auf dem zusätzlichen Kriterium einer Abnahme der Lebensqualität basieren soll.³⁰ Dieses Kriterium umfasst eine umfangreiche Reihe von sowohl ökonomischen als auch nicht-ökonomischen Interessen des potenziellen Opfers.³¹ Auf genau die gleiche Weise soll die Bezugnahme auf Lebensstandard und relevante Lebensinteressen der Täter eine Quantifizierung und differenzierte Abstufung der Schwere der Strafsanktionen ermöglichen.

Sicherlich liegt ein wesentlicher Vorteil dieser Konzeption in ihrer Standardisierung, d.h. eine derartige Hierarchisierung befreit von dem Vorwurf, dass die mit der Strafsanktion bewirkte Übelszufügung keiner generali-

sierbaren Objektivierung zugänglich ist, sondern beim Täter lediglich ein subjektives Gefühl des Bestrafseins verursacht, das deshalb auf einer abstrakten Ebene nicht messbar ist.³² In der Konsequenz sollte die Sanktion als proportional betrachtet werden, wenn die Ordnung der Sanktionen die Ordnung der Straftaten in ihrer jeweiligen Unrechtsschwere widerspiegelt.³³ Offen bleibt jedoch, ob eine derartige Proportionalität wirklich einen limitierenden Charakter hat,³⁴ weil die Rangordnung der Strafen als die wichtigste Prämisse der vorgeschlagenen Skalierung und der damit verbundene Quantifizierungsmechanismus sehr unklar bleibt.

Ähnliche Schlussfolgerungen ergeben sich aus der Idee von *Gardocki*, die auf den Begriffen der „Tatbestandschwelle“ (Tatbestand als Bestandteil der Rechtsnorm)³⁵ und *Rechtsfolgeschwelle* basiert. Weil es im Prozess der Typisierung des strafwürdigen Verhaltens möglich ist, die Tatbestände der Strafnormen um zusätzliche Merkmale zu ergänzen oder – umgekehrt – die Beschreibung des Deliktstypus zu reduzieren (und dadurch den Kreis der tatbestandsmäßigen Verhaltensweisen entsprechend zu erweitern oder einzuschränken), soll der Umfang des Deliktstypus als die Eigenschaft betrachtet werden, die sich abstufen lässt. Indem wir die verschiedenen gesetzlichen Straftatbestände mit den Tatbeständen der verwandten Strafnormen vergleichen, sind wir imstande, die Grenze des maximalen Unrechtsgehaltes (des betroffenen Grundtatbestands) zu markieren.³⁶ Auf der Prämisse von der notwendigen Parallelität der Tatbestands- und Sanktions-schwellen lassen sich obere und untere Sanktionsgrenzen deduzieren. Selbst der Autor konstatiert aber, dass „die Festsetzung der dem konkreten Deliktstypus adäquaten Sanktion nicht leicht ist. Dafür bedürften wir irgendeiner Quantifizierung der Schwere der Verbrechen (deren sozialer Schädlichkeit) und müssten einen »Umrechnungsfaktor« zur Umrechnung benennen“.³⁷ Solche eigenartige „Übersetzung der Tatbestandmerkmale in die Sprache der Zahlen“ hält er aber für unmöglich und postuliert daher eine Orientierung am Prinzip der internen Gerechtigkeit der Strafgesetzgebung, das die entscheidende Rolle bei der Bestimmung der Sanktion spielen müsse. Dies bedeutet aber nicht anders, als zu den alten, unklaren und meistens nur auf einer bloßen Umetikettierung der strafgesetzgeberischen Gewohnheiten basierenden Lösungen zurückzukehren, statt neue vorzuschlagen.

4. Maßstäbe der Angemessenheit im Lichte von den jüngsten Änderungen des polnischen Strafgesetzbuchs

Sämtliche der vorstehend skizzierten Schwierigkeiten bei

²⁷ *Królikowski* (Fn. 4), S. 116; so auch *Hryniewicz-Lach*, S. 240 ff.

²⁸ *Von Hirsch*, *Fairness, Verbrechen und Strafe: Strafrechtstheoretische Abhandlungen*, 2005, S. 139.

²⁹ *Von Hirsch/Jareborg*, *Oxford Journal of Legal Studies* 1991/1, S. 1; *von Hirsch* (Fn. 28), S. 142-143; *von Hirsch/Ashworth*, *Proportionate Sentencing. Exploring the Principles*, 2005, S. 187; *von Hirsch*, *Deserved Criminal Sentences*, 2017, S. 64-67; *Hörnle*, S. 226 ff.; *Giannoulis*, *Studien zur Strafzumessung*, 2014, S. 176-178 und *Królikowski* (Fn. 4), S. 132-133.

³⁰ Wie *Giannoulis* betont, sind in diesem Model Spuren einer »moral arithmetic« im Sinne von *Bentham* zu identifizieren – siehe *Giannoulis* (Fn. 29), S. 176.

³¹ *Von Hirsch* (Fn. 28), S. 143.

³² A.a.O., S. 147.

³³ A.a.O., S. 155.

³⁴ Was *von Hirsch* ausdrücklich betont – a.a.O., S. 138-140; 155, *von Hirsch* (Fn. 29), S. 22.

³⁵ Diese beiden Begriffe sollen die polnischen terminologischen Vorschläge von *Gardocki*, der über „*próg dyspozycji*“ [Tatbestandschwelle] und „*próg sankcji*“ [*Rechtsfolgeschwelle*] schreibt, möglichst wortgetreu übersetzen. Da aber der Begriff *Tatbestand* so vieldeutig ist, war es nötig hinzuweisen, dass hier der Tatbestand als Teil der Rechtsnorm gemeint ist.

³⁶ *Gardocki*, *PiP* 1979/8-9, 129 (130-131).

³⁷ A.a.O., S. 132.

der Entwicklung und Implementierung von greifbaren, präzisen und vor allem praktisch anwendbaren dogmatischen Maßstäben zur Herstellung der Kongruenz zwischen Straftat und Strafsanktion können in der Konsequenz zu der voreiligen und inadäquaten Bestimmung der Strafsanktionen beitragen. Eine kategorisch pessimistische Bewertung der Strafgesetzgebung betrifft insbesondere die jüngsten Veränderungen der Kriminalpolitik in Polen.

Durch das Gesetz vom 11.3.2016 zur Änderung der Strafprozessordnung und anderer Vorschriften³⁸ wurden die Strafdrohungen der Falsch Aussage (Art. 223 § 1 plStGB) und des Vorlegens eines falschen Gutachtens (Art. 233 § 4 plStGB³⁹) deutlich verschärft (in dem Fall der letztgenannten Straftat sogar bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe). Darüber hinaus entschied der polnische Gesetzgeber, dass wegen Falsch Aussage auch Personen, die im Lichte des formellen Beschuldigtenbegriffs nicht als Beschuldigte gelten,⁴⁰ obgleich sie am betreffenden Tatgeschehen tatbeteiligt sind, mit einer Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft werden können, wenn sie „aus Angst vor einer ihm selbst oder ihm nahestehenden Person drohenden strafrechtlichen Haftung falsch aussagen oder die Wahrheit verschweigen“ (z.B. während der Vernehmung bei der Polizei).⁴¹ Diese Strafausdehnung wird im Schrifttum zu Recht als Verstoß gegen den nemo-tenetur-Grundsatz betrachtet.⁴²

Ein weiteres Beispiel könnte sich in den jüngsten Veränderungen im Bereich der Verkehrsdelikte finden. Durch das Gesetz vom 23.03.2017⁴³ wurde eine neue Straftat – „Missachtung des Haltegebots der Polizei oder anderer berechtigter Personen“ (Art. 178b plStGB) – eingeführt und eine Verschärfung der Strafdrohungen in den Fällen einer Straftatbegehung nach Art. 177 § 2 plStGB [Verkehrsunfall mit Todesfolge oder schwere Gesundheitsschädigung als Erfolgsqualifikation] oder Art. 244 plStGB [Eingriff in ein gerichtliches Verbot] im Zustand der Trunkenheit oder unter Einfluss eines Rauschmittels

verabschiedet. Das abstrakte Gefährdungsdelikt⁴⁴ des Art. 178b plStGB – was schon seinerseits erhebliche Legitimationsprobleme aufweist – ist zusätzlich sehr vage formuliert.⁴⁵ Was aber sämtliche Kontroversen noch verstärkt, ist der Umstand, dass das betreffende Verhalten mit einer Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bedroht ist. Dies entspricht beispielsweise dem Strafrahmen bei Begehung eines Diebstahls (Art. 278 § 1 plStGB⁴⁶). Neben der bereits erwähnten Ausdehnung der Strafbarkeit sind auch weitere Vorschriften eklatant repressiver ausgestaltet worden. Die Novellierung nennt als Strafe für Täter, die sich an ein vom Gericht angeordnetes Strafmittel (bspw. Fahrverbot) nicht halten oder eine gerichtliche Anordnung nicht oder nicht in der in ihr vorgesehenen Art und Weise ausführen, dieselbe, offenbar vom Gesetzgeber inzwischen bevorzugte Sanktionshöhe: nämlich Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren. Erwähnenswert ist, dass dieses Delikt ursprünglich nur mit Geldstrafe oder einer Freiheitsstrafe von bis zu einem Jahr geahndet und angesichts des medialen Drucks zur „effektiven“ Bekämpfung der Verkehrskriminalität⁴⁷ sukzessive – erstmalig bereits zuvor – verschärft wurde.⁴⁸

Schwierig ist das Herausarbeiten der für die Strafschärfung sprechenden rationalen Gründe. Obwohl die Begründung des Gesetzesentwurfes mehr Sicherheit im Straßenverkehr verspricht und die Notwendigkeit strafrechtlicher Reaktionen betont, die schuldangemessen bleiben und dem Grad der sozialen Schädlichkeit entsprechen, weckt die tatsächlich erfolgte Änderung dennoch Misstrauen hinsichtlich der wahren Ziele des Gesetzgebers. Es lässt sich nicht leugnen, dass die neuen Regulierungen weniger der Vorbeugung von Verbrechen, sondern mehr der Machtkonzentration zugunsten der staatlichen Behörden und der Kontrolle der bürgerlichen Gehorsamspflichten dienen.⁴⁹ Daraus ergibt sich, dass das wesentliche Kriterium bei der Bestimmung der Strafandrohung nicht dogmatisch, sondern vielmehr sozial und politisch geprägt ist. Zentraler Punkt ist nicht der Zweck der Strafe, der Grad

³⁸ Dz.U. 2016 r. poz. 437.

³⁹ *Sotyszewski/Szostak*, Prok. i Pr. 2017/1 120 (130).

⁴⁰ Gem. Art. 71 § 1 plStPO wird als Beschuldigter derjenige bezeichnet, gegen den der Beschluss über eine Bekanntmachung der Vorwürfe erlassen wurde oder dem die Begehung einer Straftat vorgeworfen wird. Von diesem Zeitpunkt an erlangt der Verdächtige den Status des Beschuldigten und auch die damit verknüpften Rechte wie insbesondere das Aussageverweigerungsrecht oder das Recht auf einen Verteidiger.

⁴¹ Es ist bemerkenswert, dass die bisher anerkannte Strafflosigkeit dieser Personen vom polnischen Obersten Gericht (*Sąd Najwyższy*) durch zwei bedeutende Entscheidungen bestätigt wurde: *SN*, Urt. v. 26.4.2007 – I KZP 4/07, OSNKW 2007, z. 6, poz. 45 und *SN*, Urt. v. 20.9.2007 – I KZP 26/07, KZS 2007 nr 10, poz. 3, (Bemerkungen: *Filar*, OSP 2008/4, 307 (307); *Stypula*, MoP 2008, 834 (834); *Kmieciak*, Prok. i Pr. 2007/12, 161 (Der Oberste Gerichtshof beruft sich auf das Verteidigungsrecht und die Selbstbelastungsfreiheit, die u.a. in Art. 42 Verfassung der Republik Polen und Art. 6 EMRK reguliert sind. Das Motiv war auch die Vermeidung von Situationen, in denen Polizeibeamte absichtlich die Darstellung der Vorwürfe abschieben, damit der Verdächtige vom Schutzanspruch des *nemo tenetur* Prinzips nicht Gebrauch machen konnte. Näher dazu *Bielski*, CzPKiNP 2011/3, 73 (80), *Gruszecka*, CzPKiNP 2010/2, 139 (142), *Kukula*, WPP 2012/1-2, 145 (145-146), *Rusinek*, Prok. i Pr. 2008/4, 83 (87); *Wiliński*, Prok. i Pr. 2007/3-4, 70 (73).

⁴² *Hermeliński/Światłowska-Nita*, Pal. 2016/9, 12 (24).

⁴³ Dz.U. z 2017 r. poz. 966.

⁴⁴ *Stefański*, in: *Stefański*, KK, 3. Aufl. (2017), Art. 178b Rn. 11; *Malecki*, PnD 2016/10, 21 (22); *Szeleszczuk*, in: *Królikowski/Zawłocki*, KK-Część Szczególna, Band I, 2017, Art. 178b Rn. 2.

⁴⁵ Art. 178b. plStGB: „Wer gegenüber einer zur Verkehrskontrolle berechtigten Person, während er ein Kraftfahrzeug führt oder sich auf einem Wasser- oder Luftschiff befindet, ein durch Licht- oder Tonzeichen gegebenes Haltegebot nicht befolgt und das Kraftfahrzeug nicht unverzüglich anhält, sondern weiterfährt, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.“

⁴⁶ Der Gesetzgeber beruft sich auf eine „potenziell sehr bedeutende Bedrohung der Verkehrssicherheit“, s. Parlament – Drs. Nr. 1231, S. 4, krit. hins. dieser Begründung *Szeleszczuk*, in: *Królikowski/Zawłocki*, KK-Część Szczególna, Band I, 2017, Art. 178b Rn. 1.

⁴⁷ Gesetz vom 14.4.2000 zur Änderung des Strafgesetzbuches, Dz.U. Nr. 48, poz. 548. Kraft dieses Gesetzes wurde auch die frühere Ordnungswidrigkeit – Trunkenheit im Verkehr – in Art. 178a plStGB kriminalisiert: „Wer im Zustand der Trunkenheit oder unter Einfluss eines Rauschmittels ein Kraftfahrzeug im Land-, Wasser- oder Luftverkehr führt, wird mit Geldstrafe, Freiheitsbeschränkungsstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren bestraft.“

⁴⁸ Gem. den Vorschriften des Allgemeinen Teils beträgt die Freiheitsstrafe mindestens einen Monat; sie wird nach Monaten und Jahren bemessen (Art. 37 plStGB).

⁴⁹ So auch *Szeleszczuk*, in: *Królikowski/Zawłocki*, KK-Część Szczególna, Band I, 2017, Art. 178b Rn. 2.

an sozialer Schädlichkeit oder der Rekurs auf andere Prämissen einer rationalen Kriminalpolitik, sondern vielmehr das politische Interesse der herrschenden parlamentarischen Mehrheit. Nach deren jeweils beliebigen Willen stellt sich eine besondere gesellschaftliche Missbilligung von Fällen ein. Ein Beispiel hierfür ist auch die von der analysierten Novellierung vorausgesetzte schärfere Strafzumessung für den Täter, der in einem Zustand der Trunkenheit oder unter Einfluss eines Rauschmittels einen durch Todesfolge oder schwere Gesundheitsschädigung qualifizierten Unfall verursacht.⁵⁰ Die Informationen der Medien über besonders dramatische Fälle und das dadurch erregte Interesse und Empörung der Öffentlichkeit spiegeln jedoch weder eine erhöhte Kriminalitätsrate noch die wahren Gefühle der Gesellschaft wider; ein rationales Kriterium stellen sie somit nicht dar.⁵¹ Hat der Täter im Sinne der neuen Fassung des Art. 178 § 1 pStGB die in Art. 177 § 2 pStGB genannte Straftat im Zustand der Trunkenheit oder unter Einfluss eines Rauschmittels begangen, verhängt das Gericht obligatorisch (!) eine Freiheitsstrafe, die nicht milder als zwei Jahre Freiheitsstrafe ausfällt und bis zur Hälfte des erhöhten Höchstmaßes der Androhung reichen kann. Dies bedeutet, dass – bei einem Strafraum für den qualifizierten Unfall von sechs Monaten bis zu acht Jahren – die zulässige Strafsanktion bis zu 12 Jahren Freiheitsstrafe betragen kann. Die Mindeststrafe von zwei Jahren kommt zudem dem Strafraum eines Verbrechens (Art. 7 § 2 pStGB⁵²) nahe, der drei Jahre beträgt.

Die Aufmerksamkeit ist aber auch noch auf ein weiteres Phänomen zu richten: die „Schließung“ des Strafraums. Der Gesetzgeber darf zwar keine absoluten Strafbestimmungen einführen, aber er verzichtet inzwischen systematisch auf Sanktionen, die auch noch Alternativstrafen ausweisen (pStGB kennt fünf Arten von Strafen: Geldstrafe, Freiheitsbeschränkungsstrafe, Freiheitsstrafe, 25 Jahre Freiheitsstrafe und lebenslange Freiheitsstrafe). Überdies werden die Strafraum systematisch so umgestaltet, dass Ober- und Untergrenze des möglichen Strafmaßes sich sehr annähern: Dies begrenzt deutlich den richterlichen Spielraum bei der Strafzumessung, was systembedingt die richterliche Unabhängigkeit und Rechtsstaatlichkeit gefährdet. Solches Streben nach der Marginalisierung der

Bedeutung der „Dritten Gewalt“ sind Ausdruck des Misstrauens der Regierung gegenüber der Justiz.

Unbedingter und rücksichtsloser Schutz der Interessen des Staates und ein oberflächlicher Strafpopulismus fällt auch bei der kontroversesten Änderung des Strafraums auf, die den Art. 270a und Art. 271a i.V.m. Art. 277a pStGB betrifft. Gegenstand dieser Vorschrift ist der besonders schwere Fall einer Fälschung von Rechnungen nach der Vorschriften der Art. 270a und Art. 271a pStGB⁵³ und eine Überschreitung des Gesamtwertes der Forderungen aus gefälschten Rechnung i.H.d. Zehnfachen des „Vermögens von großem Wert“, was also 10.000.000 zł (ca. 2.500.000€) übersteigt.⁵⁴ *Prima facie* kann die Summe, besonders im Vergleich zu polnischen Verhältnissen, als erheblich betrachtet werden. Sie deckt sich aber keineswegs mit der Höhe des potentiellen finanziellen Schadens,⁵⁵ ganz zu schweigen davon, dass diese Norm als abstraktes Gefährdungsdelikt überhaupt keinen Eintritt irgendeines Erfolges voraussetzt. Der Täter wird aber in diesem Fall nicht unter fünf Jahren oder mit einer Freiheitsstrafe von 25 Jahren bestraft,⁵⁶ was eine drastische Verschärfung darstellt. Zu betonen ist, dass diese Strafandrohung jene ist, die sonst nur bei schwersten Straftaten wie Kriegsverbrechen (Art. 122 §§ 1 und 2 pStGB; unzulässige Angriffe und Kampfmethoden, Art. 123 § 2 pStGB; Angriff auf die Zivilbevölkerung oder Kriegsgefangene unter Verletzung des Völkerrechts) oder Verbrechen gegen die Republik Polen (z.B. Art. 130 § 4 pStGB: Spionage) verhängt werden dürfen und höher ist als etwa bei einem Terroranschlag (Art. 140 pStGB) oder bei qualifizierten Vermögensdelikten.⁵⁷ In der Begründung des Gesetzes wird ganz die abschreckende Funktion der Strafe in den Mittelpunkt gerückt.⁵⁸

III. Perspektiven

Bereits im Jahr 1979 beschrieb *Gardocki*⁵⁹ den Zerfall der qualitativen Verbindung zwischen Art der Strafe und Charakter der Straftat und verglich dabei die gegenwärtige Gesetzgebung mit der alten Medizin, die für tausende von höchst verschiedenen Krankheiten über denselben bescheidenen Medikamentenvorrat verfügte. In den Aktivi-

⁵⁰ Gem. Art. 115 § 16 pStGB: „Ein Zustand der Trunkenheit im Sinne dieses Gesetzbuches liegt vor, wenn: 1) der Blutalkoholgehalt den Wert von 0,5 Promille überschreitet oder zu einer diesen Wert überschreitenden Konzentration führt, oder 2) der Atemalkoholgehalt in 1 dm³ der ausgeatmeten Luft einen Wert von 0,25 mg überschreitet oder zu einer diesen Wert überschreitenden Konzentration führt.“

⁵¹ Allerdings ist die vorübergehende und oft gezielt ausgelöste Welle der Empörung nicht mit den berechtigten Anschauungen oder Forderungen der Gesellschaft zu verwechseln. – Vgl. aber die Begründung des Gesetzentwurfs der Regierung: „Die Öffentlichkeit wird regelmäßig durch Berichte über eklatante Verletzungen der Verkehrsregeln durch einige Fahrer erschüttert, insbesondere wenn diese verursachten Unfälle den Tod oder schwere Verletzungen zur Folge haben. Besondere gesellschaftliche Resonanz und Missbilligung finden die Berichte über betrunkene Täter. Die Reaktion auf solche Akte der Strafverfolgungs- und Justizbehörden ist häufig nicht ausreichend und verhängte Strafen sind inadäquat mild.“

⁵² Gem. Art. 7 § 1 pStGB ist Straftat entweder ein Verbrechen oder ein Vergehen.

⁵³ In erster Linie bleibt es höchst unklar, warum die Straftaten der Fälschung von Rechnungen überhaupt im Abschnitt XXXIV pStGB („Straftaten gegen die Glaubwürdigkeit von Urkunden“) platziert

wurden. Dem geschützten Rechtsgut und der bisherigen Deliktssystematik nach sollten diese wie andere Steuerstraftaten und Steuerordnungswidrigkeiten im pAO (*Kodeks karny skarbowy*) geregelt werden.

⁵⁴ Wie *Herzog* treffend bemerkt – Es ist unbekannt, was eigentlich einer solchen Bestimmung des Wertes von Forderungen zugrunde lag. Im Gesetzentwurf wurde der Grenzwert für Verbrechen anfangs als die Fünffache des „Vermögens von großem Wert“ vorgesehen: *Herzog*, in: Stefański, KK, 3. Aufl. (2017), Art. 277a Rn. 3.

⁵⁵ Näher dazu *Liszewska*, PP 2017/9, 17 (20 ff.); *Radzikowski*, PP 2017/3, 34 (34); *Dokukin*, Dor. Podat. 2017/7, 29 (29).

⁵⁶ Zusätzlich gem. neuem Art. 277b pStGB darf das Gericht neben einer in Art. 270a, 271a und 277a StGB genannten Freiheitsstrafe auch Geldstrafe in der Höhe von bis zu 3.000 Tagessätzen verhängen, also von 100 bis zu 6.000.000 zł (circa 1.500.000 €). *Żelichowski*, in: Królikowski/Zawłocki, KK-Część Szczególna, Band II, 2017, Art. 277b Rn. 3.

⁵⁷ Vgl. *Herzog*, in: Stefański, KK, 3. Aufl. (2017), Art. 277a Rn. 1.

⁵⁸ Siehe Begründung des Gesetzentwurfes der Regierung, PL Parlament-Drs. Nr. 888.

⁵⁹ *Gardocki*, PiP 1979/8-9, 129 (129).

täten des Gesetzgebers könnte das entsprechende medizinische Äquivalent insofern erkannt werden, als es wegen des Mangels an neuen Ideen zu besseren Arzneien offenbar genüge, diese lediglich in immer höherer Dosierung zu reichen. Die Ähnlichkeiten zu den Anfängen der Medizinkunst sind damit jedoch noch keineswegs erschöpft. Die Kriminalpolitik erinnert an die Überzeugung der Alchemisten, dass es ein universales Allheilmittel für sämtliche Krankheitszustände gebe; für die „Krankheit“ der Straftatbegehung meint der polnische Gesetzgeber augenfällig, dieses Universalmittel in Gestalt einer maximalen Repression und maximaler Strafandrohung und -sanktionierung gefunden zu haben. Der Irrglaube, die erwünschten Ergebnisse durch eine Erhöhung der Dosis desselben Medikaments statt einer passenden Auswahl aus einem differenzierenden Sortiment von Optionen zu erreichen,

ist in der Medizin ähnlich weit verbreitet wie im Strafrecht. Es ist in unserer Zeit mehr denn je von der Vorstellung beherrscht, dass die Kriminalitätsprobleme sich einfach durch eine Dosiserhöhung („more of the same“) lösen lassen könnten. Die populistische Strömung gewinnt sowohl im angelsächsischen Raum als auch in Kontinentaleuropa zunehmend an Bedeutung. Zusätzlich nutzen die populistischen Parteien gern das Strafrecht als Mittel zur Realisierung ihrer politischen Ziele. Für dieses Phänomen ist insbesondere die Marginalisierung der wissenschaftlichen Experten im Gesetzgebungsverfahren charakteristisch. Leider muss zugegeben werden, dass die theoretisch-dogmatischen Instrumente bisher keine präzisen Maßstäbe bieten und diverse Aspekte offenlassen. Daher bedarf es einer tiefer- und weitergehenden Erörterung der Thematik: Wenn alles „seine Zeit“ hat, dann ist heute Eile geboten!

BUCHBESPRECHUNGEN

Johannes Kaspar (Hrsg.): „Sicherungsverwahrung 2.0“

von Prof. Dr. Alexander Baur

2017, Verlag Nomos, Baden-Baden, ISBN 978-3-8487-3767-3, S. 319, Euro 79,00.

1. Das Urteil des *BVerfG* vom 4.5.2011 zur Verfassungswidrigkeit der Sicherungsverwahrung war die Zäsur, der der von *Kaspar* (Universität Augsburg) herausgegebene Sammelband seinen Titel verdankt: Mit dem Urteil begann eine Entwicklung, die es nahelegt, von einer „*Sicherungsverwahrung 2.0*“ zu sprechen. Folgen und Änderungen im Bereich der Sicherungsverwahrung seit dem „*Paukenschlag*“ (*Kaspar*) des *BVerfG* beleuchtet der vorliegende Sammelband und trägt dabei die Ergebnisse einer Augsburger Tagung zusammen.

Die Rechtslage vor und nach dem Urteil des *BVerfG* stellt *Bartsch* (Universität Tübingen) dar und begrüßt dabei eine über die Jahre immer klarer erkennbare, freiheitsorientierte Linie der Verfassungsrechtsprechung. Zu kritisieren sei jedoch die ebenfalls zu beobachtende Aufladung des Abstandsgebots und dessen Begründung mit den unterschiedlichen Legitimationsgrundlagen und Zwecksetzungen von Strafe und Maßregeln. In der Praxis würden die Vorgaben des *BVerfG* im Wesentlichen zuverlässig umgesetzt. Ergänzt wird der Beitrag von *Bartsch* durch die ausführlichen Darlegungen zur Rückwirkungsproblematik von Neuregelungen im Bereich der Sicherungsverwahrung und damit zusammenhängenden Problemen des rechtsstaatlichen Vertrauensschutzes (*Werndl*, Ufer Knauer Rechtsanwälte, München).

2. Der Band stellt daneben den rechtstatsächlichen Forschungsstand zur Sicherungsverwahrung zusammen und zeichnet an vielen Stellen, teils quantitativ, teils qualitativ geprägt, deren Vollzugswirklichkeit nach. *Dessecker* (KrimZ Wiesbaden), dessen Beitrag den Band eröffnet, gibt einen ersten Überblick zum empirischen Kenntnisstand und stellt insbesondere Forschungsergebnisse der KrimZ, unter anderem zu Strukturmerkmalen der Vollzugseinrichtungen und den im Vollzug der Sicherungsverwahrung umgesetzten Maßnahmen, vor. *Kinzig* (Universität Tübingen) zeichnet mit seiner Auswertung insbesondere der Strafvollzugsstatistik die Entwicklung der Fallzahlen der Sicherungsverwahrung der letzten rund 20 Jahre nach. *Feest* (Universität Bremen) gewährt einen Blick hinter die Kulissen des „*AK Sicherungsverwahrung*“ und schildert unter anderem eindrücklich die Besuche des Arbeitskreises in den Justizvollzugsanstalten

Werl, Rosdorf und Brandenburg sowie der Longstay-Einrichtung Zeeland (Niederlande). *Meier* (Universität Hannover) ergänzt Überlegungen zur – zahlenmäßig glücklicherweise kaum praxisrelevanten, aber gleich aus einer Vielzahl von Gründen besonders problematischen – Sicherungsverwahrung bei Jugendlichen und Heranwachsenden.

Insbesondere bei *Feest*, *Kinzig* und *Meier* münden die Analysen in rechtspolitischen Forderungen. *Meier* fordert unter anderem eine Rückkehr zu einer starren Obergrenze wie vor der Reform durch das Sexualstraftatenbekämpfungsgesetz 1998. *Kinzig* sondert in der rechtspolitischen Reformdebatte um die Sicherungsverwahrung zunächst Utopisten von Realisten, verortet sich selbst bei den Realisten und plädiert für umfangreiche, aber systemimmanente Änderungen. *Feest* kommt zu dem ernüchternden Ergebnis, dass „*die Unterbringung der deutschen Sicherungsverwahrten in mehr oder weniger großzügigen Einrichtungen nicht viel gebracht hat*“. Mit seiner Forderung nach „*restloser Abschaffung der Sicherungsverwahrung*“ oder jedenfalls „*faktischer Abschaffung durch Reduktion*“ dürfte er freilich von *Kinzig* eher dem Lager der Utopisten zugeschlagen werden.

3. Wie ein roter Faden durch eine Vielzahl der Beiträge zieht sich die Problematik einer zutreffenden Legalprognose. Die meisten Beiträger haben erhebliche Zweifel an deren Validität. *Höffler* (Universität Göttingen) gibt zunächst einen Überblick zu Prognoseinstrumenten und zeigt deren Fehlerquellen auf. *Brettel* (Universität Mainz) weist auf die ungeklärte „*Kriminorelevanz*“ psychischer Störungen hin. *Kinzig* betont die systematische Überschätzung der Gefährlichkeit vor allem bei älteren Straftätern. Im Jugendstrafrecht verschärfe sich die Lage noch dadurch, dass schon allein aufgrund der jugendtypischen Entwicklungsverläufe Prognosen zusätzlich erschwert würden (*Meier*). Die systematische Überschätzung des Rückfallrisikos führe dazu, dass „*die Justiz auf diesem Weg auch einen hohen Anteil nicht ‚wirklich‘ gefährlicher Täter erfasst und in der Sicherungsverwahrung unterbringt*“ (*Meier*). Bedenklich daran sei vor allem, dass sich Politik und Justiz der Problematik nicht hinreichend bewusst seien – denn jede noch so strikte Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes laufe ins Leere, wenn die zugrunde gelegte Gefährlichkeit des jeweiligen Straftäters fehlergeschätzt werde.

4. Ergänzt wird der Band durch den Blick von Praktikern auf die „*Sicherungsverwahrung 2.0*“. Arloth und Wegner (Bayerisches Staatsministerium der Justiz) messen zunächst die Vorgaben des Ultima-ratio-Prinzips aus und zeigen dessen Auswirkungen auf die (bayerische) Vollzugspraxis. Dabei betonen die beiden Autoren wie kaum ein anderer Beiträger des Bandes auch die Notwendigkeit der Sicherungsverwahrung: „...trotz umfassendster Betreuung- und Behandlungsangebote wird immer auch ein Teil von Straftätern verbleiben, bei dem die Gefährlichkeit auch durch dieses Angebot nicht auf ein für die Allgemeinheit hinnehmbares Maß abgesenkt werden kann. Vor diesem Teil gefährlicher Straftäter mit angeordneter oder vorbehaltener Sicherungsverwahrung muss die Bevölkerung [...] geschützt werden.“ Die Problematik, wie dieser Teil gefährlicher Straftäter zuverlässig identifiziert werden kann, wird nicht weiter verfolgt. Man mag sich daher geneigt fühlen, hier einen Beleg für das von Meier angesprochene, in Politik und Justiz bisweilen unzureichend ausgeprägte Bewusstsein für die ungeklärte Validität von Legalprognosen gefunden zu haben.

Amannsberger (JVA Straubing) stellt dem „*freiheitsorientierten und therapiegerichteten Vollzug*“ ein gutes Zeugnis aus. Ein therapiegerichteter Vollzug sei zwar „*verwaltungsaufwändiger, zeitintensiver und insbesondere personalintensiver*“; Kosten für die dadurch gesicherte Rechtsstaatlichkeit dürften aber nicht gescheut werden und, möchte man ergänzen, werden offenbar auch nicht gescheut. Legt man den Beitrag Nedopils (Universität München) kritisch daneben, beginnen sich freilich Zweifel zu regen, ob diese Einschätzung unangefochten bleibt. Insbesondere der Strafvollzug komme „*seiner Aufgabe gem. § 67c Abs. 2 StGB nur sehr begrenzt*“ nach. Der Erfolg therapeutischer Maßnahmen im Strafvollzug sei schon deswegen fragwürdig, weil trotz ausreichender Zeit die Sicherungsverwahrung in der Praxis nicht vermieden werde. Therapieangebote wirkten eher defizitär, kämen regelmäßig zu spät und seien selten altersangemessen. Zuzugeben sei aber auch, dass Therapeuten und Betreuer in der Sicherungsverwahrung Beachtliches leisteten, zumal sich bei alternden Menschen, die langfristig in geschlossenen Einrichtungen leben müssten, besondere Herausforderungen stellten. Liest man im Anschluss daran den Beitrag von Ahmed (Rechtsanwalt, München), kann man sich schließlich des Eindrucks eines offenen Konflikts – hier zwischen Vertretern der Justiz und der Anwaltschaft – kaum erwehren. Ahmed zeichnet aus Sicht des Strafverteidigers nämlich ein anderes Bild: Nicht nur, dass die Freiheitsperspektive gerade einmal 533,- EUR wert sei – so hoch ist der Satz nach RVG für die Pflichtverteidigung vor der Strafvollstreckungskammer –, sondern auch die systematische Überschreitung der Prüffristen des § 67e StGB lasse „*eine nicht mehr vertretbare Gleichgültigkeit gegenüber dem grundrechtssichernden Verfahrensrecht*“ erkennen.

5. Mit dem Band, der durch einen rechtsvergleichenden Blick auf die Rechtslage in China (Jiang, Universität Pe-

king) sowie die Behandlung gefährlicher Straftäter im japanischen Strafvollzug (Onagi, Universität Hokkaido) abgerundet wird, ist ein umfassender und, wie angesichts der Beiträge nicht anders zu erwarten, ertragreicher Sammelband über die aktuellen Entwicklungen und (ungelösten) Probleme der Sicherungsverwahrung gelungen. Es bleiben zwei Petita. Der Band blendet die weiteren Folgen der Rechtsprechung des BVerfG – etwa die Einführung der elektronischen Aufenthaltsüberwachung (§ 68 Abs. 1 S. 1 Nr. 12 StGB) oder die Möglichkeiten zur polizeilichen Dauerobservation – weitgehend aus. Bei einer Fokussierung auf die Sicherungsverwahrung und ihre Vollzugsbedingungen ist das durchaus legitim. Zu bedenken ist aber, dass jedenfalls Sicherungsverwahrung und Führungsaufsicht kommunizierende Röhren sind. Je leistungsfähiger die Führungsaufsicht als ambulante Anschlussmaßregel ist, desto leichter können Entscheidungen nach § 67d Abs. 2 StGB verantwortet werden und desto eher wird ein Weitevollzug der Sicherungsverwahrung über die Zehnjahresschwelle des § 67d Abs. 3 StGB hinaus als unverhältnismäßig gelten müssen – kurz: desto besser ist die im Band vielfach zu Recht angemahnte Freiheitsperspektive der Sicherungsverwahrten. Umgekehrt gilt genauso, dass je höher der Entlassungsdruck aus der Sicherungsverwahrung steigt, desto belastbarer die Führungsaufsicht sein muss. Die Rolle der Führungsaufsicht bleibt im Band leider schemenhaft. Sie blitzt an einzelnen Stellen auf (Feest, Kinzig, Meier, Arloth/Wegner), manchmal vermisst man sie spürbar, etwa im Beitrag von Haverkamp (Universität Tübingen) zum Übergangs- und Risikomanagement bei entlassenen Sicherungsverwahrten. Vorschläge wie der von Kinzig, § 67h StGB – im Alltag der Behandlungsmaßnahmen mittlerweile eine tragende Säule – auf die therapeutisch auszugestaltende Sicherungsverwahrung auszudehnen, verdienen daher noch mehr Beachtung.

Eine zweite Forderung hat nichts mit dem Band als solchem zu tun, lässt sich aber bereits aus dessen erstem Beitrag ableiten. Vergleicht man die Zahlen der sicherungsverwahrten und der nach § 63 StGB untergebrachten Straftäter, verwundert bisweilen das – in jeder Hinsicht begrüßende – „*hohe rechtspolitische und publizistische Interesse*“ (Dessecker) an der Sicherungsverwahrung und die dazu im Vergleich nachlässige Behandlung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus. In beiden Fällen handelt es sich um unbefristete Maßregeln; die Eingriffsintensität der Unterbringung nach § 63 StGB ist schon vor dem Hintergrund der dort vollzugsrechtlich zulässigen Zwangsbehandlung nicht *per se* geringer. Liegt die Sicherungsverwahrung im Kreis der Beiträger in guten Händen – dem zum Abschluss des Bandes skizzierten Forschungsvorhaben (Kaspar/Kratzer-Ceylan, Universität Augsburg) sei schon deswegen jeder Erfolg gewünscht –, sucht man eine ähnlich geballte juristische und kriminologische Expertise bei der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus bislang noch vergeblich.

Lisa Tuchscherer: Stadtpolizei statt Polizei

von Polizeirätin Anke Arkenau

2017, Duncker & Humblot GmbH, Berlin, ISBN: 978-3-428-15130-1 (Print), S. 185, 69,90 €

„Stadtpolizei statt Polizei“. Schon der Titel der Arbeit von *Tuchscherer* hat es in sich. Durch seine Kürze und Prägnanz ist er einerseits ein Spiegelbild der Arbeit an sich. Andererseits ist er geeignet, die Neugier der thematisch geneigten Leserschaft zu wecken. „Stadtpolizei statt Polizei“ – Synonym oder Antonym? Forderung oder Feststellung? Synergetische Koexistenz oder ein nicht aufzulösendes Paradoxon? Eine Erwartungshaltung an die Beantwortung solcher oder ähnlicher Fragestellungen wird bereits auf dem Titelblatt geweckt und es sei an dieser Stelle nicht zu viel verraten, dass es der Autorin durchaus gelingt, Antworten zu finden. Maßgeblicher Betrachtungsgegenstand der Arbeit ist die Stadtpolizei in Frankfurt am Main, welche die Autorin einer rechtlichen, begrifflichen wie sicherheitspolitischen Problemanalyse und –aufarbeitung unterzieht (S. 12).

Nach einer kurzen Einführung (S. 11 ff.) nimmt *Tuchscherer* zunächst eine Einordnung der Stadtpolizei Frankfurt am Main in das Gefüge verschiedenster Sicherheitsakteure vor (S. 16 ff.). Die Genese des Namens Stadtpolizei bietet hinreichenden Anlass für einen Blick in die Historie, dem sich die Autorin im darauf folgenden Kapitel widmet (S. 29 ff.). Im Weiteren befasst sich *Tuchscherer* mit dem Begriff „Polizei“ als solches und dessen Anwendbarkeit auf die Stadtpolizei (S. 41 ff.). Losgelöst von der Begrifflichkeit widmet sich die Autorin im Folgenden dem äußeren Erscheinungsbild von Polizei und Stadtpolizei und den damit einhergehenden Problemstellungen (S. 69 ff.). Anschließend beschreibt *Tuchscherer* den indiziell sicherheitspolitischen Wandel (S. 88 ff.). Abgerundet durch einen rechtlichen Diskurs (S. 114 ff.) mündet das Werk von *Tuchscherer* in der Betrachtung ähnlicher Modelle anderer Bundesländer (S. 150 ff.) und einem zusammenfassenden Fazit (S. 165 ff.).

Mit der prägnanten Fragestellung „ist überall, wo Polizei draufsteht, auch Polizei drin?“ (S. 11) eröffnet *Tuchscherer* ihre Einführung in das Thema und formuliert damit den Leitgedanken, der sich wie ein roter Faden durch die vollständige Arbeit zieht. Bereits an dieser Stelle konstatiert die Autorin eine auf verschiedenen Faktoren beruhende ‚neue Unübersichtlichkeit‘ der verschiedensten Sicherheitsakteure, die sie den hehren Zielen eines gesteigerten Sicherheitsgefühls sowie der Demonstration politischer Handlungsfähigkeit gegenüberstellt (S. 11/12).

Zunächst widmet sich *Tuchscherer* der Einordnung der Stadtpolizei in das Gefüge der Sicherheitsakteure (S. 16 ff.). Polizei ist Ländersache (S. 16). Die Bundesländer seien entweder nach dem Einheits- oder nach dem Trennungssystem organisiert. In Hessen gelte das Trennungssystem mit einem gemeinsamen Gesetz für die Polizei- und Ordnungsbehörden (S. 17 f.). Nach einem kurzen Diskurs spricht sich die Autorin für die Beibehaltung einer gemeinsamen gesetzlichen Grundlage in Hessen aus (S. 18/19). Im Weiteren stellt *Tuchscherer* die Gefährdung des Einheits- und Trennungssystems durch Hilfspolizeibeamte¹ der Ordnungsbehörden als Trend zur „erneuten Verpolizeilichung“ einer anderen Meinung, die einen solchen Trend gerade mit dem Trennungssystem begründet, gegenüber (S. 19 ff.). Dieser Diskurs bleibt unentschieden.

Die Stadtpolizei in Frankfurt am Main ist 2007 eingerichtet worden (S. 22). *Tuchscherer* gibt dazu einen umfassenden statistischen Überblick über Arbeitsaufkommen, Kosten, welche sich auf ca. 30 Mio. Euro pro Jahr belaufen, deren Organisationsstruktur und Tätigkeitsfelder (S. 22 ff.). Erklärte Ziele seien die Erhöhung des subjektiven Sicherheitsgefühls sowie der objektiven Sicherheit und Ordnung (S. 25). Die Schnittmengen zu den klassischen polizeilichen Aufgaben werden bei der Auflistung typischer Einsatzfelder der Stadtpolizei deutlich – Zwangsbefugnisse sowie ein fallspezifisches Betretungsrecht von Wohnungen inklusive (S. 25/26). Als Teil eines umfassenden Sicherheitsnetzwerkes kooperiere die Stadtpolizei mit anderen Sicherheitsakteuren, u. a. der Landespolizei, was einerseits Autorität, Legitimität und insbesondere das Image privater Sicherheitsakteure steigere, andererseits eine quasi illusorische polizeilicher Präsenz erhöhe (S. 27 f.).

Diesen organisatorischen Ausführungen schließt sich ein Ausblick in die Historie an, der seine Existenzberechtigung über den Prozess der Namensgebung erfährt. *Tuchscherer* knüpft daran an, dass der Außendienst des Ordnungsamtes Hessen im Jahre 2004 per Gesetz zur „Ordnungspolizei“ umbenannt worden sei, was nach erheblichen Protesten im Jahre 2005 rückgängig gemacht worden sei (S. 21/22). Der geschichtliche Rückblick in die Zeiten des Nationalsozialismus ist damit opportun (S. 29 ff.), um für die Problematik um die Namensgebung im Sinne einer negativen Vorbelastung zu sensibilisieren. Sei es nach dem zweiten Weltkrieg das Anliegen der Alliierten gewesen, „das öffentliche Leben wieder zu entpolizeilichen“,

¹ Zur besseren Lesbarkeit und aus Vereinfachungsgründen wird lediglich die maskuline Begriffsform genannt. Damit sind sowohl Männer als auch Frauen gemeint.

entwirft *Tuchscherer* mit der Einrichtung der Stadtpolizei die These der „Rückkehr zu Strukturen der Verpolizeilichung“ und damit das „Ende der Entpolizeilichung“ (S. 32/33). Als logischen Schluss des soeben Gesagten stellt *Tuchscherer* im Folgenden Entpolizeilichungstendenzen der Vergangenheit in drei maßgeblichen Entwicklungsschritten seit dem 19. Jahrhundert vor, wobei der letzte Schritt von der Autorin in der Gegenwart verortet wird (S. 34 ff.). Entpolizeilichung in der Gegenwart beschreibt *Tuchscherer* im Schwerpunkt als Privatisierung von Sicherheitsaufgaben und zweifelt die Legitimität vor dem Hintergrund des in Art. 33 Abs. 4 GG formulierten Funktionsvorbehaltes nachvollziehbar an (S. 37 ff.). Dieses Kapitel schließt *Tuchscherer* ab mit der Feststellung einer gleichsam stattfindenden Verpolizeilichungstendenz im Sinne einer Annäherung von Ordnungsbehörden und Polizei in Begriff, Aufgaben und äußerem Erscheinungsbild (S. 39 f.).

Das nächste Kapitel eröffnet *Tuchscherer* mit der angenommenen Attraktivität des Begriffes „Polizei“ und entwirft die These, dass „sich die Befugnisse der Hilfspolizeibeamten erst durch die Benennung als Polizei rechtfertigen“ lassen würden, wodurch sich gleichsam der Wirkungskreis der Stadtpolizei erweitert habe und sich eine scheinbare Legitimation für polizeinahe Aufgaben herleiten ließe. Dazu stellt *Tuchscherer* fest, dass die derzeitige Regelungslage, nämlich § 99 HSOG, den notwendigen Anforderungen einer „klaren, bestimmten und widerspruchsfreien gesetzlichen Regelung“, welche die Aufgaben und Befugnisse klar definiert, nicht gerecht würde (S. 41). Die oben aufgeführte Begriffsproblematik „Ordnungspolizei“ wird weniger unter semantischen, sondern vielmehr vor dem Hintergrund gegensätzlicher kommunalpolitischer Erwägungen erneut diskutiert (S. 42 ff.). Vor dem Hintergrund der Diskussion um Begrifflichkeiten gibt *Tuchscherer* nunmehr einen Überblick über konkrete Sicherheitsakteure in Hessen, deren Bezeichnungen, organisatorische Anbindung, Befugnisse, Einstellungs- und Ausbildungsmodalitäten. Daraus leitet die Verfasserin sich in der Folge ergebende Problemstellungen und deutlich erkennbares Irritationspotenzial ab (S. 45 ff.). Hilfspolizeibeamte, Stadtpolizei und Wachpolizei als Unterkategorie der Hilfspolizeibeamten sowie die Hilfspolizei bzw. der freiwillige Polizeidienst werden vor diesem Hintergrund diskutiert. Insbesondere zu der Stadtpolizei in Frankfurt am Main konstatiert *Tuchscherer* einen Wandel der „Zuständigkeit für die öffentliche Sicherheit und Ordnung langsam aber sicher zu Stadtpolizei statt Polizei“ (S. 46/47). Zu der Hilfspolizei stellt *Tuchscherer* etwaig vorüberlegte personelle und haushalterische Vorteile rechtlichen Bedenken und einer objektiven Ineffektivität bezüglich einem Mehr an Sicherheit gegenüber (S. 52 ff.). Diese Ausführungen machen insgesamt sehr deutlich, dass nicht überall, wo Polizei draufsteht, auch Polizei drin ist und die Sinnhaftigkeit bezüglich der Zielsetzungen teilweise fragwürdig erscheint. Ein anschließender Diskurs anhand konkreter Beispiele um die richtige Benennung bzw. Umbenennung der Außendienstleistungen der Ordnungsdienste wird facettenreich geführt, bleibt mit einer Tendenz zum Begriff „Kommunalpolizei“ seitens der Autorin im Ergebnis jedoch unentschieden (S. 55 ff.).

Folgend unternimmt *Tuchscherer* den Versuch, die Stadtpolizei unter dem materiellen, institutionellen und formellen Polizeibegriff dogmatisch einzuordnen (S. 58 ff.). Wird die Stadtpolizei etwa bereits vom Polizeibegriff erfasst oder ist vielmehr eine Verpolizeilichung erkennbar? Oder genügen die bestehenden Kategorien womöglich nicht mehr, um die Stadtpolizei darunter zu subsumieren? *Tuchscherer* stellt fest, dass die kommunalen Ordnungsdienste, damit auch die Stadtpolizei, je nach Lesart zumindest auch unter die verschiedenen Polizeibegriffe subsumiert werden könnten. Die Entwicklung eines eigenen Polizeibegriffs sei damit obsolet (S. 66), die klare Abgrenzbarkeit zwischen Polizei und Außendienst der Ordnungsämter hinsichtlich Zuständigkeiten und Befugnissen ginge jedoch verloren (S. 67). *Tuchscherer* entwirft die Argumentationskette „Wer Polizei heißt, der darf auch das, was die Polizei darf“ und kommt im Ergebnis ihrer dogmatischen Betrachtung zu der Bestätigung ihrer Ausgangsthese, dass „die Stadtpolizei die Vollzugspolizei gleichwertig ersetzt“ (S. 68). Eine Gegenansicht, die sich insbesondere aus der restriktiven Auslegung des institutionellen Polizeibegriffs hätte herleiten lassen, wird an dieser Stelle nicht weiter verfolgt.

Das nächste Kapitel widmet sich der These „[...] dass alles Polizei ist, was auch Polizei heißt oder als solche erkannt wird“ mit Blick auf die äußere Wahrnehmung und der sich daraus ergebenden Erwartungshaltung der Bevölkerung bezüglich Kompetenzen, Befugnisse und Zuständigkeiten (S. 69 f.). An die sich im äußeren Erscheinungsbild angleichenden Uniformen verschiedenster Sicherheitsakteure bis auf die europäische Ebene habe sich die Erwartungshaltung der Bürger angepasst (S. 70 ff.). Mit der Illusion Polizei verbindet *Tuchscherer* die Erwartung professionellen Handelns (S. 74) und die „Aufwertung ihres Ansehens“ auf Seiten der Hilfspolizeibeamten (S. 75). Dazu führt *Tuchscherer* aus, dass traditionelle polizeiliche Ausstattungsattribute wie Blaulicht, Martinshorn und Schusswaffen, mit denen die Stadtpolizei in Frankfurt am Main ausgestattet sei, die Deutungsprobleme verstärken (S. 75 ff.). *Tuchscherer* führt in diesem Kontext ein Urteil des *OVG Münster* an, wonach die Ausstattung der ordnungsbehördlichen Fahrzeuge mit Blaulicht verboten bzw. untersagt worden sei. Diesem stellt die Autorin den logischen Schluss, dass die Befugnisse die Ausrüstung erforderlich machen würden, gegenüber (S. 76/77). Dieser Rückschluss wirkt zu kurz gegriffen. Der Streitstand bleibt im Ergebnis unentschieden.

Arbeitet *Tuchscherer* die Berechtigung zur Nutzung des Blaulichts durch die Stadtpolizei relativ kurz ab, widmet sie sich dem Aspekt der Ausstattung der Stadtpolizei mit Schusswaffen aus nachvollziehbaren Gründen intensiver, da sie selbiger „in der Außendarstellung und Wahrnehmung [den] größten Effekt“ einräumt (S. 77 ff.). Auch bei engen Voraussetzungen und vorgeschriebener umfassender Ausbildung zweifelt *Tuchscherer* an, dass „eine mit der Ausbildung der Vollzugspolizei vergleichbare Erfahrung und Sicherheit im Umgang mit der Schusswaffe in physisch und psychisch belastenden Situationen in gleichem Maße gewährleistet werden kann“ (S. 78) und verlangt, die diesbezüglich legitimierende Regelungslage zu

überdenken und die Ausbildung einer Neuregelung zuzuführen (S. 79). Bei allen erhobenen Zweifeln über die Eignung von Stadtpolizisten zum Führen einer Schusswaffe entscheidet sich *Tuchscherer* im Diskurs tendenziell gegen ein gänzlich Verbot von Schusswaffen für Hilfspolizeibeamte mit dem Hinweis auf eine damit einhergehende Verminderung der Handlungsfähigkeit (S. 82). Diese Diskussion ließe zumindest Raum für die Abwägung weniger eingriffsintensiver Zwangsmittel zu, zumal die Abwägung zwischen den Schutzgütern Leib und / oder Leben versus Machtsymbolik auch gegenteilig entschieden und die Diskussion auch über eine etwaige Reduzierung von Befugnissen hätte geführt werden können.

Im Folgekapitel widmet sich *Tuchscherer* dem Wandel der Sicherheitsverantwortung durch Rekommunalisierung polizeilicher Aufgaben. Sie konstatiert in diesem Zusammenhang die Entwicklung einer „neue[n] polizeiliche[n] Unterschicht mit gleichen Aufgaben und Befugnissen, aber keineswegs vergleichbaren Ausbildungs- und Arbeitsbedingungen“ (S. 88). Über die Annäherung zwischen Vollzugspolizei des Landes und der Hilfspolizeibeamten, namentlich der Stadtpolizei, hinsichtlich Benennung, Kompetenzen und Ausstattung gelangt *Tuchscherer* an dieser Stelle zu einem Diskurs über Image, Anerkennung, Selbstbewusstsein, Autorität und Respekt dieser Sicherheitsakteure, der insbesondere für die Stadtpolizei einen positiven Verlauf nehme (S. 89 f.). Da Macht jedoch einer Rechtfertigung bedürfe und sich nicht über Name und Auftreten legitimiere, sei Transparenz, die eine Unterscheidung zwischen den Sicherheitsakteuren ermögliche, ein Muss (S. 92). Mit der Zielsetzung, dass durch die Stadtpolizei das relativ unbestimmbare Sicherheitsgefühl der Bevölkerung erhöht werden solle, führt *Tuchscherer* folglich eine Debatte um eine etwaige Legitimation der Annäherung und der damit einhergehenden Befugnis zur Vornahme von Eingriffen in die Grundrechte der Bürger auf diesem Wege. *Tuchscherer* konstatiert im Ergebnis die Ungeeignetheit solcher Maßnahmen zur Verbesserung der objektiven Sicherheit sowie einen Trend weg von der „Sicherheitspolitik“ hin zu einer „Sicherheitsgefühlspolitik“ und rät vielmehr zu städtebaulichen Maßnahmen sowie Maßnahmen zur Stärkung der Sozialkontrolle (S. 98).

Mit der prägnanten Aussage „Sicherheit wird heute als Dienstleistung verstanden“ leitet *Tuchscherer* im Weiteren einen Diskurs im Spannungsfeld zwischen „Entprofessionalisierungstendenzen“ polizeilicher Aufgaben und „Professionalisierung ihrer [der Vollzugspolizei] Tätigkeitsfelder“ ein (S. 99/100). Das Ziel der Präsenzerhöhung und Steigerung des Sicherheitsgefühls sei dadurch erreicht worden. Eine solche „Umschichtung der polizeilichen Aufgaben“ gehe jedoch mit dem eindeutigen Appell nach festen Organisationsstrukturen und einer verbesserten Ausbildung einher (S. 102), da Letztere „wohl [den] gravierendste[n] und ausschlaggebende[n] Unterschied zwischen den beiden Sicherheitsakteuren“ ausmache (S. 106). Bei annähernd gleicher Aufgabenübertragung und teilweise identischen Befugnissen sei die Ausbildung von Polizeivollzugsbeamten länger, umfassender und intensiver, ohne dass ein sachlicher Grund erkennbar sei (S. 108). Dieses Defizit schlage sich insbesondere auch

mit Blick auf eine Aufgabenübertragung an Nichtbeamte oder Private nieder, so dass *Tuchscherer* eine diesbezügliche Unvereinbarkeit mit Art. 2 Abs. 2 GG feststellt (S. 111) und die Gefahr einer „Selbstüberschätzung“ in Erwägung zieht (S. 112). Ebenfalls sei hinsichtlich der Arbeits- und Ruhestandsregelungen ein Unterschied zum Nachteil der Hilfspolizeibeamten festzustellen (S. 112 f.).

In dem folgenden Kapitel widmet sich *Tuchscherer* den rechtlichen Rahmenbedingungen zum Einsatz der Hilfspolizeibeamten in Hessen. Sie weist bereits einleitend auf die aus ihrer Sicht ungenügende Regelungslage zum Einsatz von Hilfspolizeibeamten hin, da es maßgeblich an einer eindeutigen gesetzlichen Grundlage fehle, die Aufgaben und Befugnisse regelt, was die Autorin im Weiteren nachvollziehbar begründet. Die derzeitigen Regelungen in Verordnungen oder Verwaltungsvorschriften würden nicht genügen (S. 114/115). Nach eigenen Abwägungen entscheidet sich *Tuchscherer* für die Einordnung der Bestellung von Hilfspolizeibeamten als Verwaltungsintegration und gerade nicht als Beleihung oder Verwaltungshilfe (S. 116 ff.). Neben § 99 HSOG enthalte auch eine entsprechende Durchführungs- bzw. Rechtsverordnung Regelungen zu den Aufgaben und Befugnissen von Hilfspolizeibeamten in Hessen (S. 123). Einstellungsvoraussetzungen, Ausrüstung und die Ermächtigung zur unmittelbaren Zwanganwendung durch Schusswaffengebrauch nebst Ausbildungsmodalitäten seien mittels Verwaltungsvorschrift geregelt (S. 123/124). Für die Wachpolizei gelten gesonderte Regelungen (S. 124). Der Funktionsvorbehalt gem. Art. 33 Abs. 4 GG formuliere kein Privatisierungsverbot (S. 125). Nach eingehender Prüfung subsumiert *Tuchscherer* die Hilfspolizeibeamten als potenziell mögliche Ausnahme vom Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG, soweit eine Beschränkung auf „Randaufgaben der öffentlichen Gefahrenabwehr“ bei einer „den Aufgaben angemessene[n] Ausbildung“ gewährleistet sei (S. 131). Nach einer alternativen Abwägung zieht *Tuchscherer* die Übertragung solcher Aufgaben auf Angestellte des öffentlichen Dienstes, namentlich auf Hilfspolizeibeamte, der Übertragung auf private Sicherheitsdienste vor (S. 133). Den Einsatz Privater zur Verkehrsüberwachung nach § 99 HSOG, der in Frankfurt am Main routinemäßig vollzogen werde, bewertet *Tuchscherer* vor dem Hintergrund des Funktionsvorbehaltes aus Art. 33 Abs. 4 GG als unzulässig (S. 140).

Hinsichtlich einer klaren Aufgaben- und Befugnisnorm für Hilfspolizeibeamte bewertet *Tuchscherer* § 99 HSOG als defizitär. Hierzu sei lediglich die individuelle Bestellsurkunde bzw. Bestellungsverfügung einschlägig, woraus *Tuchscherer* einen „Widerspruch zu dem sich aus dem Rechtsstaatsprinzip ergebenden Gebot der Transparenz in der Verwaltungsorganisation“ und etwaiger Irritationen hinsichtlich bestehender Rechtsschutzmöglichkeiten herleite (S. 141). Die Autorin schließt sich der Meinung an, wonach diese fehlende Transparenz als verfassungswidrig beurteilt wird und fordert eine gesetzliche Ausweispflicht für Hilfspolizeibeamte (S. 142). Die Übertragung von Zwangsbefugnissen an Hilfspolizeibeamte sei im Rahmen der vorgenannten Verwaltungsintegration

unproblematisch (S. 144). Damit ginge vielmehr eine Verschiebung des Sicherheitsmonopols, nicht aber des Gewaltmonopols der Vollzugspolizei einher (S. 145). Mit Blick auf den Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes erkennt *Tuchscherer* bei Betrachtung der Regelungen des § 99 HSOG nebst Verwaltungsvorschrift keinen Verstoß, kritisiert jedoch weiterhin Defizite in der Bestimmtheit nach außen (S. 146). Auch wenn Fragen zum etwaigen Rechtsschutz in der Regelung nach innen eindeutig beantwortet werden können, sei die Erkennbarkeit der bestellenden Behörde nach außen wiederum nicht grundsätzlich gewährleistet (S. 148).

Im letzten Kapitel geht *Tuchscherer* der Frage zu ähnlichen Regelungen anderer Länder bzw. des Bundes analog zu § 99 HSOG nach. Bei Betrachtung der länderspezifischen Regelungen, die allesamt die Einrichtung von Hilfspolizeibeamten, Hilfspolizeien oder sonstigen kommunalen Ordnungsdiensten normierten (S. 151), erscheine insbesondere bemerkenswert, dass nur die Bundesländer Hamburg, Saarland, Schleswig-Holstein und Sachsen-Anhalt die Befugnis zum (Schuss)Waffengebrauch explizit ausschließen (S. 153). Die grundsätzliche Regelungslage in Berlin wird in Bezug auf den Grundsatz des Gesetzesvorbehalts von *Tuchscherer* mangels einer entsprechenden Regelung im Gefahrenabwehrgesetz für unvereinbar erklärt (S. 154/155). Im Ergebnis dieser länderübergreifenden Betrachtung stuft *Tuchscherer* den § 99 HSOG nebst Durchführungsverordnung und Verwaltungsvorschrift als „die ausführlichste“ ein, gleichzeitig seien der Stadtpolizei die umfangreichsten polizeilichen Aufgaben und Befugnisse inkl. Schusswaffengebrauch übertragen (S. 156). Schon allein dieser Umstand ließe eine Angleichung an die Regelungen anderer Länder nicht zu. Die Forderung nach einer Ausweispflicht wird an dieser Stelle von der Autorin erneut erhoben (S. 157).

Ergänzend unterzieht *Tuchscherer* die Bundespolizei einem direkten Vergleich mit Hilfspolizeibeamten, insbesondere der Stadtpolizei (S. 158 ff.). Diesem Gedanken kann, auch vor dem Hintergrund eines etwaigen Verwechslungspotenzials mit Länderpolizeien, nicht gefolgt werden, da es sich gerade nicht um Hilfspolizeibeamte, sondern eine eigenständige polizeiliche Vollzugsbehörde handelt. Allein der Wortteil „Polizei“ und die ähnliche Uniform rechtfertigen diesen Vergleich ausdrücklich

nicht. Die Ausführungen zu der Möglichkeit der Bundespolizei, nach dem BPolG Hilfspolizeibeamte zu bestellen, was dann wieder themenspezifisch sinnvoll ist, werden ausschließlich allgemein gehalten (S. 160/161).

Die vorgenannten länderspezifischen Varianten kommunaler Sicherheitsakteure strukturiert *Tuchscherer* in drei grundlegende Modelle. Dabei ordnet sie die Stadtpolizei Frankfurt in das Modell ‚Polizei light‘ ein, welches „nicht die Ergänzung, sondern den sukzessiven Ersatz der Polizei vorsieht“ (S. 162).

In ihrer Zusammenfassung kommt *Tuchscherer* zu dem Schluss, dass kommunale Ordnungsdienste Polizeiarbeit in Gemeinden und Städten zunehmend ersetzen. Eine tatsächliche Verbesserung der Sicherheitslage könne allerdings nicht belegt werden (S. 165). Gegen die Bezeichnung Stadtpolizei als „Polizei“ seien keine Einwände zu erheben. Die Ausbildung derselben sei jedoch defizitär. Es sei ein Trend der „Verhilfspolizeilichung“, jedoch nicht der „Entpolizeilichung“ erkennbar (S. 166). Rechtliche wie sicherheitspolitische Mängel müssten behoben werden (S. 167 f.).

Die vorliegende Arbeit von *Tuchscherer* besticht durch ein im Kontext der immerwährenden Debatte um mehr Sicherheit spannendes Thema. Auch wenn der Gedanke etwaiger Synergien verschiedener Sicherheitsakteure zunächst attraktiv erscheint, wird hinsichtlich bestehender Problematiken umfassend sensibilisiert. Das Werk ist facettenreich gestaltet, in Umfang und Sprachgebrauch gut lesbar. Die fehlende Tiefe zu einzelnen Themenbereichen wird deutlich zu Gunsten der Breite bei der Auswahl der Unterthemen entschieden. Die einzelnen Kapitel leiten im Wesentlichen logisch ineinander über, wenn auch teilweise beim Lesen der Eindruck etwaiger Wiederholungen auftritt. Aussagen bzw. Annahme aus vorangegangenen Kapiteln werden teilweise an späterer Stelle nach eingehender Prüfung revidiert bzw. bestätigt, was den inneren Zusammenhang der Arbeit verdeutlicht. Streitstände, die durch die Darstellungen unterschiedlicher Ansichten entstehen, bleiben teilweise leider unentschieden, was der Qualität der Arbeit als Ganzes jedoch keinen Abbruch tut. Insofern lohnt sich eine Lektüre allemal und wird der thematisch geneigten Leserschaft empfohlen.

TAGUNGSBERICHT

Medien – Kriminalität – Kriminalpolitik

Fachtagung der Kriminologischen Zentralstelle am 19. und 20. Oktober 2017

von Wiss. Mit. *Fredericke Leuschner*
und Wiss. Mit. *Dr. Matthias Rau*

I. Einführung

Die Kriminologische Zentralstelle (KrimZ) veranstaltet als zentrale Forschungs- und Dokumentationseinrichtung des Bundes und der Länder für den Bereich der Strafrechtspflege seit ihrem Bestehen 1986 regelmäßig Fachtagungen zu aktuellen Themen der Kriminalpolitik. Die Veranstaltung im Oktober 2017 widmete sich der wechselseitigen Beziehung zwischen Justiz und Medien sowie der medialen Darstellung von Kriminalität und deren Auswirkung auf Einzelpersonen oder kriminalpolitische Fragestellungen. Weitere Themen waren die sich rapide wandelnden Voraussetzungen journalistischer Arbeit und die Möglichkeiten, Medien im Zusammenhang von Kriminalprävention und Resozialisierung von Straffälligen zu nutzen.

Medien und Kriminalität hingen schon immer eng zusammen, so waren Einzelfälle schwerwiegender Straftaten seit jeher ein beliebtes Thema, welches medial intensiv aufgearbeitet wurde und wird. Zugleich wirken Medien weder eindimensional noch im Sinne einer Einbahnstraße auf die Justiz bzw. Kriminalität, sondern es bestehen vielfältige Wechselwirkungen. Auch überschneiden sich die Bereiche auf mehreren Ebenen, was sowohl am Tagungsprogramm als auch den Grußworten aus dem Hessisches Ministerium der Justiz und dem Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz deutlich wurde.

Medien nehmen einen wichtigen Stellenwert in der Gesellschaft ein. Sowohl negative als auch positive Assoziationen ergeben sich bereits aus der gelegentlichen Bezeichnung als „vierte Gewalt“, in Anlehnung an das System der Gewaltenteilung, neben der Legislativen, Exekutiven und Judikativen. Sie sind, genau wie das Justizsystem, für das Gemeinwesen und die freiheitlich-demokratische Grundordnung unverzichtbar. So können sie Erkenntnisse der Wissenschaft, aber auch der Justiz, in eine breitere Öffentlichkeit tragen. Mediale Berichterstattung über Missstände kann als Korrektiv dienen. Zudem kann die Nutzung von Medien ein Instrument polizeilicher Ermittlungsbehörden sein.

Die Auswahl und Form der Darstellung von Sachverhalten in den Medien folgt journalistischen Interessen. Daher können strafgerichtliche Verfahren durch mediale (Begleit-)Berichterstattung beeinflusst werden. Auch kann die Lebensführung einzelner Personen oder von Personengruppen durch Berichterstattung erheblich beschränkt werden. Kriminalität und der Umgang mit Kriminalität sind zugleich politische Themen und dauerhafter Gegenstand des öffentlichen wie politischen Diskurses.

II. Zur Realität und ihrer medialen Verarbeitung

In dem Vortrag von Prof. *Dr. Thomas Hestermann*, Inhaber der Professur für Journalistik an der Hochschule Macromedia (Hamburg/Berlin) wurde ersichtlich, warum und wie sehr Verwertungsinteressen medialer Berichterstattung Verzerrungen bewirken. Bei der Berichterstattung gehe es um den Erfolg beim Publikum, nicht jedoch um ein statistisches Abbild der Kriminalitätsverteilung. Folglich entspreche die Medienwirklichkeit nicht der statistischen Wirklichkeit des Hellfeldes, sondern es bestehe ein Lupeneffekt, nach dem schwere Straftaten, etwa gegen die sexuelle Selbstbestimmung oder gegen das Leben, im Vergleich zu ihren Anteilen in den Kriminalstatistiken im extremen Ausmaß überproportional in Medien thematisiert werden. Bei den Darstellungen von Kriminalität würden Opfer in den Vordergrund gerückt, wobei hier eine Selektion nach den Attributen des idealen Opfers nach *Christie* erfolge.¹ Auf diese Weise beinhalten die medialen Berichte überwiegend klare und leicht zu differenzierende Darstellungen von „Gut“ und „Böse“, für die – je nach Medium – verschiedene sprachliche Mittel oder Bilder eingesetzt werden. Zudem werden besonders sichtbare Beispiele für die Berichterstattung ausgewählt, aus denen unter Betonung der Tatfolgen auf Opferseite ein Trend konstruiert und eine Tendenz abgeleitet werde.

Ebenfalls zu den Tücken medialer Berichterstattung und möglichen Effekten trug *Dr. Mark Ludwig* vom Institut für Kommunikations- und Medienforschung der Deutschen Sporthochschule in Köln vor. Zum Einstieg wies Ludwig auf Überschneidungen kriminologischer Fragen und dem Entstehen bzw. der Wirkung von Skandalen hin.

¹ *Christie*, The Ideal Victim, in: *Fattah*, From Crime Policy to Victim Policy. Reorienting the Justice System. (1986) S. 17-30.

Beide thematisieren (vermeintliche) Normüberschreitungen, setzen sich mit dem Beurteilen und Strafen sowie Folgen für die betroffenen Menschen auseinander und diskutieren die Auswirkungen auf (abweichende) Verhaltensbereitschaften. In diesem Sinne können auch Medien erziehend, bestrafend, normschwächend oder -verstärkend auf das Verhalten von Menschen einwirken. Skandale können daher sowohl funktionale Effekte, etwa in Form einer Signal-, Diskurs- oder Lernfunktion aufweisen, als auch dysfunktionale Effekte, etwa Schäden der Reputation etc. Im Folgenden fokussierte *Ludwig* die Skandalbildung in den Medien, die teilweise in Wechselwirkung mit der Justiz entstehe. So können durch Medien ausgelöste Skandale Anlass von Ermittlungsverfahren sein, die Justiz kann selbst Thema eines Skandals sein oder die Berichterstattung hat juristische Folgen. Selten seien Skandale sogar Anstoß zu Gesetzgebungsverfahren, wobei *Ludwig* als ein aktuelles Beispiel die 2017 schnell umgesetzte Sexualstrafrechtsreform in Verbindung mit einem Strafverfahren nannte, in dem *Gina-Lisa Lohfink* als Geschädigte auftrat. Die Entwicklungstendenz zeige seit den 1980er Jahren eine Zunahme der Skandalberichterstattung und Ausweitung von der Politik in weitere Teilbereiche der Gesellschaft hinein (Showgeschäft, Kultur, Sport usw.). Aufgabe der Gesellschaft sei es, mit den Effekten der Skandalberichterstattung angemessen umzugehen und sich möglichen negativen Auswirkungen, z.B. eines Verlusts der Glaubwürdigkeit von Politik, Medien oder auch Justiz entgegenzustellen, ohne die Pressefreiheit zu beschneiden.

Prof. *Dr. Tanjev Schultz* lehrt Journalismus an der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz und gab einen Einblick in die „Beziehungen zwischen Journalismus, Extremismus und Verschwörungstheorien“. Er verdeutlichte seine Thesen immer wieder nachvollziehbar am Beispiel des NSU. Im Vortrag zeigte *Schultz* die Popularität von Verschwörungstheorien und die vielfache Multiplikation durch Populisten und Extremisten auf. Eine Verbreitung von Verschwörungstheorien – insbesondere hinsichtlich des Sicherheits- und Geheimdienst-Komplexes – ergebe sich jedoch auch durch Populärkultur und Journalismus einerseits, die aufgrund fehlender Kenntnis und Geheimhaltung eigene Versionen von Sachverhalten beschreiben und durch MitarbeiterInnen der entsprechenden Behörden andererseits, die gegen entsprechende Ideen ebenfalls nicht immun seien. Als Einflussfaktoren, die die Ansprechbarkeit von MitarbeiterInnen der Behörden für Verschwörungstheorien erhöhen nannte *Schultz* u.a. den reizenden investigativen Impetus, die Notwendigkeit Aufgaben work in progress zu erledigen, eine z.T. schwierige Quellenlage und Grenzen bei der Verifikation, Komplexität oder auch fehlendes Fachwissen. Als Einflussfaktoren, die dahingehend auf JournalistInnen wirken nannte er u.a. den investigativen Impuls, ebenfalls die Notwendigkeit Aufgaben work in progress zu erledigen, Techniken und vermeintliche Notwendigkeiten der Narration, Dramatisierung und Zuspitzung, mediale Konkurrenz und auch die teilweise schwierige Quellenlage sowie Grenzen bei der Verifikation.

Wie Fake-News, die sich nicht selten auf Verschwörungstheorien beziehen, und Hasspostings zu einem Imagewandel des Internet geführt haben, war Thema des Informatikers *Dr. Jens-Martin Loebel*, wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Professur Digitale Medien im Bereich Angewandte Medienwissenschaft der Universität Bayreuth. Zwar habe es Halbwahrheiten, Lügen und Propaganda auch zuvor bereits gegeben, aber soziale Medien ermöglichen eine weitere und schnelle Verbreitung solcher Inhalte. Dadurch entstehe auch ein Legitimations- und Wettbewerbsdruck für die klassischen Medien. *Loebel* erläuterte verschiedene Arten von Fehlinformationen, die sich nach dem Ersteller und dessen Absicht sowie ihrer Art unterscheiden. Im Zuge des Diskurses zum Thema sei immer wieder gefordert worden, der Gesetzgeber möge sich einschalten, was er durch das Inkrafttreten des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes Anfang Oktober 2017 tat. Nach einer Erläuterung, wie Betreiber von Internetplattformen diesen Regelungen technisch nachkommen, schlussfolgerte er, dass diese Regulierung über das Gesetz das Problem nur unvollständig zu lösen vermag – zumal die Rechtsdurchsetzung durch die Strafverfolgungsbehörden und nicht durch Unternehmen erfolgen solle. Ergänzend müsse digitale Bildung weiter gefördert werden, so dass Inhalte angemessen durch die Empfänger bewertet werden können.

III. Justiz und Medien

Diesem Aspekt widmete sich Prof. *Dr. Rainer Hamm*, Honorarprofessor für Strafprozessrecht an der Johann-Wolfgang-Goethe Universität in Frankfurt am Main und praktizierender Strafverteidiger intensiv, indem er „Vom Wandel der Strafjustiz durch den der Medien intra et extra muros“ berichtete. Einleitend wies er auf die Mehrdeutigkeit des Begriffes Medien hin (bspw. Speichermedien, Kommunikationsmedien im Strafprozess, Medien als Berichterstattung) und die Einflüsse des medialen Wandels auf unterschiedliche Bereiche – Strafjustiz, Strafverfolgungsmaßnahmen und Beweisführung. So seien durch neue Kommunikationsverarbeitungstechniken positive Änderungen in den Aufklärungsmethoden von Straftaten erfolgt, aber gleichzeitig hätten sich auch die Straftaten weiterentwickelt und verändert. Mit der für 2026 vorgesehenen vollständigen Einführung der elektronischen Akte zeige sich auf einer anderen Ebene eine Weiterentwicklung und ein Wandel durch Medien, wobei eine weitergehende Revolutionierung des Protokollierungs- und Dokumentationswesens nicht vorgenommen worden sei, obwohl sich technisch neue Möglichkeiten ergeben hätten. Neben den genannten Aspekten habe sich zudem die Berichterstattung gewandelt. Neue Technologien ermöglichen Berichterstattung auf einem Niveau, das von der Justiz skeptisch betrachtet werde. Von Seiten der Medien seien daher Anpassungen wünschenswert, bei denen die Unschuldsvermutung und Belange des Opferschutzes stärker berücksichtigt werden. Fraglich bleibe, ob die Justiz auch medienfähiger werden müsse, eine Frage die durch die spätere Referentin, OStA *Ulrike Stahlmann-Liebelt* mit einem eindeutigen Ja beantwortet wurde. Auch *Hamm* schloss seinen Vortrag mit der Aussage, dass beide Parteien voneinander lernen können, eine „Verschmelzung“

staatlicher Aufklärungsarbeit mit privatwirtschaftlicher Recherchearbeit der Medien jedoch vermieden werden müsse.

Die Sicht der Justiz auf die Medien und die möglichen Spannungsfelder erläuterte OStA *Ulrike Stahlmann-Liebelt*, Pressesprecherin der Staatsanwaltschaft in Flensburg. Das Ernennen zum Pressesprecher bzw. zur Pressesprecherin einer Justizbehörde erfolge, soweit zu überblicken, in Deutschland bisher in der Regel ohne entsprechende Vorbereitung und werde eher als Nebentätigkeit zu den bisherigen Aufgaben angesehen. Dabei sei eine offene und vertrauensvolle Zusammenarbeit der Justiz mit den Medien erstrebenswert und die Medien seien durch die Justiz als Bestandteil des demokratischen Wertesystems zu akzeptieren. Gelingt dies, könnten andere Verfahrensbeteiligte geschützt und möglicherweise schädliche Spekulationen verhindert werden. Die Staatsanwaltschaft müsse ihre Funktion als „privilegierte Quelle“ der Medien anerkennen und diese wahrnehmen, wenn die Voraussetzungen einer Stellungnahme vorlägen (berechtigtes öffentliches Informationsinteresse, Mindestbestand an Beweistatsachen, Gelegenheit zu Stellungnahme des Betroffenen). Zur Verbesserung der Zusammenarbeit sei die Professionalisierung der PressesprecherInnen angeraten.

IV. Präventive Einsatzmöglichkeiten von Medien

Zu den Potenzialen sozialer Medien im Rahmen polizeilicher Arbeit referierten Prof. *Dr. Thomas Görgen* und *Daniel Wagner* (M.A.) vom Fachgebiet Kriminologie und interdisziplinäre Kriminalprävention der Deutschen Hochschule der Polizei (Münster). Sie stellten das laufende Forschungsprojekt „*Präventive digitale Sicherheitskommunikation*“² vor, bei welchem die polizeiliche Nutzung von sozialen Medien zur Vermittlung kriminalpräventiver Inhalte und die Entwicklung eines neuen dialogischen Ansatzes untersucht werden. Neben der Tatsache, dass soziale Medien unmittelbarer Gegenstand und Bezugspunkt polizeilicher Handlungen sein können (Tatort, Tatmittel), sei es auch möglich, sie als Instrument zu nutzen. Beispiele für Letzteres seien die Nutzung als Mittel polizeilichen Erkenntnisgewinns bei der Strafverfolgung, als Kommunikationsmöglichkeit der Polizei (bei Ermittlungen und Fahndungsmaßnahmen oder in Krisensituationen), zur Nachwuchsrekrutierung aber auch als Instrument der Öffentlichkeitsarbeit und Kommunikation mit Bürgern jenseits konkreter Gefahrenlagen. Herausforderungen der polizeilichen Arbeit mit den sozialen Medien ergeben sich aus den Rahmenbedingungen, etwa politischen Vorgaben, Datenschutz, Ressourcen und Personal, aber auch dem Spannungsfeld der Prinzipien polizeilicher Arbeit (Sachlichkeit, Neutralität, Gründlichkeit, Vollständigkeit) im Gegensatz zu den dort üblicherweise genutzten Stilmitteln, in denen mit Emotionalisierung, Personalisierung, Zuspitzung, Humor und Geschwindigkeit agiert wird. Trotz der bestehenden Herausforderungen und Spannungen sind die Potenziale sozialer Medien im Rahmen polizeilicher Arbeit bei weitem nicht ausgeschöpft.

Eine weitere präventive Einsatzmöglichkeit von Medien, bei der Chancen für die Resozialisierung von Inhaftierten erkannt werden, sei der Zugang zum Internet für Inhaftierte. *Lorenz Bode*, wissenschaftlicher Mitarbeiter der Abteilung für Kriminologie, Jugendstrafrecht und Strafvollzug an der Georg-August-Universität Göttingen zeigte in diesem Zusammenhang eine bestehende Regelungslücke auf. Die Chance einer medientechnischen Neuausrichtung in den neu geschaffenen Landesvollzugsgesetzen sei nicht genutzt worden. Dabei stünden sich in der Diskussion um die Mediennutzung im Strafvollzug Resozialisierung und der Schutz der Allgemeinheit als abzuwägende Interessen gegenüber. Die Justiz vertrete nach Ansicht *Bodes* diesbezüglich eine Kultur der Abschottung, indem sie auf die abstrakte Gefährlichkeit abstelle. Dagegen argumentierte *Bode* für eine Abwägung der Risiken und Chancen einer Internetnutzung im Strafvollzug, die die persönliche Eignung der Inhaftierten sowie technischen Möglichkeiten der Gefahrenreduktion mit einbeziehe und das Internet als unverzichtbares Kommunikations- und Informationsmedium anerkenne.

V. Herausforderungen der Wirkungsforschung

Nicht nur neue Belange und Zusammenhänge betreffend Medien und Kriminalität müssen weiter untersucht werden, sondern auch solche, die schon seit Dekaden Gegenstand wissenschaftlicher Forschung sind. Dies veranschaulichte auch *Dr. Malte Elson* vom Institut für Erziehungswissenschaft der Ruhr-Universität Bochum in seinem Vortrag, der sich mit dem Zusammenhang zwischen Unterhaltungsmedien und Kriminalität befasste. Er verdeutlichte, dass öffentliche Diskurse wiederkehrend die Schäden „neuer“ Medien thematisierten und widmete sich der Frage, ob der Konsum von Medien eine Ursache von Gewaltverhalten sei und/oder ob Medien eine Schutzfunktion vor Kriminalität zukommen könne. *Elson* stellte die verschiedenen Möglichkeiten dar, Zusammenhänge zwischen Medienkonsum und Kriminalität bzw. Gewaltverhalten zu untersuchen. Er wies diesbezüglich auf den geringen Informationswert verfügbarer Statistiken hin und die z.T. erheblichen Unzulänglichkeiten sozialpsychologischer Experimentalanordnungen. Insbesondere die valide Operationalisierung von Aggressivität sowie die Schwierigkeit, von geäußerten Einstellungen im Experiment oder den dort gezeigten Verhaltensweisen auf tatsächliches Verhalten zu schließen, seien für die Forschung Herausforderungen. Bisher gebe es für die These des o.g. Zusammenhangs aus Sicht der sozialpsychologischen Grundlagenforschung wenig Evidenz.

VI. Ausblick

Gewiss konnte im Rahmen einer Fachtagung das Thema „Medien – Kriminalität – Kriminalpolitik“ nicht abschließend bearbeitet werden. Die hier – wenn auch nur verkürzt und auf Teilaspekte reduziert – vorgestellten Vorträge waren jedoch anschaulich und anhand aktueller Beispiele in der Lage, einen Überblick über verschiedene Gesichtspunkte der wechselseitigen Beziehung zwischen Justiz

² Vgl. <https://www.dhpol.de/de/hochschule/Departments/paed-siko.php> (zuletzt abgerufen am 9.11.2017).

und Medien sowie der medialen Darstellung von Kriminalität zu vermitteln. Zur weiteren Vertiefung der Themen bieten sich die durch die KrimZ angekündigten Verschriftlichungen der Beiträge in einem Tagungsband an, der voraussichtlich im Sommer 2018 erscheinen wird.

Dass die erörterte Thematik durchaus eine besonders aktuelle ist, zeigen zurzeit regelmäßig geführte politische, mediale sowie juristische Diskussionen über die sogenannte „Lügenpresse“, Fake-News und den Umgang damit. Eine Aufklärung der Gesellschaft, nach der besondere Aufmerksamkeit auf die Verfasser von Nachrichten gelegt werden sollte und eventuell Bilder oder Videos gecheckt werden sollten, findet bereits – insbesondere durch die traditionellen Medien – statt. Dies ist sicher sinnvoll, um die Möglichkeit einer angemessenen Bewertung von Inhalten zu eröffnen.

Allerdings zeigte sich in den Vorträgen auch, dass mediale Berichterstattung selbst erhebliche Folgen in der Gesellschaft auslösen kann. Beispiele hierfür sind die Terrorberichterstattung, die neben der Steigerung der Angst in der Bevölkerung auch Trittbrettfahrer anregen kann – vgl. weiterführend hierzu etwa den aktuellen Beitrag von *Jetter*.³ Daher sind ethische Richtlinien, wie der Pressekodex, von besonderer Bedeutung. Außerdem muss sich – von allen Akteuren – immer wieder vor Augen geführt werden, in welchem Ausmaß die „vierte Gewalt“ Einfluss auf gesellschaftliche Phänomene haben kann, nicht zu-

letzt, da eine zweifelhafte Berichterstattung letzten Endes auch die eigene Glaubwürdigkeit der Medien berührt. Aus diesem Grund ist es notwendig die angesprochenen Dynamiken zu erkennen und einen sinnvollen Umgang damit zu finden.

Weiter wurde im Rahmen der Fachtagung der KrimZ herausgearbeitet, dass Weiterentwicklungen in den Medien nicht nur vor neue Herausforderungen stellen, sondern den Strafverfolgungsbehörden, wie auch der Justiz dienlich sein können. Dazu besteht die Notwendigkeit der gegenseitigen Akzeptanz beider Parteien, die sich nicht als Gegner betrachten dürfen. Schließlich sind beide Bestandteil eines freiheitlich-demokratischen Wertesystems und können beide von einer angemessenen und sinnvollen Kooperation profitieren, was insbesondere aber auch auf die Gesellschaft als Ganzes zutrifft. Ebenfalls gehört dazu, dass die sozialen Medien als mittlerweile gängiger Teil der Lebenswirklichkeit und mithin auch der Informationsbeschaffung eines großen Teils der Bevölkerung anerkannt und akzeptiert werden müssen. Es müssen einerseits deren gesellschaftliche Auswirkungen erfasst und andererseits die Chancen und Potenziale erkannt und genutzt werden. Dies gilt nicht nur auf allen Ebenen der Prävention sondern auch bei der Bewältigung weiterer behördlicher Aufgaben. Auftrag der Wissenschaft bleibt es, die Entwicklungen und den Diskurs zu begleiten sowie zu einem besseren Verstehen der Zusammenhänge beizutragen.

³ *Jetter*, Journal of Public Economics 2017, 153 (32-48).