

KriPoZ

Kriminalpolitische Zeitschrift

KONTAKT

schriftleitung@kripoz.de

Herausgeber

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

Schriftleitung

Prof. Dr. Anja Schieman
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. Gabriele Kett-Straub
Prof. Dr. Florian Knauer
Prof. Dr. Michael Kubiciel
Prof. Dr. Otto Lagodny
Prof. Dr. Carsten Momsen
Prof. Dr. Helmut Satzger
Prof. Dr. Anja Schieman
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. Daoqian 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 | 142 – 171

142 | Die Renaissance des Polygraphen?

von Prof. Dr. Carsten Momsen

152 | Volksverhetzende Inhalte im Internet

von Prof. Dr. Anja Schieman

156 | Strafbarkeit von Täuschungen im Sexualstrafrecht

von J.-Prof. PD Dr. Elisa Hoven und Prof. Dr. Thomas Weigend

162 | Staatliche Opferentschädigung und Adhäsionsverfahren

von Prof. Dr. Daoqian Liu und Prof. Dr. Anja Schieman

ENTSCHEIDUNGEN/ANMERKUNGEN | 172 – 182

172 | Erlaubnis zum Erwerb einer tödlichen Dosis Natrium-Pentobarbital zur Selbsttötung

BVerwG, Urt. v. 2.3.2017 – 3 C 19/15

180 | Anmerkung zu BVerwG, Urt. v. 2.3.2017 – 3 C 19/15

von PD Dr. Dorothea Magnus, LL.M.

BUCHBESPRECHUNGEN | 183 – 189

183 | André Bohn: Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Angeklagten vor dem Hintergrund neuer Beweise

von Dr. Oliver Harry Gerson

187 | Carolin Schmidt: Grenzen des Lockspitzeinsatzes.

Eine rechtsvergleichende Betrachtung am Maßstab der EMRK

von Prof. Dr. Anja Schieman

TAGUNGSBERICHTE | 190 – 197

190 | Arbeitstagung „Kriminaltechnik im Strafverfahren“ an der DHPol

von Florian Knoop

194 | 2. Symposium zum Recht der Nachrichtendienste

von Mareike Neumann

Die Renaissance des Polygraphen? Wie effektiv lassen sich amerikanische Verteidigungsstrategien im deutschen Strafverfahren nutzen?

von Prof. Dr. Carsten Momsen*

Abstract

Totgesagte leben länger. Nach 2013¹ hat das AG Bautzen vor wenigen Wochen zum zweiten Mal einen Freispruch u.a. auf das Ergebnis eines Lügendetektortests gestützt.² „Natürlich möchte ich den Test machen. Wie soll ich sonst meine Unschuld beweisen?“ habe (der Angeklagte) gesagt. Viermal habe (der Psychologe) alle Fragen gestellt. Viermal habe der Test ihm Wahrheit bescheinigt. Staatsanwältin und Verteidigung plädieren auf Freispruch. Richter Hertle grübelt für einen Moment. Dann das wenig überraschende Urteil: Freispruch. Der Einsatz des Detektors dürfe immer nur eins von mehreren Mitteln sein, sagt Hertle. Und betont doch: „Das heute könnte sein Durchbruch sein!“ – so berichtet die Sächsische Zeitung am 17. Oktober 2017.³ Auch wenn es offenbar auch in anderen Verfahren als eine Option der Verteidigung gesehen wird,⁴ so erscheint es doch keineswegs als ausgemacht, dass nun die Karriere des Polygraphen als Beweismittel auch in Deutschland beginnen könnte.

I. Einführung

Der Lügendetektoren- oder Polygraphentest baut auf der Idee auf, man könne unbewusste bzw. willentlich nicht oder nur schwer steuerbare Körperfunktionen und -reaktionen messen und aufzeichnen. Gemessen werden kann u.a. Puls, Blutdruck, Schweißfluss, und die Atemfrequenz. Häufig wird eine sog. „Blutfüllemessung“ in den Kapillaren der Haut an der Fingerkuppe vorgenommen.⁵ Bei sachverständiger Bedienung, kann etwa ein Psychologe vor allem erkennen, ob die befragte Person bei der Antwort entspannt ist, was auf eine wahrheitsgemäße Aussage hindeutet, oder im Gegenteil angespannt ist, was darauf hindeutet, dass die Angabe eine hohe Konzentration voraussetzt. Letzteres deutet auf eine konstruierte, ggf. falsche Angabe hin. Die hierfür regelmäßig erforderliche Konzentration ruft die unwillkürlichen Körperreaktionen hervor, welche sich wiederum als deutliche Ausschläge im Messprotokoll darstellen. Soweit die Theorie.

Neben sachverständiger Bedienung bedarf es vor allem geeigneter Fragen. Dabei ist wichtig, nicht nur Fragen zum Tatgeschehen zu stellen, sondern auch Kontrollfragen, mit denen die Reaktion bei eindeutig wahren oder unwahren Angaben validiert werden kann.

Der Test wird i.Ü. keinen Aufschluss über die tatsächlichen Vorgänge ermöglichen, sondern lediglich darüber, was der Proband subjektiv für wahr hält.

Die Zulässigkeit eines Lügendetektortests als Beweismittel im Strafverfahren ist Gegenstand einer langen Diskussion, die allerdings in den letzten Jahren weitgehend an Schwung verloren zu haben schien. Dies liegt im Wesentlichen an der bis dato im Ergebnis eindeutig ablehnenden Position des BGH, namentlich des *1. Strafsenats*.⁶ Gleichwohl haben sich immer wieder Stimmen aus Rechtswissenschaft und Psychologie bzw. Psychiatrie dafür ausgesprochen, dass dieses Verdikt zu unreflektiert, zu apodiktisch sei.⁷

Die Diskussion ist indes vielschichtiger und stärkeren Wandlungen unterworfen, als die bislang mit Ausnahme des *AG Bautzen* einhellige strafrechtliche⁸ Rechtsprechung vermuten lässt. Ein zentrales Problem liegt natürlich darin, dass es für Deutschland ungeachtet des eingeschränkt möglichen Einsatzes der Technik in Familiensachen keine belastbaren Daten für die strafprozessuale Verwendung gibt. In beschränktem Umfang können hierfür Untersuchungen der US-amerikanischen Verfahrenspraxis fruchtbar gemacht werden. Deren Übertragbarkeit leidet jedoch ein Stück weit daran, dass der sog. „Polygraph“ wesentlich in anderen Verfahrenssituationen und mit einer aus dem kontradiktorischen Charakter des Verfahrens resultierenden Zielrichtung eingesetzt wird. Zudem ist zu berücksichtigen, dass der Test in einer großen Zahl von Bundesstaaten ebenfalls kein zulässiges Beweismittel ist. Zudem ist zwischen dem Einsatz im Federal Law und in den State Law Jurisdictions zu differenzieren. Letztlich ist

* Prof. Dr. Carsten Momsen ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafverfahrensrecht, Wirtschafts- und Umweltstrafrecht an der Freien Universität Berlin, er ist nebenberuflich als Strafverteidiger tätig.

¹ *AG Bautzen*, Urt. v. 26.3.2013 – 40 Ls 330 Js 6351/12, BeckRS 2013, 08655 Rn. 82.

² Sächsische Zeitung v. 27.10.2017 – <http://www.sz-online.de/nachrichten/im-zweifel-fuer-den-polygrafen-3804845.html> (zuletzt abgerufen am 11.1.2018).

³ <http://www.sz-online.de/nachrichten/im-zweifel-fuer-den-polygrafen-3804845.html> (zuletzt abgerufen am 11.1.2018).

⁴ Dazu Momsen, NJW-Aktuell 4/2018, S. 11 f.

⁵ Eingehend zum Aufbau und Ablauf solcher Tests bspw. Nestler, JA 2017, 10 f.

⁶ NJW 1999, 657; NStZ 2011, 474.

⁷ Ausführliche und differenzierte Aufarbeitung der Diskussion bei Nestler, JA 2017, 10 ff.; vgl. die umfassenden Nachweise dort und Undeutsch, MschrKrim 1979, 228 (229); Schoreit, StV 2004, 286; Rogall, in: SK-StPO, 5. Aufl. (2016), § 136 a Rn. 87; Gräuel/Steller/Dahle, Psychologie der Zeugenaussage, 1997, S. 309 ff. Nicht grundsätzlich ablehnend dagegen Putzke/Scheinfeld/Klein/Undeutsch, ZStW 2009, 607 (610 ff.); Prittwitz, MDR 1982, 886; Schüssler, Polygraphie im deutschen Strafverfahren, 2003, S. 166 ff.; explizit Putzke, ZJS 2011, 557.

⁸ Im Familienrecht ist ein entsprechendes Beweisangebot nicht ausgeschlossen, i.d.R. müssen beide Parteien zustimmen; OLG Bamberg, NJW 1995, 1684; OLG Koblenz, Beschl. v. 23.6.1996 – 17 UF 121/96 (dazu Laudon, AG Bautzen, Freispruch dank Lügendetektor, www.strafakte.de (zuletzt abgerufen am 17.1.2018)).

neben der adversatorischen Verfahrensstruktur, die bspw. entsprechende Vereinbarungen der Parteien erlaubt,⁹ v.a. das sich vom Beweisrecht der StPO teilweise deutlich unterscheidende Beweisrecht zu berücksichtigen. Diesen Punkten kann nachfolgend nicht en Detail nachgegangen werden. Gleichwohl ist ein Blick auf die amerikanische Praxis nützlich. Nicht zuletzt, weil auch der *1. Strafsenat* sich intensiv mit dem amerikanischen Verfahren auseinandergesetzt hat und gerade hiervon ausgehend durchaus offene Erwägungen angestellt hat.

II. Die Rechtsprechung des BGH

Der *BGH* hat sich vor allem in zwei neueren Entscheidungen mit der Verwendung der Ergebnisse von Polygraphentests als Beweismittel im Strafverfahren auseinandergesetzt.¹⁰ Im Wesentlichen klar ist, dass der Test selbst mit der Exploration eines Probanden durch einen Sachverständigen vergleichbar ist und dementsprechend das eigentliche Beweismittel das Ergebnis des Tests ist, welches von einem Sachverständigen als Gutachten präsentiert und erläutert werden muss.

1. Rechtliche Bedenken

1999 machte sich der *1. Strafsenat* die Mühe einer sehr detaillierten technischen, psychiatrischen und rechtlichen Bewertung des Lügendetektors und legt zunächst einmal dar, dass die Ablehnung der Rechtsprechung in der Vergangenheit nicht völlig umfassend war: Zwar hatte der Senat in seinem Urteil vom 16.2.1954 deren Verwendung im Strafverfahren als unzulässig eingestuft, und zwar ohne Rücksicht auf das Einverständnis des Beschuldigten und unabhängig von der wissenschaftlichen Brauchbarkeit der Geräte.¹¹ Seinerzeit vertrat er die damals vorherrschende Ansicht, dass die durch Art. 1 Abs. 1 GG und § 136a StPO geschützte Freiheit der Willensentschließung und -betätigung des Beschuldigten verletzt werde. Denn mittels des Polygraphen würden „unbewußte Körpervorgänge beim Untersuchten, die mit seinem ... Seelenzustand engstens zusammenhängen“, festgehalten. Der Test sei deshalb

unzulässig, weil der Beschuldigte so „auf die Fragen ..., ohne daß (er) es hindern kann, auch das Unbewusste“ antworte. Die Erforschung des Unbewussten sei aber – im Gegensatz zu offen hervortretenden Ausdrucksbewegungen – unzulässig.¹² Der Senat weist auch auf die kurz zuvor ergangene Entscheidung des *OLG Frankfurt a.M.* hin, dass eine Zulässigkeit jedenfalls für den Fall ausschloss, dass die Ergebnisse des Tests zur Belastung des Beschuldigten herangezogen werden sollten.¹³ Die nicht zu steuernde Durchleuchtung der Persönlichkeit, d.h. die objektive Entäußerung von Willenskundgebungen ist auch der Gesichtspunkt, unter dem das *BVerfG* vergleichbare Ermittlungsmethoden als verfassungswidrig einordnet. Ähnlich wie das *OLG Frankfurt a.M.* neigte jedoch das *BVerfG* auch dazu, für den Fall der freiwilligen Durchführung auf Antrag des Beschuldigten eine Differenzierung für möglich zu halten.¹⁴ Im Ergebnis entsprach dies auch der überwiegenden Ansicht der Literatur, auf die sich der *1. Senat* bezieht.¹⁵ Soweit abweichend ein Einsatz doch für möglich gehalten wurde, fehlte es aus der Sicht des Senats an konsensfähigen Konzepten zu Voraussetzungen und Reichweite.¹⁶

Jedoch verändert sich die Begründung des *1. Senats* an dieser Stelle: Diese noch im Urteil von 1954 erhobenen und in der Hauptsache verfassungsrechtlichen Bedenken¹⁷, seien für den Fall nicht durchgreifend, dass der Beschuldigte sich mit dem Einsatz eines Polygraphen einverstanden erklärt habe.

Gleichwohl sei die vom Angeklagten beantragte polygraphische Untersuchung nach dem mit den Sachverständigen erörterten wissenschaftlichen Kenntnisstand ein völlig ungeeignetes Beweismittel i.S.d. § 244 III 2 Alt. 4 StPO.¹⁸

Das zentrale Argument des *BGH* gegen die Verwertung von freiwilligen Polygraphentests ist also nicht mehr wie früher, dass der vom Beschuldigten gewollte Einsatz des Polygraphen mit der Menschenwürde unvereinbar sei, da der Proband nur als Untersuchungsobjekt fungiere und

⁹ Insoweit dem deutschen Zivilprozess ähnlicher als dem nach traditionellem Verständnis inquisitorisch strukturierten deutschen Strafverfahrensrecht (s.u. III).

¹⁰ NJW 1999, 657; NStZ 2011, 474.

¹¹ BGHSt 5, 332 = NJW 1954, 649.

¹² BGHSt 5, 332 (335 f.) = NJW 1954, 649, demgegenüber hatte es der *3. Strafsenat* des *BGH* in einer parallelen Entscheidung unentschieden gelassen, ob an dieser Auffassung festzuhalten sei; *BGH*, NJW 1999, 662. Die übrige strafgerichtliche Rechtsprechung hatte sich der Beurteilung des *1. Strafsenats* vielfach uneingeschränkt angeschlossen: *OLG Karlsruhe*, StV 1998, 530; *LG Düsseldorf*, StV 1998, 647; *LG Wuppertal*, NStZ-RR 1997, 75 ff.; *LG Hannover*, NJW 1977, 1110.

¹³ *OLG Frankfurt a.M.*, NStZ 1988, 425.

¹⁴ *BVerfG* (Vorprüfungsausschuss des 2. Senats), NStZ 1981, 446, m. Anm. *Amelung*, NStZ 1982, 38, und m. Bespr. *Schwabe*, NJW 1982, 367. Die *3. Kammer* des 2. Senats hat die Frage in einem Nichtannahmebeschluss jedoch für den Fall der Einwilligung des Beschuldigten in die Anwendung eines Polygraphen ausdrücklich offengelassen, *BVerfG*, StraFo 1998, 16 m. Anm. *Scherer*; Nichtannahmebeschluss der 2. Kammer desselben Senats, NJW 1998, 1938 = NStZ 1998, 523.

¹⁵ So *Boujong*, in: KK-StPO, 3. Aufl. (1993), § 136a Rn. 34; *Eisenberg*, BeweisR der StPO, 10. Aufl. (2017), Rn. 693 ff.; *Gleß*, in: LR-StPO, 26. Aufl. (2007), § 136a Rn. 64; *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 60. Aufl. (2017), § 136a Rn. 24; *Rogall*, in: SK-StPO, 5. Aufl. (2016), § 136a Rn. 86 f.; *Schäfer*, Praxis des Strafverfahrens, 6. Aufl. (2000), Rn. 335; *Kohlhaas*, NJW 1957, 1 (5); *Peters*, ZStW 1975, 663 (671 f., 677 f.); *Frister*, ZStW 1994, 303 (331); *Irle*, in: Irle/Mayntz/Mußnug/Pawlowski/Schünemann, Die Durchsetzung des Rechts, 1984, S. 83 ff.; s. auch bereits *Radbruch*, Gesamtausgabe, Bd. 8, 1998, bearb. von *Arthur Kaufmann*, S. 269 (275).

¹⁶ Mit Verweis auf: *Gundlach*, in: AK-StPO, 1992, § 136a Rn. 57; *Undeutsch*, Kriminalistik 1977, 193 f.; *Schwabe*, NJW 1989, 576; *Klimke*, NStZ 1981, 433 f.; *Prittwitz*, MDR 1982, 886 (895); *Achenbach*, NStZ 1984, 350; *Steinke*, MDR 1987, 535; *Jaworski*, Kriminalistik 1990, 123 (130); *Holstein*, Kriminalistik 1990, 155 (158); *Schünemann*, Kriminalistik 1990, 131 (150), der die Anwendung des Polygraphen auf das Ermittlungsverfahren beschränken will; *Wegner*, Täterschaftsermittlung durch Polygraphie, 1981, S. 184 ff.; *Delvo*, Der Lügendetektor im Strafprozeß der USA, 1981, S. 265; s. auch *Tent*, in: *Undeutsch*, Hdb. der Psychologie, Bd. 11, 1967, S. 185 (241); ferner *Schneider*, Nonverbale Zeugnisse gegen sich selbst, 1991, S. 150.

¹⁷ BGHSt 5, 332 = NJW 1954, 649.

¹⁸ *BGH*, NJW 1999, 658.

seine (in diesem Fall als mittelbare Willensäußerung gewerteten) Körperreaktionen nicht kontrollieren könne. Vielmehr finde keine „Entseelung“ statt.¹⁹ Soweit der Test freiwillig erfolge bestehe kein wesentlicher Unterschied, da man auch sonst bei vernommenen Personen körperliche Reaktionen beobachten dürfe. Diese Linie vertritt der *Senat* soweit ersichtlich auch gegenwärtig, die 2011er Entscheidung verweist im Wesentlichen auf die 1998er Entscheidung.

Interessant sind die Ausführungen des *Senats* im Hinblick auf die Freiwilligkeit. Völlig unstrittig ist zunächst, dass eine zwangsweise Untersuchung nicht in Betracht komme. Ohne dass dies näher ausgeführt wird, erscheint ein staatlich angeordneter Test als eindeutiger Verstoß gegen die Menschenwürde, *argumentum e contrario* (s.o.). Der sich freiwillig explorieren lassende Beschuldigte bleibe hingegen in seiner Subjektstellung unangetastet, was auch daraus folge, dass brauchbare Messergebnisse ohne seine manipulationsfreie Mitwirkung nicht zu erzielen seien.

Diese differenzierende, auf das Einverständnis des Beschuldigten abstellende Sichtweise werde dem Schutzzweck des Art. 1 Abs. 1 GG gerecht. Denn dieses Grundrecht solle nicht der Einschränkung, sondern gerade dem Schutz der Würde des Menschen dienen, wozu die grundsätzliche Freiheit gehöre, über sich selbst verfügen und sein Schicksal eigenverantwortlich gestalten zu können.²⁰

Im Hinblick darauf dürfe dem seine Entlastung erstrebenden Beschuldigten diese Möglichkeit nicht unter Hinweis auf die allgemein staatliche Verpflichtung zu Achtung und Schutz der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG) verwehrt werden. Ein solches Verbot bedeute einen dem Willen und den Interessen des Beschuldigten widersprechenden, der Sache nach ungerechtfertigten „Schutz“.²¹ Außerdem könne der Beschuldigte ein solches Verbot ohne weiteres durch die Teilnahme an einer außerhalb des Strafverfahrens erfolgenden Untersuchung umgehen.²²

Auch § 136a StPO als flankierender prozessualer Schutz der Menschenwürde stehe der Nutzung der polygraphischen Untersuchungsmethode nicht entgegen (näher unten IV.).

2. An der Validität orientierte Bedenken

Ungeeignet als Beweismittel i.S. des § 244 III 2 Alt. 4 StPO seien Polygraphentests in Anbetracht der „Funktionsweise polygraphischer Geräte, der mit ihrer Hilfe angewandten Testverfahren und schließlich der auf diesem Weg zu erzielenden Ergebnisse“.

Die nachfolgend vom Senat dargestellte Analyse²³ beschreibt sehr differenziert den Weg der Beweisgewinnung und sei deshalb hier im Wesentlichen wiedergegeben:

„Bei einem Polygraphen handelt es sich um ein technisches Gerät, das mittels Sensoren auf „mehreren Kanälen“ körperliche Vorgänge misst, die der direkten willentlichen Kontrolle des Untersuchten weitgehend entzogen sind. In der Regel werden – in wechselnder Zusammenstellung – Werte für Veränderungen von arteriellem Blutdruck, Herz- und Pulsfrequenz, Atemfrequenz und -amplitude sowie elektrischer Leitfähigkeit der Haut, gelegentlich auch von Muskelspannungen und Oberflächentemperaturen des Körpers erfasst und auf einem mitlaufenden, mit einem Linienraster versehenen Papierstreifen graphisch dargestellt.“²⁴ Während der Messungen werden vom Untersuchenden Fragen gestellt, die der Untersuchte durchgängig verneinen – dies ist die Regel – oder verneinen muss.²⁵ Deren Inhalt hängt vom angewendeten Testverfahren ab. Insoweit werden im Wesentlichen der Kontrollfragentest (mit der Modifizierung in der Form der „gerichteten Lügenkontrollfragentechnik“) und der Tatwissentest eingesetzt. Beide Verfahren zielen auf das Hervorrufen unterschiedlich starker vegetativer Reaktionen nach einerseits für den Tatvorwurf relevanten Reizen und andererseits nach Vergleichsreizen ab. Sie unterscheiden sich aber sowohl hinsichtlich der zugrundeliegenden Erklärungsmodelle als auch der wissenschaftlichen Fundierung erheblich.

Beim Kontrollfragenverfahren wird mit drei von insgesamt zehn Fragen direkt nach der Tat gefragt („Haben Sie die Uhr gestohlen?“), während drei oder vier Fragen als sogenannte Kontroll- oder Vergleichsfragen dienen; die übrigen Fragen sind „neutral“. Die Kontrollfragen beziehen sich nicht auf das in Rede stehende Delikt, sollen aber ähnliche, ebenfalls belastende, aber zeitlich vorgelagerte Sachverhalte zum Inhalt haben („Haben Sie während der Schulzeit irgendeinen Gegenstand von Wert entwendet?“).

Ausgewertet werden nur die tatbezogenen und die Kontrollfragen. Von den Befürwortern der Polygraphentechnik wird erwartet, dass der Täter bei den tatbezogenen Fragen stärkere innere Erregung und damit körperlich messbare Reaktionen zeigt als bei den Kontrollfragen, während dies bei einem Unschuldigen umgekehrt sein soll, da für diesen die allgemein „diskriminierenden“ Fragen höheres „Bedrohungspotential“ haben sollen.²⁶

Die Kontrollfragen werden im Anschluss an ein Vor-

¹⁹ BGH, NJW 1999, 569.

²⁰ Vgl. BVerfGE 49, 286 (298) = NJW 1979, 595; Amelung, NStZ 1982, 38.

²¹ BGH, NJW 1999, 569, mit Verweis auf Berning, MschrKrim 1993, 242, 253; Delvo, S. 375; Wegner, S. 189f.; pointiert Schwabe, NJW 1989, 578 f.; s. auch Prittwitz, MDR 1982, 886; a.A. Peters, ZStW 1975, 663, 671 f.; so ausführlich noch Dürig, in: Maunz/Dürig, GG, 35. Lfg. (1999), Art. 2 I Rn. 36.

²² Vgl. Eisenberg, BeweisR der StPO, 10. Aufl. (2017), Rn. 701; Rogall, in: SK-StPO, 5. Aufl. (2016), § 136a Rn. 77.

²³ BGH, NJW 1999, 568 ff.

²⁴ Vgl. zur Funktionsweise Berning, MschrKrim 1993, 242; Rill/Vossel, NStZ 1998, 481.

²⁵ Vgl. Berning, MschrKrim 1993, 242 ff.

²⁶ Vgl. Honts/Raskin, Journal of Police Science and Administration 1988, 56 f.; Honts/Raskin/Kircher, Journal of Applied Psychology 1994, 252; Steller, in: Steller/Volbert, Psychologie im Strafverfahren, 1997, S. 89, 93; Undeutsch, MschrKrim 1979, 228 (230).

testinterview mit dem Untersuchten in einer Weise formuliert, die sicherstellen soll, dass dieser während der eigentlichen Befragung bei der Beantwortung lügt oder mindestens unsicher ist, ob er die Fragen vollständig wahrheitsgemäß beantwortet („Haben Sie jemals einen Menschen, der berechtigt war, die Wahrheit zu erfahren, belogen, um unangenehme Konsequenzen zu vermeiden?“).

Die Auswertung der vom Polygraphen registrierten Kurven erfolgt mit einer numerischen Methode. Jeder physiologischen Messung wird für das jeweilige Kombinationspaar von relevanten und Kontrollfragen üblicherweise ein Wert von -3 bis +3 zugeordnet.²⁷ Die Höhe dieses Wertes richtet sich nach der Größe des Unterschieds in der Stärke der Reaktionen nach den jeweils zusammengehörenden relevanten und (benachbarten) Kontrollfragen.²⁸ Alle Einzelwerte werden zu einem Gesamtwert addiert. Im mittleren Bereich zwischen +5 und -5 wird der Test als „unentscheidbar“ beurteilt, bei Werten von -6 und darunter lautet das Ergebnis „Täterschaft indiziert“, bei Werten von +6 und darüber dagegen „Täterschaft nicht indiziert“.²⁹

bb) Beim „Tatwissenverfahren“ werden tatrelevante Informationen dargeboten, die eine Aussage darüber ermöglichen sollen, ob der Beschuldigte entsprechendes Wissen („Täterwissen“) besitzt. Dazu werden üblicherweise fünf oder sechs tatbezogene Fragen gestellt und jeweils sechs Antworten vorgegeben, von denen eine für die aktuelle Tat nach dem Ermittlungsergebnis zutrifft („Wo befand sich die gestohlene Uhr? – Im Schrank; auf dem Bücherregal usw.“). Dem liegt die Annahme zugrunde, dass der Täter bei den „richtigen“ Antworten infolge einer beispielsweise auf dem Wiedererkennen einer Information beruhenden Orientierungsreaktion stärkere innere Erregung und damit körperlich messbare Veränderungen zeigt als bei den übrigen Antwortvorschlägen, während bei einem Unschuldigen derartige Unterschiede nicht eintreten dürften.³⁰ Die Auswertung der erzielten Messergebnisse erfolgt ebenfalls mit Hilfe eines numerischen Systems.³¹

Diese beiden Verfahren seien jedoch nicht in der Lage, zuverlässige und valide Ergebnisse zu produzieren.³² Zwar würde eine begrenzte Anzahl ausgewählter Körperdaten erhoben, die Schlüsse auf allgemein bestehende Emotionen und intrapsychische Veränderungen zulassen würden, jedoch nur in sehr eingeschränktem Umfang und nur diffus. Nach (aus der Sicht des Senats in Deutschland) einhelliger wissenschaftlicher Auffassung sei es nicht möglich, eindeutige Zusammenhänge zwischen bestimmten kognitiven oder emotionalen Zuständen und hierfür

spezifischen Reaktionsmustern im vegetativen Nervensystem zu erkennen. Dabei sei entscheidend, dass insbesondere für mit der unwahren Beantwortung von Fragen in Verbindung stehende Reaktionen keine entsprechenden Strukturen erkennbar seien („no specific lie response“).

Und auch umgekehrt ließe sich nicht nachweisen, dass sich ein bestimmter Außenreiz auf eine gemessene körperliche Veränderung ausgewirkt habe. Die möglichen Ursachen für die unwillkürliche Reaktion seien schlicht zu vielfältig und letztlich nicht eingrenzbar. Dies liege daran, dass die verschiedenen Komponenten des vegetativen Systems eines Menschen zwar miteinander in Beziehung stünden, die jeweilige Ausgestaltung dieser Zusammenhänge aber nicht klar zu bestimmen sei. Unter Einsatz des polygraphischen Verfahrens könne dementsprechend gerade nicht gemessen werden, ob der Untersuchte die Wahrheit sage.³³ Das bestmögliche Ergebnis wäre demzufolge eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür, dass der Proband selbst daran glaubt, dass er die Wahrheit sagt.

Als weiteres Argument gegen die Verwendung der Tests als Beweismittel führt der Senat aus, dass eine relativ hohe Manipulationsanfälligkeit aus den Vereinigten Staaten bekannt sei. Abweichungen, die zu negativer Validität führen, könnten im konkreten durchaus auf bewussten Manipulationen seitens des Beschuldigten beruhen. Neben physischen Verhaltensweisen (z.B. Beißen auf die Zunge) seien vor allem auch mentale Aktivitäten wie etwa von den gestellten Fragen thematisch abweichende Gedankenarbeit, z.B. das Lösen von Rechenaufgaben, erfolgversprechend, um das Ergebnis zu verfälschen.³⁴ Diese manipulierenden Maßnahmen seien zudem in kurzer Zeit erlernbar; eine gezielte Vorbereitung auf den Einsatz bei polygraphischen Messungen ohne weiteres möglich.³⁵ Die Effektivität von Manipulationen lasse sich zudem durch psychologische Techniken steigern, z.B. im Wege instrumentellen Lernens der Veränderung physiologischer Reaktionen durch kontinuierliche Rückmeldung der aktuellen Messwerte (Biofeedback). Die Manipulationen seien weder von den untersuchenden Personen noch von den die Ergebnisse auswertenden Personen zu erkennen. Eine Methode, das entstehende Manipulationsrisiko auszuschließen oder auch nur zu senken, existiere nicht.³⁶

Allerdings besteht ein strukturelles Manipulationsrisiko bei einer Vielzahl von Beweismitteln, zumal dann, wenn diese erst nach einem Interpretationsakt als Beweis nutzbar sind. In allen diesen Fällen wird das Ergebnis des Tests oder der Analyse durch einen Sachverständigen interpretiert. Das von diesen erstattete Gutachten muss dann – wie jedes andere Beweismittel – kritisch gewürdigt wer-

²⁷ Kircher/Raskin, *Journal of Applied Psychology* 1988, 291 f.

²⁸ Steller, *Psychophysiologische Aussagebeurteilung*, S. 8 f., 75 f.

²⁹ Undeutsch, in: Kube/Störzer/Brugger, *Wissenschaftliche Kriminalistik*, Teilbd. 1, 1983, S. 389, 405 ff.

³⁰ Vgl. Berning, *MschKrim* 1993, 242 f.

³¹ Zu den Einzelheiten Undeutsch, in: Kube/Sterzer/Brugger, S. 389, 403.

³² Exemplarische Aufstellung von Fragen einer „Kontrollfragenuntersuchung“ bei Sklalsky, *Evidence – Cases, Commentary and Problems*, Fourth Ed. (2016), 539 (C.E.C. § 351.1 – *State v. Porter* 698 A.2d 739 (Conn. 1997)).

³³ BGH, *NJW* 1999, 559.

³⁴ BGH, *NJW* 1999, 562 unter Verweis auf Berning, *MschKrim* 1993, 248 f.; Holstein, *Kriminalistik* 1990, 155 (157).

³⁵ BGH, *NJW* 1999, 562 unter Bezugnahme auf Honts/Perry, *Law and Human Behavior*, 1992, 357 (373 ff.); Kircher/Raskin, *Journal of Applied Psychology* 1988, 291 (299); Tent, in: Undeutsch, *Hdb. der Psychologie*, Bd. 11, 1967, S. 231 (240): „beating the machine“.

³⁶ BGH, *NJW* 1999, 562 unter Verweis auf Honts/Raskin/Kircher, *Journal of Applied Psychology* 1994, 252 (258).

den. Dabei spielen auch mögliche Fehlerquellen eine zentrale Rolle. Auch andere Beweismittel können manipuliert werden: Ein Zeuge kann lügen, die Dolmetscherin kann tendenziös oder unvollständig übersetzen, die Zeitangaben auf einem digitalen Überwachungsvideo können verändert worden sein, selbst eine DNA-Spur darf nicht als Tatnachweis gedeutet werden sondern nur als Hinweis, dass sich DNA-Spuren einer bestimmten Person an einem bestimmten Ort befanden. Ob sie von Dritten dort appliziert wurden, muss ebenso kritisch gewürdigt werden. Negativ wirkt sich in Deutschland das Fehlen von Beweismittelstandards in einigen Wissenschaftsbereichen aus.³⁷

Insgesamt lässt sich die ablehnende Haltung des sachverständig beratenen *Senats* auf die Argumente konzentrieren: (1) eine ungesicherte Datenlage, (2) wissenschaftlich nicht abgesicherte Untersuchungsmethoden mit der Folge geringer Validität und relativ hohen Fehlerquoten sowie (3) eine weder auszuschließende noch in ihrer Bedeutung überhaupt abschätzbare Manipulationsgefahr.

III. Erfahrungen mit der Verwendung von Polygraphen im US-amerikanischen Strafverfahren

Es stellt sich die Frage, welche positiven Effekte mit dem Angebot eines freiwilligen Lügendetektortests als entlastendes Beweismittel aus der Sicht der Verteidigung verbunden sind. Legt man die Argumentation des *BGH* zugrunde, so wäre die Überzeugungskraft eines Polygraphentests in etwa so minimal wie die einer eidesstattlichen schriftlichen Versicherung des Beschuldigten, er sei unschuldig. Demgegenüber verweisen die Protagonisten gelegentlich neben dem polnischen und belgischen³⁸ auch auf das US-amerikanische Strafverfahren. Dort bestehe eine weiter entwickelte Waffengleichheit zwischen Anklage und Verteidigung, ein wesentliches Element sei u.a. die Möglichkeit, einen entlastenden Polygraphentest als Beweismittel vorlegen zu können. Gerade in Aussage-gegen-Aussage Konstellationen sei der Beschuldigte auch im deutschen Verfahren häufig dazu gezwungen, aktiv seine Unschuld zu beweisen.³⁹

Auch der *I. Strafsenat* misst den Erfahrungen mit Lügendetektortests in amerikanischen Strafverfahren erhebliche Bedeutung zu. In der 1998er Entscheidung befasst sich der *BGH* ganz ausführlich mit dem Polygraphen, auch seinem Einsatz im amerikanischen Strafverfahren.⁴⁰ Im Ergebnis fehlt es dem *BGH* an einer Verallgemeinerungsfähigkeit

der Ergebnisse des individuellen Tests und an zuverlässigen Daten über die Fehlerhäufigkeiten. Zudem sieht das Gericht ein nicht abschätzbares Manipulationsrisiko. Daten aus den USA seien nicht vergleichbar, da der Test hier häufig im Vorfeld von Verfahrensabsprachen erfolge. Dort diene der Test häufig dazu, dem Beschuldigten zu verdeutlichen, dass die Beweislage erdrückend sei und seine einzige Chance ein Schuldeingeständnis sei, welches mit einer relativ geringen Strafe honoriert werde. Ob sich auf diese „plea bargainings“ nur tatsächlich Schuldige einließen oder auch viele Unschuldige, die lieber eine moderate Sanktion akzeptieren, als das unkalkulierbare Risiko einer exorbitant hohen Strafe, sei nicht überprüfbar.

Blickt man auf die in amerikanischen Veröffentlichungen zum „Law of Evidence“ beschriebene Datenlage, so ergibt sich grob folgendes Bild: In den USA ist der Polygraphentest wie erwähnt in den meisten Bundesstaaten nicht oder nur eingeschränkt zulässig, wird aber in anderen Staaten relativ häufig verwendet. Untersuchungen zeigen, dass ungefähr 10% falsch-negative Ergebnisse entstehen, der Detektor also „überlistet“ wird. Dagegen fallen ca. 20% Unschuldiger durch den Test, weil sie in der Situation nervös sind. Diese relativ hohen Verzerrungswerte stammen in der Mehrzahl aus den 80er und 90er Jahren, auch da die Technik seinerzeit noch häufiger angewendet wurde.⁴¹ Als sog. „Scientific Evidence“ muss sich die Beweiskraft der „Lie Detection“ an den hierfür entwickelten sog. „*Daubert Criteria*“ messen lassen⁴²: In Ermangelung eines spezifischen Tests, der verwendet werden könne, um zu bestimmen, ob Beweise die erforderliche wissenschaftliche Qualität aufweisen⁴³, schlug der US Supreme-Court 1993 in der *Daubert*-Entscheidung vor, dass jeweils mehrere Faktoren berücksichtigt⁴⁴ werden sollten, um falsch positive Ergebnisse zu vermeiden⁴⁵:

1. Wurden Theorien und Techniken eingesetzt, welche durch (wissenschaftliche) Experten getestet wurden;
 2. wurden diese Techniken peer-reviewed und veröffentlicht;
 3. ist für die verwendeten Techniken eine überprüfbare Fehlerrate bekannt;
 4. existieren Standards für ihre Anwendung, und
 5. genießen die zur Anwendung gelangten Theorien und Techniken breite Akzeptanz in dem relevanten Forschungsgebiet.⁴⁶
- In einer aktualisierten Beweisregel (Federal Rules of Evidence No. 702) „2000 Amendment of Rule 702“ wurden als zusätzliche Kriterien benannt, 1. die Unabhängigkeit des Sachverständigen, 2. die wissenschaftliche Rechtfertigung getroffener

³⁷ Zur sog. „Forensic Readiness“ s.u. 3.

³⁸ Putzke, ZJS 2011, 557; Putzke/Scheinfeld/Klein/Undeutsch, ZStW 121 (2009), 609 m.w.N.

³⁹ Dazu Putzke/Scheinfeld/Klein/Undeutsch, ZStW 121 (2009), 608.

⁴⁰ BGH NJW 1999, 568 f.

⁴¹ Sklalsky, Evidence – Cases, Commentary and Problems, Fourth Ed. (2016), 544 ff.

⁴² Entwickelt in der Entscheidung des Supreme Court *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.* – 509 U.S. 579 (1993), dazu ausf. Sklalsky, Evidence – Cases, Commentary and Problems, Fourth Ed. (2016), 513-530.

⁴³ Instruktiv zu den gegenwärtigen Standards der „Forensic Readiness“ bei „Scientific Evidence“ generell, tw. am Beispiel der aktuellen Diskussion um „Digital Evidence“: Bspw. *National Research Council*, Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward, 2009; Casey in: Casey (Hrsg.), Digital Evidence and Computer Crime, 3rd Edition, 2011 – „Digital Evidence in the Court Room“, S. 49 ff.; Endicott-Popovsky/Horowitz, Unintended Consequences: Digital Evidence in Our Legal System, Washington State Bar News, August 2012, S. 11 ff.; Marshall, Digital Forensics – Digital Evidence in Criminal Investigation, 2008; zum englischen Recht vgl. Roberts/Zuckerman, Criminal Evidence, 2nd Ed. (2012), 493 ff.

⁴⁴ Casey (Fn.1), S. 73 ff.; Ryan/Shpantzer (s.o.), S. 2.

⁴⁵ Ausführliche Analyse bei *National Research Council* (s.o.), S. 90 ff.

⁴⁶ *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993), 593 ff.

Ableitungen⁴⁷, 3. angemessene Überprüfung alternativer Erklärungen, 4. Beachtung der wissenschaftlichen Sorgfalt und ob 5, das vom Sachverständigen vertretene Forschungsgebiet überhaupt dazu geeignet ist, zuverlässige Ergebnisse zu der Beweisfrage hervorzubringen.⁴⁸

Diese Faktoren sind nicht erschöpfend und stellen keine Checkliste oder abschließenden Bewertungsmaßstab im Sinne eines „endgültigen Tests“ dar.⁴⁹ Die *Daubert*-Rechtsprechung stellt sich als Weiterentwicklung der tradierten *Frye*-Entscheidung des „District of Columbia Court of Appeals“ aus dem Jahr 1923 zum Umgang mit „Scientific Evidence“ dar, welche die Anforderungen an wissenschaftliche Sachverständige bis heute umreißt (Erfahrung, Ausbildung, Verankerung in allgemein anerkannten Methoden und Verfahren).⁵⁰

Die *Daubert*-Standards müssten bei konsequenter Anwendung u.a. allerdings dazu führen, dass die Ergebnisse von Lügendetektortests von amerikanischen Gerichten nicht mehr als relevante Beweise anerkannt werden können.⁵¹ Diese Validitätskriterien sind dem deutschen Strafverfahrensrecht im Prinzip geläufig und lassen sich ohne weiteres mit den Grundsätzen des Sachverständigenbeweises in § 244 Abs. 4 StPO in Einklang bringen⁵², entsprechende Kataloge sind allerdings nur für relativ wenige Bereiche der Tätigkeit von Sachverständigen verbindlich und konkret festgeschrieben.

Im Strafverfahren können diese Kriterien in zweifacher Hinsicht relevant werden. Zum einen könnte das Beweismittel so präsentiert werden, dass bereits bei seiner Einführung in das Verfahren dargelegt wird, dass die Messung bzw. Datenerhebung den genannten Voraussetzungen entsprechend erfolgte. Das wäre die mit „Forensic Readiness“ verbundene Idealvorstellung, die bspw. bei DNA-Identifizierungsmustern, Fingerabdrücken oder Blutalkoholmessungen weitgehend umgesetzt ist. Zum anderen bezeichnen sie die Maßstäbe der Überprüfung präsentierter Beweismittel durch das Gericht oder die Verteidigung.

Die Problematik findet sich im amerikanischen Verfahren in nahezu gleicher Weise wieder. So heißt es in einer Entscheidung aus 1997⁵³ bspw. „The probative value of polygraphic evidence is very low, even if it satisfies *Daubert* ... (We) conclude that any limited evidentiary value that polygraphic evidence does have is substantially outweighed by its prejudicial effects ... We are convinced of

the continued wisdom of our long established rule of polygraphic inadmissibility ... If, at some future date, substantial evidence indicates that some polygraph or other lie detection technique has reached a sufficiently high level of validity that the probative value of such evidence potentially outweighs its prejudicial impact, we may be forced to revisit this issue“ Interessant daran ist neben der – dem *I. Strafsenat* weitgehend entsprechenden – Einschätzung einer geringen Validität gerade mögliche präjudizierende Wirkungen als Gegenargument angeführt werden. Zwar liegt dies zum Teil in der Besonderheit amerikanischer Jury-Entscheidungen begründet (eine einzelne Person kann mithilfe des Polygraphen eine Glaubwürdigkeitseinschätzung vornehmen, die ansonsten immer der gesamten Jury vorbehalten ist). Jedoch können entsprechende Tests auch im deutschen Verfahren zu einer mindestens mittelbaren Beeinträchtigung der Unschuldsvermutung führen (näher unten IV.2.).

Welche taktischen Erwägungen führen in den Vereinigten Staaten gleichwohl zur Verwendung des Polygraphen?

Die zugrundeliegende Idee ist das Recht des Beschuldigten, eigeninitiativ entlastende Beweise zu präsentieren, das nur in begründeten Ausnahmefällen eingeschränkt werden darf.⁵⁴ Diese Position ist wesentlich stärker ausgeprägt, als das der Verteidigung im deutschen Ermittlungsverfahren, die hier noch keinerlei formale Beweisantragsrechte hat. Grund ist ursprünglich die Amtsermittlungsmaxime in Verbindung mit dem Legalitätsprinzip, welche im „inquisitorischen“ Verfahrensmodell die Beweiserhebungskompetenzen im Ermittlungsverfahren weitgehend der Staatsanwaltschaft und Polizei zuweist. Demgegenüber ist die Verteidigung im adversatorisch ausgerichteten US-amerikanischen Verfahren theoretisch eine gleichberechtigte Partei und kann auf eigene Initiative Beweiserhebungen durchführen (lassen). Das Recht auf Beibringung eines Polygraphentests kann dementsprechend entweder vernünftigerweise und verhältnismäßig beschränkt werden, indem man auf Unzuverlässigkeit des Beweismittels abstellt sowie darauf, dass es keinen Aufschluss über die inhaltliche Zuverlässigkeit der Aussage geben kann.⁵⁵ Man kann aber auch argumentieren, dass die Fehlerquote sich im Wesentlichen dahin auswirkt, dass Aussagen unzutreffend als unwahr erscheinen. Dann bestehen keine gleichermaßen durchgreifenden Bedenken gegen die Ver-

⁴⁷ In der Kommentierung zur Fed. R. Evid. 702 Verweis auf *General Electric*, 522 U.S. (at 146): „that there is simply too great an analytical gap between the data and the opinion proffered“, vgl. *National Research Council* (s.o.), S. 93.

⁴⁸ *National Research Council* (s.o.), S. 93 (m.w.N.) – „... that an expert's testimony is reliable where the discipline itself lacks reliability (...).“ Dies ist mit Blick auf die Zulassung von Sachverständigen angesichts der sich rasch entwickelnden Bereiche der „Digitalen Forensik“ von nicht zu unterschätzender Bedeutung. Ggf. wird hierin ein Grund für einen weiteren Sachverständigen i.S. § 244 Abs. 4 StPO liegen können.

⁴⁹ *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993), 593 ff.

⁵⁰ *Frye v. United States*, 54 App. D. C. 46, 293 F. 1013 (1923).

⁵¹ *Murphy in Sklansky*, Evidence – Cases, Commentary and Problems, Fourth Ed. 2016, S. 606 ff. hin. *Mnookin*, ebenda, S. 613.

⁵² Vgl. *Meyer-Goßner*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 60. Aufl. (2017), § 244 Rn. 75.

⁵³ *State vs. Porter* 698 A.2d 739 (Conn. 1997) – Justice Borden; vgl. *Sklansky*, Evidence – Cases, Commentary and Problems, Fourth Ed. 2016, 535, 545 f.

⁵⁴ *Sklansky*, Evidence – Cases, Commentary and Problems, Fourth Ed. (2016), 547 – *United States v. Scheffer* – 523 U.S. 303 (1998). Die Entscheidung erging zur *Military Rule of Evidence 707* (a) “Notwithstanding any other provision of law, the opinion of a polygraph examiner, or any reference to an offer to take, or taking of a polygraph examination, shall not be admitted into evidence.”

⁵⁵ *Sklansky*, Evidence – Cases, Commentary and Problems, Fourth Ed. (2016), 548 f. – *United States v. Scheffer* – 523 U.S. 303 (1998).

wendung des Polygraphen (nur) zur Entlastung, d.h. entlastende Testergebnisse könnten zugelassen werden.⁵⁶

Ein Polygraphentest kann daher im rationalen Interesse der Verteidigung liegen, wenn er (a) positiv ausfällt, also für die Glaubwürdigkeit des beschuldigten Mandanten, (b) zu einem relativ frühen Verfahrenszeitpunkt vorgelegt wird, damit die entlastenden (c) Aussagen des Beschuldigten einen höheren Beweiswert beziehungsweise Impact für die weiteren Ermittlungen erlangen. Prinzipiell ist also erforderlich, dass der Beschuldigte überhaupt aussagt und zwar entweder ein Alibi präsentieren kann oder zumindest die Tatbegehung glaubhaft leugnen kann. Gerade in letzterem Falle käme dem Test ein Beweiswert zu. Je früher Aussagen und Test erfolgen, umso eher wären sie geeignet, belastende Beweise in Zweifel zu ziehen.

Dass setzt aber voraus, dass für die Verteidigung überhaupt die Möglichkeit besteht, ein eng an die eigene Glaubwürdigkeit geknüpftes Beweismittel im Ermittlungsverfahren präsentieren zu können.

IV. Konsequenzen für das deutsche Strafverfahren

Angesichts der tatsächlichen und rechtlichen Struktur des deutschen Ermittlungsverfahrens, welches auf Beweiserhebungen durch Staatsanwaltschaft und Polizei zugeschnitten ist, könne die dargestellten taktischen Erwägungen nicht in gleicher Weise überzeugen.

1. Durchführung des Tests nur auf Initiative des Beschuldigten

Nimmt man aufgrund der einleitend nur überblicksartig dargelegten verfassungsrechtlichen Erwägungen zum Ausgangspunkt, dass wenn überhaupt, dann nur eine freiwillige Durchführung von Polygraphentests in Betracht zu ziehen ist,⁵⁷ so stellt sich die Frage, auf wessen Veranlassung der Test erfolgen kann. Dies würde zunächst einmal voraussetzen, dass § 136a III StPO nicht die Vornahme entsprechender Tests – auch auf freiwilliger Basis – generell ausschließt. Dass Absatz 3 einen absoluten Ausschlussgrund darstellt, wird von einem Teil der Literatur vertreten. Hauptargument dafür ist, dass „dass der Kern der gegen die Polygraphie erhobenen Bedenken nicht in dem Eindringen in das Innerste der Testperson liegt, sondern in der „Mechanisierung, der Zwischenschaltung der Maschine als solcher, die den Betroffenen zum Inquisiten, zum Objekt in einem apparativen Vorgang macht“.⁵⁸ Genau das untersagt § 136a III 2 StPO. Jedoch lässt sich diese Konsequenz der Norm zumindest qua

Wortlaut nicht entnehmen. Denn dieser bezieht sich auf „Aussagen, die unter Verletzung dieses Verbots zustande gekommen sind“. Dementsprechend wäre entgegen der – insoweit überzeugenderen – Ansicht des 1. Senats vorzusetzen, dass die Willensentschließung des Beschuldigten, einen Test selbstverantwortet zu initiieren, auf einer den Methoden des § 136a I StPO vergleichbaren Willensbeeinträchtigung beruhen würde. Denn wenn es im Übrigen heißt, „dürfen auch dann nicht verwertet werden, wenn der Beschuldigte der Verwertung zustimmt“, so meint dies eben Aussagen, die auf einer Verletzung der Willensentschließung beruhen. Dabei ist aber zu differenzieren, dass der Beschuldigte hier ausschließlich eine Auskunft über sein eigenes „für wahr halten“ sowie mittelbar über seine Glaubwürdigkeit liefert, nicht über die sachliche Richtigkeit der Beweisbehauptung. Daher ist dem 1. Strafsenat darin zuzustimmen, dass § 136a III StPO zunächst nur einen durch die Strafverfolgungsbehörden initiierten Polygraphentest untersagt.

Der vom Beschuldigten selbst herbeigeführte und in fehlerfreier Willensentschließung gewünschte Test verstößt mit dem 1. Strafsenat nicht gegen die Menschenwürde und unterfällt nicht dem absoluten Erhebungs- und Verwertungsverbot des § 136a StPO.

2. Verwendung nur zur Entlastung

Allerdings stellt sich die Frage, in welcher Weise die Verteidigung eine sinnvolle und möglichst frühzeitige Initiative im System des deutschen Ermittlungsverfahrens überhaupt ergreifen kann. Gelegentlich fällt in diesem Zusammenhang das Argument, auf diese Weise könne die „Waffengleichheit“ im Strafverfahren hergestellt oder zumindest befördert werden.⁵⁹ Anders als im amerikanischen Strafprozess kann die Verteidigung in Deutschland nur geringen Einfluss auf die Erhebung von Beweisen im Ermittlungsverfahren nehmen. Während in den Vereinigten Staaten der Angeklagte ein Recht auf Beibringung von Entlastungsbeweisen und „Discovery“, also Offenlegung bzw. Erforschung von belastendem Beweismaterial geltend machen kann,⁶⁰ fehlen vergleichbare formalisierte beweisrechtliche Positionen im Recht des deutschen Ermittlungsverfahrens. Eine gewisse Ausnahme besteht bei Anwesenheitsrechten, denen i.d.R. aber keine entsprechenden uva. sanktionsbewehrten Pflichten der Ermittlungsorgane korrespondieren. Die Empfehlungen der letzten Reformkommission gingen in die Richtung einer früheren und aktiveren Beteiligung der Verteidigung im Ermittlungsverfahren, wurden jedoch im Wesentlichen nicht umgesetzt.⁶¹ Von „Waffengleichheit“ kann insoweit

⁵⁶ Exemplarisch die „dissenting opinion“ von Justice Stevens in der genannten Entscheidung, wiedergegeben in: Sklalsky, Evidence – Cases, Commentary and Problems, Fourth Ed. (2016), 550 – United States v. Scheffer – 523 U.S. 303 (1998).

⁵⁷ Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. (2017), Rn. 595 ff. legt überzeugend dar, dass jedwede Zwangsausübung insoweit einen klaren Verstoß gegen § 136a Abs. 1 StPO darstellen würde; s. auch o. BGH, NJW 1999, 657 ff.

⁵⁸ So Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. (2017), Rn. 696 mit Verweis auf Achenbach, NSTZ 1984, 350 f.; vgl. auch Rogall, in: SK-StPO, 5. Aufl. (2016), § 136a Rn. 29; Ahlbrecht, in: HK-StPO, 5. Aufl. (2012), § 136a Rn. 46; a.A., wie oben dargelegt, BGH, NJW 1999, 657 ff. = BGHSt 44 317; Hamm, NJW 1999, 922.

⁵⁹ Vgl. Laudon, AG Bautzen, Freispruch dank Lügendetektor, www.strafakte.de, zuletzt abgerufen am 17.1.2018; Schmuck/Brügge-Niemann, NJOZ 2014, 601 (603); in der Sache ähnlich die Falldarstellung bei Putze/Scheinfeld, StraFo 2010, 58 (60 f.)

⁶⁰ Nach wie vor grundlegend die Darstellung bei Subin/Mirsky/Weinstein, The Criminal Process – Prosecution and Defense Functions, 1993 (2003), 1 ff. 35 ff. 214 ff.

⁶¹ Dazu Momsen, in: Bild und Selbstbild der Strafverteidigung, Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen, Band 40, 2017, S. 83 ff.

im Ermittlungsverfahren schon strukturbedingt nicht die Rede sein. Dennoch wäre es wünschenswert, dass die Verteidigung auch bei uns stärker an Ermittlungen beteiligt wird, um ggf. frühzeitig Entlastungsbeweise präsentieren zu können. Aus dieser Perspektive wäre die Recht, einen Lügendetektortest als Entlastungsbeweis beibringen zu können, ein Schritt in die richtige Richtung. Aufgrund seines eingeschränkten Beweiswerts kann ein Lügendetektortest keine Waffengleichheit herstellen, hier sind andere Instrumente wie die frühe Beteiligung an offenen Beweiserhebungen, insbesondere Vernehmungen uva. die frühzeitige Bestellung von Verteidigern wesentlich wichtiger. Entscheidend ist, dass ein solcher Test, wenn überhaupt, dann nur als entlastendes Beweismittel akzeptabel wäre. Dies lässt sich nicht allein dadurch sicherstellen, dass der Test überhaupt nur als freiwilliges Beweisbegehren verfassungsrechtlich legitimierbar ist (s.o.). Denn auch der freiwillige Test kann ein negatives Ergebnis produzieren. Dies könnte man im Prinzip als Risiko einer sachgerechten Verteidigung verbuchen. Wie im vorstehenden Abschnitt dargelegt, sind die methodischen Unsicherheiten der derzeit zur Verfügung stehenden Verfahren aber nur dann tolerabel, wenn sie sich nicht zulasten des Beschuldigten auswirken.⁶² Um eine informelle Beweisverwertung zu verhindern⁶³, wäre es an sich geboten, die Tests unter Aufsicht der Verteidigung und nicht der Ermittlungsbehörden durchführen zu lassen. Nur dann wäre ausgeschlossen, dass die Ermittlungsbehörden ein negatives Ergebnis nicht doch informell zur weiteren Ermittlungshypothese machen. Die Tests wären dann derzeit einzuordnen wie privat von der Verteidigung in Auftrag gegebene Sachverständigengutachten (Glaubhaftigkeits- und eingeschränkt Glaubwürdigkeitsgutachten), was ihren Beweiswert de facto weiter reduzieren würde. Zwar sind diese Beweismittel in der Hauptverhandlung den vom Gericht in Auftrag gegebenen Gutachten prinzipiell gleichzustellen und § 220 StPO gewährleistet grundsätzlich ihre Berücksichtigung.⁶⁴ Ob der das Testergebnis interpretierende Sachverständige gegenüber dem psychologisch-psychiatrischen Glaubwürdigkeitsgutachter über „überlegene Sachkunde“ verfügt, sei dahingestellt, jedenfalls würde eine andere Methode angewendet werden.

Im Ermittlungsverfahren sind jedoch weder die Staatsanwaltschaft (bzw. die Polizei) noch das Gericht an einen Vorschlag der anderen Verfahrensbeteiligten gebunden.⁶⁵ Auch unabhängig von der Zulässigkeit des Polygraphenbeweises wäre daher ein echtes Beweiserhebungsrecht der Verteidigung im Ermittlungsverfahren anzustreben.

Unter diesen Voraussetzungen wäre es denkbar, dass den Tests ein unmittelbarer Beweiswert zukommen könnte, begrenzt durch die Validität der Testmethoden und die Reichweite des Beweisergebnisses – die subjektive Überzeugung der Aussageperson von der Wahrheit ihrer Aussage.

3. Relativierung der Unschuldsvermutung

Zu berücksichtigen ist, dass die Einbeziehung von Polygraphentests, zwar keine unmittelbare Auswirkung auf die Unschuldsvermutung erlangen kann, wenn sie nur auf freiwilliger Basis und nur als Entlastungsbeweis eingeführt werden dürften, da sich die bestehenden Zweifel an der Validität der Tests nicht zulasten des Beschuldigten auswirken könnten. Gleichwohl kann es mittelbar zu einer Relativierung des In-dubio Satzes kommen: Denn ähnlich wie bei DNA Reihentests könnte gleichsam informell ein Zwang zur potentiell selbstbelastenden Teilnahme entstehen.⁶⁶ D.h., wird kein Polygraphentest angeboten bzw. vorgelegt, könnte dies im Umkehrschluss dafür sprechen, dass der Beschuldigte den Test scheut – oder ihn in dem vorstehend skizzierten Modell nicht vorlegt, weil er kein positives Ergebnis erzielen konnte. Beides würde könnte so ausgelegt werden, dass ein nicht erbrachter Entlastungsbeweis belastend wirkt, sofern (vermeintlich unschuldige) Beschuldigte regelmäßig Tests anbieten würden. Das Fehlen des positiven Polygraphentests würde zum belastenden Indiz. Auch im Verhältnis zu Mitbeschuldigten kann hier ein erheblicher Druck aufgebaut werden, sich ebenfalls einem Test zu unterziehen.⁶⁷ Zwar untersagt der Grundsatz In-dubio-pro-reo eine solche informelle Beweiswürdigung. Psychologisch ist es für Ermittler und Gerichte jedoch sehr schwer, Ergebnisse, die man nicht verwerten darf, wie belastende Testergebnisse, zu ignorieren – oder die Unterlassung des an sich naheliegenden Entlastungsbeweises nicht zu hinterfragen.

4. Kognitive Dissonanzen

Damit geht es letztlich um das Risiko, dass auf Seiten der Strafverfolgungsorgane sog. „kognitive Dissonanzen“ auftreten, welche in der Beweiswürdigung zu erwartungsbasierten Fehlschlüssen oder einem fehlerhaften Framing

⁶² Vgl. oben II.

⁶³ Dazu ausf. Momsen/Washington, in: FS-Rogall (im Erscheinen).

⁶⁴ Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. (2017), Rn. 1527a/b.

⁶⁵ Sogar eine mittelbare Steuerung der Auswahl durch Erklärung des Angeklagten oder Verurteilten, sich nur von einem anderen Sachverständigen untersuchen zu lassen, ist gesetzwidrig; vgl. Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. (2017), Rn. 1527a mit Verweis auf BGH NStZ 98 425 bzw. StA bei dem KG Berlin, Urt. v. 17. 3. 96 – 1 AR 217/96; abw. KG Berlin, StV 1997, 65; dagegen Anm. Düring/Eisenberg, StV 1997, 458; zum Verhältnis zu privat bestelltem Sachverständigen s. BGH, StV 1999, 464 mit krit. Anm. Zieschang; für ein weitergehendes Recht des Beschuldigten auf Sachverständigenbestellung: Zwiheoff, Das Recht auf den Sachverständigen, 2000, S. 145 ff.

⁶⁶ Nestler, JA 2017, 16 unter Hinweis auf Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. (2017), Rn. 699; Diemer, in: KK-StPO, 7. Aufl. (2013), § 136a Rn. 34; Kretschmer, in: Radtke/Hohmann, StPO, 2011, § 136a Rn. 38 und (in der Tat plakativ) Frister, ZStW 1994, 303 (325): Es bestehe das Risiko der Annahme, „jeder, der einen mittels eines Polygraphen durchgeführten Test zu seiner Entlastung nicht von sich aus beantragt oder diesen gar ausdrücklich ablehnt, habe etwas zu verbergen...“; dagegen Putzke/Scheinfeld/Klein/Undeutsch, ZStW 121 (2009), 630 ff.;

⁶⁷ Frister, ZStW 106 (1994), 303 (324 f.); Gleß, in: LR-StPO, 26. Aufl. (2012), § 136a Rn. 64; dagegen Putzke/Scheinfeld/Klein/Undeutsch, ZStW 121 (2009), 633 f.

des Beweiswürdigungskontextes führen.⁶⁸ Häufig findet eine Art informelle und intransparente innere Beweiswürdigung in der Weise statt, dass man aufgrund des Fehlens an sich zu erwartender Entlastungsbeweise oder bei Vorliegen von in den Erwartungshorizont passenden Belastungsbeweisen andere Belastungsbeweise umso überzeugender findet. Diese Fehlerquelle der „kognitiver Dissonanz“ ist nur schwer zu eliminieren. Sofern man nicht die Tests außerhalb der Strafverfolgungsbehörden durchführen ließe, könnte man daran denken, dass die Sachverständigen den Ermittlern oder Gerichten lediglich mitteilen dürfen, ob das Ergebnis überzeugend entlastend ausfällt oder nicht. Im ersten Fall könnten dann die Fragen usw. im Rahmen des Gutachtens berichtet werden, im letzteren müssten die Details unter Verschluss bleiben. Entscheidend bleibt aber letztlich, dass den Gerichten und Ermittlungsbehörden die mögliche Unverwertbarkeit bewusst ist und sie dies durch eine genaue Dokumentation des Entscheidungsprozesses transparent machen. Transparenz der Beweiswürdigung und personelle Trennung entsprechender Entscheidungen können in jedem Fall die Gefahr verringern, infolge kognitiver Dissonanzen Beweise dem Rahmen der eigenen Erwartung entsprechend zu würdigen.⁶⁹

V. Ausblick - Polygraphentests als effektives Verteidigungsmittel?

Polygraphentests werden vermutlich im deutschen Strafverfahren in näherer Zukunft keine nachhaltige Verschiebung der defizitären Stellung der Verteidigung im Ermittlungsverfahren herbeiführen können. Diese kann nur durch eine echte Strukturreform des Ermittlungsverfahrens erfolgen. Der Sachverständigenbeweis mittels Lügendetektor kann zwar unter den genannten Voraussetzungen neben psychologisch-psychiatrische Glaubwürdigkeitsgutachten treten, wird aber vermutlich in absehbarer Zeit keine hervorragende Bedeutung als besonders effektives unmittelbar entlastendes Beweismittel erlangen.

Hierfür scheinen die Fehlerquellen der Untersuchungsmethoden bis auf weiteres zu groß zu sein.⁷⁰

Auf der anderen Seite ist zu berücksichtigen, dass auch im deutschen Strafverfahren Absprachen seit der 1998er Entscheidung des 1. Strafsenats erheblich an Bedeutung gewonnen haben. Auch im deutschen Strafverfahren kommt es immer häufiger nicht zu einem Urteil sondern zu einer konsensualen Verfahrensbeendigung im Ermittlungsverfahren, bspw. nach §§ 153 ff. StPO. Oder ein Urteil beruht im Verfahren nach § 257c StPO nur auf einer stark reduzierten Beweisaufnahme. Bei diesen Entscheidungen könnte eine Unterstützung der Glaubhaftigkeit der Angaben durch einen Polygraphentest ein gewisses Gewicht erlangen. Entscheidend bleibt aber, sofern es zu einer Hauptverhandlung kommt, § 261 StPO – die sog. „freie richterliche Beweiswürdigung“. Denn das Gericht muss in jedem Fall würdigen und transparent begründen, warum es welche Beweismittel seiner Überzeugung zugrunde legt. Dabei muss es auch mögliche alternative Geschehensverläufe überprüfen. In diesem Kontext spricht wenig dagegen, das Ergebnis eines Polygraphentests mit heranzuziehen. Für sich allein, wird es allerdings wenig beweisen können, sondern nur im Zusammenhang mit anderen Beweismitteln. Im Ermittlungsverfahren könnte ein solcher Test Veranlassung sein, alternativen Geschehensverläufen intensivere Beachtung zu schenken und vermeintlich schlüssige Beweisketten einer erneuten Überprüfung

⁶⁸ Daniel Kahnemann, *Thinking, Fast and Slow*, 2012; dessen Erkenntnisse übertragen auf US-amerikanische Strafverfahren und legen überzeugend dar, wie es zu nahezu unbewussten Vorverurteilungen kommen kann, L. Song Richardson & Phillip Atiba Goff, *Self-Defense and the Suspicion Heuristic*, IOWA LAW REVIEW, Vol. 98 (2012), 293 ff.

⁶⁹ Vgl. Frister ZStW 1994, 303 (325). Die Struktur des deutschen Strafverfahrens, insbesondere des Zwischenverfahrens, welches gerade kein unabhängiges Beweisprüfungsverfahren darstellt, verstärkt diese Effekte erheblich, dazu ausf. Momen/Washington, in: FS-Eisenberg (im Erscheinen). Entsprechenden Fehlschlüssen können natürlich auch die Sachverständigen bei der Interpretation ihrer Daten erliegen, dazu aufschlussreich Roberts/Zuckerman, *Criminal Evidence*, 2nd Ed. (2012), 478 ff. Auf die spezifische Gefahr, dass Gerichte komplexe wissenschaftliche Beweise, die ihnen methodisch nicht (ohne erheblichen Zeitaufwand) zugänglich sind, erst Recht im Sinne eigener Erwartungen interpretieren, weist Murphy, in: Sklalsky, *Evidence – Cases, Commentary and Problems*, Fourth Ed. (2016), S. 606 ff. hin. Mnookin, ebenda, S. 613, unterstreicht, dass mit Ausnahme von DNA-Spuren kaum eine Methode der Scientific Evidence dazu geeignet sei, eine sichere Verbindung zwischen dem Beweis und einem spezifischen Individuum oder einer spezifischen Quelle herzustellen, was infolge einer hohen Vertrauens Erwartung in diese „objektiven Beweise“ bei deren Würdigung häufig nicht bewusst sei.

⁷⁰ Selbst wenn die Tests in Zukunft zuverlässiger geworden sein sollten, werden sie also kaum mehr als einen Anhaltspunkt darstellen können. Zuvor allerdings bedürfte es einer breiteren Datenbasis, um die Verlässlichkeit der Tests besser einschätzen zu können. Solange sie allerdings im Strafverfahren nicht verwendet werden können, wird es schwierig, brauchbare Daten zu sammeln. Insoweit verblüfft die recht apodiktische Behauptung von Putzke/Scheinfeld/Klein/Undeutsch, ZStW 121 (2009), 628: „Aus den empirischen Daten schließen alle in Deutschland tätigen forensischen Psychologen, die die vollumfängliche amerikanische Ausbildung als forensische Psychopsychologen nach den Richtlinien der *American Polygraph Association* durchlaufen haben und auf diesem Gebiet in Deutschland tätig sind, dass die Vergleichsfragenmethode zur Abklärung des Verdachts eines Sexualdelikts gut geeignet ist. Gerade in der Praxis des US-amerikanischen Strafverfahrens scheinen die Bedenken tatsächlich eher zuzunehmen, vgl. *State v. A.O. – 965 A.2d 152 (N.J. 2009)* in Sklalsky, *Evidence – Cases, Commentary and Problems*, Fourth Ed. 2016, 551: „Twenty eight states bar the admission of polygraph evidence outright ... Virtually all the other states to consider the issue – eighteen in total – limit the admission of polygraph evidence to cases where both parties stipulate to its use (Anm. die quasi vertragliche Vereinbarung ist ein Spezifikum des US-amerikanischen Rechts) ... Only New Mexico allows ... without stipulation ... Underscoring the widespread skepticism about the polygraph's liability, four states ... have experimented with allowing the admission of polygraph evidence for a number of years, only to reject the practice and reinstate the traditional rule of inadmissibility ...“.

zu unterziehen.⁷¹ Sofern mit ausreichender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen wäre, dass der Beschuldigte selbst von seinen entlastenden Angaben überzeugt ist, wären neben alternativen Geschehensverläufen zumindest die subjektive Tatseite, ggf. auch die Schuldhaftigkeit des vorgeworfenen Verhaltens einer kritischeren Analyse zu unterziehen.

Der Test wäre dann letztlich eine Aufforderung an Ermittlungsbehörden und Gerichte, weitere entlastende Beweis-

mittel nochmals zu bewerten und ggf. weiter in dieser Richtung zu ermitteln. Eine Befassung mit dem Test müsste in der Abschlussverfügung oder im Beweiswürdigungsteil der Urteilsgründe nachvollziehbar dargelegt werden. Staatlich angeordnete Polygraphentests oder eine Verwendung auch freiwilliger Tests zu Lasten des Beschuldigten sind demgegenüber aus den bereits genannten Gründen indiskutabel.

⁷¹ Auch insoweit kann es bereits während der Ermittlungen zu erwartungsbasierten Fehlschlüssen kommen, mit der Folge das entlastende Indizien von vornherein als weniger überzeugend wahrgenommen werden, wenn sie (kriminalistischer) Erwartung zu widersprechen scheinen; näher *Momsen/Washington*, in: FS-Eisenberg (im Erscheinen).

Volksverhetzende Inhalte im Internet – Ausweitung der Strafbarkeit auf Handlungen im Ausland zur Bekämpfung des sog. Propagandatourismus

von Prof. Dr. Anja Schiemann*

Abstract

Nachdem der BGH 2014 entschieden hatte, dass das deutsche Strafrecht nicht auf Handlungen angewendet werden kann, bei denen der Täter im Ausland Propagandamittel oder Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen ins Internet einstellt, hat man bereits in der letzten Legislaturperiode gesetzgeberischen Handlungsbedarf gesehen. Ein entsprechender Gesetzentwurf des Bundesrates, der eine Erweiterung der §§ 5, 86 und 86a StGB vorsah, die diese Strafbarkeitslücke schließen sollte, wurde aber nicht mehr umgesetzt. Nun hat der Bundesrat in der 19. Wahlperiode erneut einen entsprechenden Gesetzentwurf in den Bundestag eingebracht.

I. Die Ausgangslage – deutsches Strafanwendungsrecht und die Rechtsprechung des BGH

1. Territorialitätsprinzip

Zwar soll der völkerrechtliche Nichteinmischungsgrundsatz verhindern, dass ein Staat seine eigene Strafgewalt willkürlich auf ausländische Sachverhalte ausdehnt. Jedoch gibt es legitimierende völkerrechtliche Anknüpfungspunkte, die eine Anwendung des nationalen Strafrechts auf Auslandssachverhalte erlauben und die der deutsche Gesetzgeber in den §§ 3 ff. StGB, § 1 VStGB normiert hat.

Weitestgehend wird das deutsche Strafrecht durch das sog. Territorialitätsprinzip der §§ 3, 9 StGB bestimmt, d.h. eine Tat ist im Inland begangen worden, wobei ausreichend ist, wenn entweder der Handlungs- oder der Erfolgsort im Inland liegt.¹ Gerade diese Entweder-oder-Kombination macht es möglich, dass auch Begehungsweisen im Ausland in Deutschland strafrechtlich geahndet werden können, sofern nur der Erfolgsort in Deutschland lokalisiert werden kann. Zu beachten ist allerdings, dass mit „Erfolg“ nicht jede Auswirkung der Tat gemeint ist, sondern nur solche Tatfolgen, die für die Verwirklichung des Straftatbestandes erheblich sind.² Gerade bei sog. Distanzdelikten, also auch im und durch das Internet begangenen Straftaten, kann die Bestimmung des Tatortes problematisch sein.

2. Der Handlungsort bei Internetkriminalität mit Auslandsbezug

Findet das Tatgeschehen primär im virtuellen Raum statt, so stellt sich die Frage, wo der Handlungsort ist. Klassisch wird davon ausgegangen, dass der Handlungsort dort ist, wo der Täter bei Tatbegehung körperlich anwesend ist.³ Stellt der Täter also strafbare Inhalte im Ausland online oder nimmt eine Cyberattacke von seinem Computer im Ausland vor, so wäre der Handlungsort im ausländischen Staat gelegen.

Allerdings gibt es mittlerweile Stimmen, die ein weiteres Verständnis des Handlungsortes bei Sachverhalten mit Internetbezug haben und davon ausgehen, dass der Täter an jedem Ort virtuell anwesend ist, an dem die von ihm über das Internet bereitgestellten Inhalte abrufbar sind bzw. wenn er die strafbaren Inhalte vom Ausland aus gezielt auf einem deutschen Server ablegt.⁴ Dies hätte aber die universelle Anwendung deutschen Strafrechts zumindest bei Äußerungsdelikten mit Internetbezug zur Folge⁵, würde über den Wortsinn des Handelns im Sinne eines positiven Tuns hinausgehen⁶ und ist aufgrund des völkerrechtlichen Nichteinmischungsgrundsatzes nicht legitimierbar.

Zudem ist dieser erweiterte Handlungsbegriff inzwischen auch vom BGH abgelehnt worden. Zutreffend stellte er fest, dass sich auch bei Internetdelikten der Handlungsort allein nach dem Aufenthaltsort des Täters richtet und der Radius der Wahrnehmbarkeit einer Handlung nicht Teil ihrer selbst ist.⁷

3. Der Erfolgsort bei Internetdelikten mit Auslandsbezug

Insofern ist bei Internetdelikten mit Auslandsbezug der Erfolgsort entscheidend und damit die Frage, ob der Erfolgsort in Deutschland zu lokalisieren ist und ob der Eintritt des Erfolgs bei dem in Betracht kommenden Delikt überhaupt im Sinne der allgemeinen Tatbestandslehre oder nach der ratio legis des § 9 StGB zur Deliktsverwirklichung vorausgesetzt wird.⁸

* Die Verfasserin ist Universitätsprofessorin an der Deutschen Hochschule der Polizei (DHPol) in Münster und Fachgebietsleiterin des Fachgebiets Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminalpolitik.

¹ Vgl. statt vieler nur Fischer, StGB, 65. Aufl. (2018), § 9 Rn. 2; Ambos, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 9 Rn. 7.

² So Fischer, § 9 Rn. 4a; vgl. auch Böse, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 9 Rn. 8.

³ Vgl. Fischer, § 9 Rn. 3; Ambos, in: MüKo-StGB, § 9 Rn. 8.

⁴ So Kuner, CR 1996, 453 (454); wohl auch Cornils, JZ 1999, 394 (396 ff.). Für eine weite Auslegung des Handlungsortes auch KG, NJW 1999, 3500 (3502).

⁵ Kritisch auch Busching, MMR 2015, 295 (296).

⁶ So Handel, MMR 2017, 227 (228).

⁷ BGH, NStZ 2015, 81 (82); zur Differenzierung zwischen Handlung und Wahrnehmbarkeit auch schon Heinrich, NStZ 2000, 533 (534) in seiner die Entscheidung des KG (NJW 1999, 3500) ablehnenden Anmerkung.

⁸ Vgl. Fischer, § 9 Rn. 5c mit zahlr. w. Nachw. Zur Auslegung nach der ratio legis vgl. Hartmann, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl. (2017), § 9 StGB Rn. 4.

Unproblematisch ist die Beurteilung der Strafbarkeit wegen eines über das Internet begangenen Erfolgsdelikts, da hier unzweifelhaft festgestellt werden kann, ob der tatbestandsmäßige Erfolg in Deutschland eingetreten ist. So ist beispielsweise gem. § 9 StGB ein Erfolgsort im Inland zu bejahen, wenn durch eine Cyberattacke im Ausland ein Computer oder eine IT-Anlage in Deutschland geschädigt wird.⁹

Schwieriger ist die Beurteilung dagegen bei abstrakten Gefährdungsdelikten, da hier ein Gefährderfolg gerade nicht vorausgesetzt wird.¹⁰ Daher ist bei Äußerungsdelikten über das Internet die strafenwendungsrechtliche Einordnung umstritten.

In einer kontrovers diskutierten Entscheidung zur sog. Ausschwitzlüge aus dem Jahr 2000 hat der *BGH* die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts für den Straftatbestand der Volksverhetzung gem. § 130 StGB sehr weit ausgedehnt, indem er in diesem Straftatbestand ein abstrakt-konkretes Gefährdungsdelikt und bereits in der Eignung zur Gefährdung des öffentlichen Friedens in Deutschland einen zum Tatbestand gehörenden Erfolg gesehen hat.¹¹ Durch diese Konstruktion der Eignung zur Gefährdung wurde es möglich, eine Strafbarkeit allein mit dem Zugänglichmachen volksverhetzender Inhalte auf einer Webseite im Ausland zu begründen, auch wenn es weder zu einer gezielten Übermittlung nach Deutschland noch zu einem konkreten Zugriff durch einen inländischen Nutzer gekommen war.¹²

Die Entscheidung des *BGH* ist auf vielfältige Kritik gestoßen, insbesondere war sie dem Vorwurf ausgesetzt, dass das deutsche Strafrecht durch extensive Auslegung Äußerungshandlungen von Personen im Ausland, deren Straflosigkeit dort verfassungsrechtlich garantiert ist, sanktioniert.¹³ Damit wurde der bereits drei Jahre zuvor von *Hilgendorf* aufgeworfene Gedanke, ein Weltrechtsprinzip durch Auslegung zu schaffen,¹⁴ auf die Spitze getrieben.

In einer neueren Entscheidung aus dem Jahr 2016 ist der 3. *Strafsenat* dieser extensiven Auslegung des 1. *Senats* entgegengetreten¹⁵ und läutete insofern eine Änderung der Rechtsprechung zum Strafenwendungsrecht in Bezug auf abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte ein.¹⁶ Nach dem 3. *Senat* tritt jedenfalls an dem Ort, an dem die hervorgerufene abstrakte Gefahr lediglich in eine konkrete Gefahr umschlagen kann, kein zum Tatbestand gehörender Erfolg ein. Bezogen auf § 130 StGB heißt dies, dass das Merkmal der Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens keinen zum Tatbestand gehörenden Erfolg beschreibt, so dass eine Inlandstat über § 9 Abs. 1 Var. 3 oder 4 StGB nicht

begründet werden kann.¹⁷

Zu rein abstrakten Gefährdungsdelikten hatte sich der *BGH* bereits 2014 positioniert. Der 3. *Strafsenat* verneinte eine Anwendung deutschen Strafrechts beim Hochladen von Hakenkreuzen ins Netz in Tschechien, auch wenn die Bilder in Deutschland abgerufen werden. Der *BGH* positioniert sich deutlich und stellt fest, dass das abstrakte Gefährdungsdelikt des § 86a StGB keinen zum Tatbestand gehörenden Erfolg umschreibt, so dass eine Inlandstat über § 9 Abs. 1 Var. 3 oder 4 StGB nicht begründet werden kann. Auch wenn man im Rahmen des § 9 StGB nicht auf Erfolgsdelikte im Sinne der allgemeinen Deliktslehre abstellen würde, so könne jedenfalls an dem Ort, an dem die hervorgerufene abstrakte Gefahr in eine konkrete Gefahr umgeschlagen ist oder gar nur umschlagen kann, kein zum Straftatbestand gehörender Erfolg eintreten.¹⁸ In der Literatur ist die Entscheidung auf Bedenken und Ablehnung gestoßen, da mit Blick auf nationalsozialistisch motivierte Propaganda nunmehr Strafbarkeitslücken entstünden.¹⁹

Diese Kritik fußte primär auf dem der Entscheidung zugrundeliegenden ganz besonderen Sachverhalt. Der Angeklagte war nämlich ganz gezielt über die Grenze nach Tschechien gefahren, um dort straffrei in Deutschland verbotene Handlungen begehen zu können. Allerdings machte das Gericht deutlich, dass es Aufgabe des Gesetzgebers sei, „diese Strafbarkeitslücke zu schließen, falls er dies für erforderlich erachtet“.²⁰

II. Der Gesetzentwurf

1. Gesetzgebungsgeschichte

Genau diese identifizierte Strafbarkeitslücke im Zusammenhang mit dem plakativ als „Propagandatourismus“²¹ bezeichneten Verhalten führte dann bereits in der letzten Legislaturperiode zu einem Gesetzesantrag der Länder Hamburg, Niedersachsen, Schleswig-Holstein und Bremen sowie eines entsprechenden Gesetzentwurfs des Bundesrates.²² Erklärtes Ziel des Gesetzentwurfs war es, die nach der oben genannten Entscheidung des 3. *Strafsenats* identifizierte Strafbarkeitslücke zu schließen. Der Gefahr, dass Personen aus Deutschland gezielt ins Ausland reisen, um dort Inhalte hochzuladen, deren Verbreitung und Verwendung in Deutschland strafbar wäre, sollte durch eine Änderung bzw. Erweiterung der §§ 86, 86a, 5 StGB begegnet werden.²³ Aus einer Stellungnahme der Bundesregierung ging hervor, dass diese das Anliegen des Entwurfs unterstützt, jedoch noch prüfe, wie dieses Anliegen rechtstechnisch am besten umgesetzt werden könne.²⁴ Mit

⁹ Schieman, JR 2017, 339 (344).

¹⁰ So bereits Satzger, NStZ 1998, 112 (114); vgl. auch Busching, MMR 2015, 295 (296); Ambos, in: MüKo-StGB, § 9 Rn. 19.

¹¹ BGHSt 46, 212 = NStZ 2001, 305 m. Anm. Hörnle, NStZ 2001, 309. Vgl. zudem Fischer, § 9 Rn. 8 m.w. Lit-Nachw.

¹² BGHSt 46, 212 (220 ff.).

¹³ S. Sieber, ZRP 2001, 97 (101); so auch Bremer, MMR 2002, 147 (150); Fischer, § 9 Rn. 8a.

¹⁴ Hilgendorf, NJW 1997, 1873 (1878).

¹⁵ BGH, StV 2018, 97 (99) = ZUM-RD 2017, 198 (200); die einschlägige Randnummer 15 ist nicht abgedruckt in NStZ 2016, 146.

¹⁶ So auch Handel, MMR 2017, 227 (229).

¹⁷ BGH, StV 2018, 97 (99).

¹⁸ BGH, NStZ 2015, 81 (82). Insofern eine Formulierung und eine Argumentation, die dann in der in Fußn. 17 zitierten Entscheidung wieder aufgegriffen wird.

¹⁹ Vgl. Becker, NStZ 2015, 83. Kritisch ebenfalls Hecker, JuS 2015, 274 (275). Die Entscheidung begrüßend allerdings Valerius, HRRS 2016, 186 (188).

²⁰ BGH, NStZ 2015, 81 (83).

²¹ So Valerius, HRRS 2016, 186 (188).

²² BR-Drs. 27/16; BR-Drs. 17/1/16.

²³ BR-Drs. 27/16, S. 1.

²⁴ BT-Drs. 18/8089, S. 9.

Ende der letzten Legislaturperiode ist der Gesetzentwurf dann der Diskontinuität unterfallen.

Daher stellten die Länder Hamburg, Brandenburg, Bremen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Schleswig-Holstein und Thüringen am 20.2.2018 erneut einen Gesetzesantrag zur Änderung des Strafgesetzbuches, um auch eine Strafbarkeit des Verbreitens und Verwendens von Propagandamitteln und Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen bei Handlungen im Ausland begründen zu können.²⁵ Durch den Antrag sollte der in der 18. Wahlperiode nicht mehr abschließend behandelte Gesetzentwurf wortgleich in den Bundestag eingebracht werden.²⁶ Am 2.3.2018 hat der Bundesrat über den Entwurf beraten und diesen am 12.4.2018 in den Bundestag eingebracht.²⁷

2. Strafbarkeit des Verbreitens und Verwendens von Propagandamitteln und Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen bei Handlungen im Ausland

Die mit dem Gesetzentwurf vorgesehenen Ergänzungen sind marginal, aber effektiv, um den sog. Propagandatourismus im Internet zu bekämpfen und eine Strafbarkeit auch dann zu begründen, wenn in Deutschland verbotene volksverhetzende Inhalte vom Ausland aus im Internet bereitgestellt werden.

Hierzu wird auf der einen Seite eine Ergänzung der strafanwendungsrechtlichen Vorschriften vorgeschlagen. Denn § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB, der aufgrund des aktiven Personalitätsprinzips eine Strafbarkeit des Deutschen auch für Taten im Ausland begründet, greift nicht. Hierfür wäre nämlich erforderlich, dass die Tat auch im Ausland mit Strafe bedroht ist. Die in Deutschland mit den §§ 86, 86a StGB erfassten Sachverhalte haben aber in der Regel kein strafbarkeitsbegründendes Äquivalent in den Strafgesetzbüchern anderer Länder. Dies hatte dann auch zur Folge, dass im vom BGH entschiedenen Fall, eine Strafbarkeit des in Tschechien handelnden Täters nicht über § 7 StGB und das aktive Personalitätsprinzip begründet werden konnte.

Wegen dieser Lücke im deutschen Strafanwendungsrecht soll § 5 StGB erweitert werden, der Fälle enumerativ erfasst, in denen nach dem Schutzprinzip das deutsche Strafrecht auch dann gilt, wenn die Tat im Ausland begangen wird.²⁸ Der Gesetzentwurf sieht eine Regelung in § 5 Nr. 3 lit. a StGB²⁹ vor, nach der deutsches Strafrecht auch in den Fällen der §§ 86, 86a StGB gilt, sofern der Täter seine Lebensgrundlage im räumlichen Geltungsbereich dieses Gesetzes hat. Die Begründung des Gesetzentwurfs macht insofern deutlich, dass eine uneingeschränkte Anwendbarkeit deutschen Strafrechts auf Auslandssachverhalte nicht in Betracht kommen kann, sondern es eines im Einzelfall legitimierenden Anknüpfungspunktes bedürfe, da in anderen Rechtsordnungen die in Deutschland nach §§ 86, 86a StGB strafbewährten Handlungen nicht als

strafbares Unrecht betrachtet würden.³⁰ Der Gesetzgeber beugt hier einer extensiven Ausdehnung deutscher Strafgewalt vor, was vor dem Hintergrund des völkerrechtlichen Nichteinmischungsgrundsatzes auch erforderlich ist. Ansonsten wäre er dem – schon häufiger verlautbarten – Vorwurf des „Strafrechtsimperialismus“³¹ ausgesetzt.

Durch das sog. Domizilprinzip wird ein ausreichender Bezug zu Deutschland hergestellt, denn wenn der Täter seine Lebensgrundlage im Inland hat, dann kann man bei entsprechender Bindung an Deutschland auch verlangen, das Verbot der Verwendung und Verbreitung einschlägiger Inhalte der §§ 86, 86a StGB auch im Ausland zu berücksichtigen.³² Ob dagegen der zweite in der Gesetzesbegründung angegebene Punkt greift, nach dem verlangt werden kann, die hiesige verfassungsmäßige Ordnung nicht zu gefährden, erscheint zweifelhaft. Denn nur durch das Hochladen der in Deutschland verbotenen Inhalte ist noch nichts darüber gesagt, ob diese auch die deutsche verfassungsmäßige Ordnung gefährden. Dies wäre nur dann denkbar, wenn ins Internet gestellten Inhalte auch in Deutschland wahrnehmbar sind.

Dies führt dann auf der anderen Seite zu der meines Erachtens notwendigen weiteren Ergänzung der §§ 86, 86a StGB. In der Gesetzesbegründung wird davon ausgegangen, dass auch die derzeitige Fassung der §§ 86, 86a StGB aufgrund der Erweiterung des Kataloges in § 5 StGB neben Handlungen im Inland auch im Inland wahrnehmbare Inhalte erfasst.³³ Dies erscheint vor dem Hintergrund der aufgezeigten geänderten Rechtsprechung des BGH fraglich. Zudem trägt eine ergänzende Formulierung auch dem Umstand Rechnung, dass erst im Inland wahrnehmbare Inhalte i.S. der §§ 86, 86a StGB das Schutzgut betreffen. Die Modifizierung im jeweiligen Absatz 1 der §§ 86, 86a StGB um den Passus „im Inland wahrnehmbar verbreitet“ oder „im Inland wahrnehmbar“ ist daher sachgerecht.

Durch die moderate Änderung werden ausländische Täter, die in ihren Heimatstaaten nicht mit einer Bestrafung wegen Verbreitens und Verwendens von Propagandamitteln und Kennzeichen der in §§ 86, 86a StGB genannten verfassungswidriger Organisationen rechnen müssen, nicht dem deutschen Strafanwendungsrecht unterworfen, sofern ihre Handlung im Ausland stattfindet. Eine Expansion deutschen Strafrechts auf andere Rechts- und Kulturkreise findet durch die Neuregelung also gerade nicht statt.³⁴

Der Propagandatourismus von Deutschen wird dagegen wirksam bekämpft. Seine Lebensgrundlage in Deutschland i.S. der Neuregelung hat in aller Regel ein Täter mit ausschließlicher Wohnsitz oder ständigem Aufenthalt in Deutschland. Bei mehreren Wohnsitzen oder wechselndem Aufenthalt wird darauf abgestellt, wo der persönliche

²⁵ BR-Drs. 52/18.

²⁶ BR-Drs. 52/18, S. 2.

²⁷ BT-Drs. 19/1595.

²⁸ Vgl. Fischer, § 5 Rn. 1; Ambos, in: MüKo-StGB, § 5 Rn. 1.

²⁹ Die derzeitigen lit. a und b rücken dann in Position b und c.

³⁰ BT-Drs. 19/1595, S. 6.

³¹ So z.B. der Titel der Dissertation von Roegge, Deutscher Strafrechtsimperialismus, 2014.

³² S. BT-Drs. 19/1595, S. 6.

³³ BT-Drs. 19/1595, S. 7.

³⁴ Kritisch aber noch Schiemann, JR 2017, 339 (345).

und wirtschaftliche Schwerpunkt liegt.³⁵ Insoweit ist sichergestellt, dass von der Ausweitung der Strafbarkeit auf Auslandssachverhalte tatsächlich nur solche Täter betroffen sind, deren Lebensmittelpunkt in Deutschland liegt.

3. Erweiterung des Schriftenbegriffs in § 11 Abs. 3 StGB

In einer Stellungnahme der Bundesregierung zum Gesetzentwurf hat diese unter anderem ausgeführt, dass sie etwaige Auswirkungen auf andere Tatbestände prüfen würde und zudem Überlegungen angestellt werden müssten, inwieweit der Schriftenbegriff in § 11 Abs. 3 StGB hin zu einem modernen Medienbegriff zu erweitern sei.³⁶

Der Schriftenbegriff in Absatz 3 enthält keine Legaldefinition, sondern eine Gleichstellungsklausel, nach der die dort aufgezählten Gegenstände, also Ton- und Bildträger, Datenspeicher, Abbildungen und andere Darstellungen ebenfalls unter den Schriftenbegriff des StGB fallen.³⁷ Die Datenspeicher wurden 1997 in das Gesetz eingefügt und erfassen neben selbstständigen Datenträgern in weiter Auslegung auch elektronische Arbeitsspeicher.³⁸ Der BGH hat in einer Entscheidung auch digitalisierte Fotos als vom Schriftenbegriff des § 11 Abs. 3 StGB erfasst angesehen.³⁹ Angesichts dieser ohnehin weiten Auslegung des Begriffs des Datenspeichers ist fraglich, inwieweit man tatsächlich eine Erweiterung des § 11 Abs. 3 StGB

um einen „modernen Medienbegriff“ benötigt. Allerdings hatten sich die derzeitigen Koalitionsparteien schon in der letzten Legislaturperiode darauf geeinigt, zur besseren Bekämpfung von Kinderpornografie im Internet den veralteten Schriftenbegriff hin zu einem modernen Medienbegriff zu reformieren.⁴⁰ Insofern wird hier nur ein altes Vorhaben wieder aufgegriffen.

III. Fazit

Da die Bundesregierung in ihrer Stellungnahme zum Gesetzentwurf des Bundesrats angekündigt hat, eine eigene Prüfung der rechtstechnischen Umsetzung vornehmen zu wollen, um dann einen Vorschlag zu unterbreiten,⁴¹ ist mit einer raschen Umsetzung des hier vorgestellten Gesetzentwurfs nicht zu rechnen. Vielmehr ist zu erwarten, dass ein eigenständiger Gesetzentwurf präsentiert wird, der neben einer Ergänzung der §§ 5, 86, 86a StGB auch Anpassungen anderer Straftatbestände und eine Neufassung des Schriftenbegriffs in § 11 Abs. 3 StGB enthält. Dies ist ambitioniert und es fragt sich, wie schnell und wie weitreichend hier Anpassungen erfolgen sollen und welche Straftatbestände betroffen sind. Was die Modifizierungen im Strafgesetzbuch zwecks Bekämpfung des Propagandatourismus betrifft, so könnte die Bundesregierung getrost auf den Gesetzentwurf des Bundesrats zurückgreifen.

³⁵ So Fischer, § 5 Rn. 3; Ambos, in: MüKo-StGB, § 5 Rn. 16.

³⁶ BT-Drs. 19/1595, S. 8.

³⁷ Vgl. Fischer, § 11 Rn. 33; Hölscher, in: Dölling/Duttge/König/Rösner, § 11 Rn. 12.

³⁸ BGBl. I, 1870; zum Umfang und den unterschiedlichen Auffassungen bzgl. des Arbeitsspeichers vgl. Fischer, § 11 Rn. 36; Radtke, in: MüKo-StGB, § 11 Rn. 172.

³⁹ BGHSt 47, 55 (58). Die Entscheidung ablehnend Fischer, § 11 Rn. 36a; Satzger, in: SSW-StGB, 3. Aufl. (2017), § 11 Rn. 65 m.w. Nachw.

⁴⁰ Hierzu bereits Krings, ZRP 2014, 69 (71).

⁴¹ BT-Drs. 19/1595, S. 8.

Zur Strafbarkeit von Täuschungen im Sexualstrafrecht

von J.-Prof. PD Dr. Elisa Hoven
und Prof. Dr. Thomas Weigend*

Abstract

Im Zuge der Reform des Sexualstrafrechts im Jahr 2016 wurde der Schutz der sexuellen Selbstbestimmung deutlich erweitert. Nicht geregelt hat der Gesetzgeber allerdings Fälle, in denen eine Person durch Täuschung – etwa das Verschweigen ansteckender Krankheiten oder die Vorspiegelung bestimmter persönlicher Eigenschaften – zur Gestattung sexueller Handlungen veranlasst wird. § 177 StGB erfasst solche Konstellationen derzeit nicht. Die Autoren schlagen de lege ferenda eine vorsichtige Erweiterung von § 177 Abs. 2 StGB auf Fälle vor, in denen der Täter über den sexuellen Charakter einer Handlung oder über seine Identität täuscht.

I. Modelle zum Schutz des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung

Der Reform des Sexualstrafrechts im November 2016 ging eine intensive öffentliche und mediale Diskussion über Bedeutung und Reichweite des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung voraus.¹ Mit der Neufassung von § 177 StGB hat die populäre Forderung „Nein heißt Nein“ Eingang in das deutsche Sexualstrafrecht gefunden, und der Schutz des sexuellen Selbstbestimmungsrechts wurde erheblich ausgedehnt.² Nach altem Recht machte sich nur strafbar, wer die Autonomie des Opfers durch Gewalt, Drohung oder das Ausnutzen einer schutzlosen Lage überwunden hatte.³ Nunmehr erfasst § 177 StGB jede sexuelle Handlung, die „gegen den erkennbaren Willen“ des anderen vorgenommen wird.

Der Erweiterung des Tatbestandes auf sexuelle Übergriffe ohne Nötigungscharakter liegt ein Paradigmenwechsel zugrunde.⁴ § 177 StGB a.F. beruhte auf dem Gedanken, dass der strafrechtliche Schutz der sexuellen Selbstbestimmung dem Opfer die „physischen und psychischen Voraussetzungen für die Fähigkeit erhalten sollte, selbst zu bestimmen, ob es jetzt, hier und von dieser Person in ein sexualbezogenes Geschehen einbezogen werden will

oder nicht“.⁵ Ein so verstandenes Selbstbestimmungsrecht wird nur dann verletzt, wenn der Täter den freien Willen des Opfers durch Gewalt, Drohung oder das Ausnutzen einer schutzlosen Lage überwindet.

Der Strafbarkeit einer sexuellen Handlung „gegen den erkennbaren Willen“ des Opfers liegt hingegen die Vorstellung zugrunde, dass das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung bereits dann beeinträchtigt wird, wenn der Täter eine ihm bekannte und vom Opfer geäußerte Ablehnung des Sexualkontakts ignoriert.⁶ Ein solcher Tatbestand schützt nicht mehr allein die *Fähigkeit* des Opfers zur Durchsetzung seiner sexuellen Selbstbestimmung, sondern garantiert die Respektierung einer autonom getroffenen Entscheidung gegen einen Sexualkontakt.⁷ Gleichzeitig setzt das „Nein heißt Nein“-Modell voraus, dass derjenige, der keinen Sexualkontakt wünscht, dies auch zum Ausdruck bringt.⁸ § 177 Abs. 1 StGB schafft eine Kommunikationsobliegenheit; eine Strafbarkeit sexueller Handlungen ist ausgeschlossen, wenn der entgegenstehende Wille nicht „erkennbar“ geäußert wurde.⁹ Flankiert wird das „Nein heißt Nein“-Modell durch die Regelung in § 177 Abs. 2 StGB, die der Missachtung des „erkennbaren“ Willens einer anderen Person verschiedene Situationen gleichstellt, in denen es für den Sexualpartner nicht möglich oder nicht zumutbar ist, seine Ablehnung zu bilden oder zu äußern (etwa bei bewusstlosen Opfern oder im Falle einer Drohung durch den Täter).

Noch weiter wird das sexuelle Selbstbestimmungsrecht in Rechtsordnungen verstanden, die ein Konsensmodell – die sogenannte „Nur Ja heißt Ja“-Lösung – umgesetzt haben.¹⁰ So definiert der in England und Wales geltende Sexual Offences Act 2003 (SOA) eine Vergewaltigung als Penetration, die ohne die Zustimmung („consent“) des Betroffenen vorgenommen wird, sofern nicht der Täter einen berechtigten Grund hatte, an eine Zustimmung zu glauben.¹¹ Während das deutsche Recht die Kommunikation

* Die Verfasserin Hoven ist Juniorprofessorin für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität zu Köln; der Verfasser Weigend war bis 2016 Professor für Strafrecht an der Universität zu Köln.

¹ Siehe hierzu Hoven, KriPoZ 2018, 2.

² Hoven/Weigend, JZ 2017, 182 (183).

³ § 177 Abs. 1 a.F.: „Wer eine andere Person 1. mit Gewalt, 2. durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben oder 3. unter Ausnutzung einer Lage, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist, nötigt, sexuelle Handlungen des Täters oder eines Dritten an sich zu dulden oder an dem Täter oder einem Dritten vorzunehmen, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft.“

⁴ Siehe ausführlich Hoven/Weigend, JZ 2017, 182; auch Frommel, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 177 Rn. 105.

⁵ Sick, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff, 1993, S. 87; übereinstimmend Wolters, in: SK-StGB, 8. Aufl. (2012), § 177 Rn. 2.

⁶ Laue, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl. (2017), § 177 Rn. 2a; Hörnle, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2009), vor § 174 Rn. 28; dies., ZStW 2015, 851 (862); ähnlich Frommel, in: NK-StGB, vor § 174 Rn. 1 f.; Renzikowski, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), vor §§ 174 ff. Rn. 8, versteht das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung als „Freiheit davor, zum Objekt fremdbestimmter sexueller Übergriffe herabgewürdigt zu werden“.

⁷ So auch Frommel, in: NK-StGB, § 177 Rn. 105.

⁸ Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 177 Rn. 47.

⁹ Hörnle, GA 2015, 313 (321); Laue, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, § 177 Rn. 2a.

¹⁰ Auch in Deutschland wurde, insbesondere zur Umsetzung von Art. 36 der Istanbul-Konvention, die Einführung einer Zustimmungslösung diskutiert, siehe Hörnle, GA 2015, 313 (317).

¹¹ Sec. 1 SOA: A person (A) commits an offence if (a) he intentionally penetrates the vagina, anus or mouth of another person (B) with his penis, (b) B does not consent to the penetration, and (c) A does not reasonably believe that B consents.

eines entgegenstehenden Willens voraussetzt, führt nach dem „Nur Ja heißt Ja“-Modell bereits die innere Ablehnung des Sexualkontakts (soweit der Täter sie kannte oder hätte kennen müssen) zur Strafbarkeit.

II. Strafrechtliche Bewertung der Täuschung des Sexualpartners

Übt der Täter Gewalt gegen das Opfer aus oder droht er ihm mit einem empfindlichen Übel, so ist sein Handeln nach allen drei Modellen als Sexualdelikt strafbar. Schwieriger zu beurteilen sind hingegen Fälle, in denen ein Beteiligter sein Gegenüber durch Täuschung zur Vornahme sexueller Handlungen motiviert. Nach dem Modell des § 177 StGB a.F. schied eine Strafbarkeit aus, da die Täuschung kein Mittel zur Nötigung des Sexualpartners darstellt.¹²

Das Zustimmungsmodell des englischen Rechts lässt hingegen Raum für die Bestrafung eines Täters, der den Sexualkontakt durch Täuschung des anderen erreicht. Nach Sec. 74 SOA muss der Sexualpartner seine Zustimmung aus freien Stücken erteilen sowie die Freiheit und die Fähigkeit haben, diese Entscheidung zu treffen.¹³ Weiter präzisiert werden die Anforderungen an die Zustimmung in Sec. 76 SOA. Danach fehlt es an einer strafbarkeitsausschließenden Zustimmung etwa dann, wenn der Täter den anderen absichtlich über Natur und Zweck („nature and purpose“) der sexuellen Handlung täuscht (Abs. 2 lit. a) oder sich als eine andere Person ausgibt, die dem Opfer persönlich bekannt ist (Abs. 2 lit. b).¹⁴ Die Frage, welche Täuschungen „Natur und Zweck“ der sexuellen Handlung – und nicht nur Begleitumstände – berühren, stellt englische Gerichte vor immer wieder neue Probleme.¹⁵ So soll etwa das Verschweigen einer HIV-Infektion gegenüber dem Sexualpartner nicht zu einem Irrtum über die Natur der sexuellen Handlung führen.¹⁶ Eine strafbare Vergewaltigung wurde hingegen für den Fall angenommen, dass der Täter – hier eine 17-Jährige, die sich gegenüber ihrer Freundin als Mann ausgab – den Sexualpartner über sein biologisches Geschlecht täuscht (*R v McNally*).¹⁷

Noch strenger formuliert das israelische Recht die Voraussetzungen wirksamer Zustimmung. Nach Art. 345 des israelischen Strafgesetzbuches macht sich wegen Vergewaltigung strafbar, wer mit einer Frau (Männer sind nicht erfasst) Geschlechtsverkehr hat, die dem nicht freiwillig zustimmt oder deren Zustimmung durch Täuschung über

die Identität seiner Person oder die Natur der sexuellen Handlung erreicht.¹⁸ Für eine Identitätstäuschung soll es ausreichen, dass der Täter seinen Sexualpartner über wesentliche persönliche Eigenschaften irreführt. Im Jahr 2010 verurteilte ein israelisches Gericht auf dieser Grundlage einen arabischstämmigen Mann, der sich gegenüber einer Frau als Jude ausgegeben hatte.¹⁹

Das deutsche Recht enthält keine ausdrückliche Regelung zu Täuschungen des Sexualpartners. § 177 Abs. 2 StGB erfasst zwar das Ausnutzen eines dem Opfer drohenden Übels oder eines Überraschungsmoments, nicht indes eine sonstige Manipulation seiner Entscheidung für einen Sexualkontakt. Erstaunlicherweise finden sich weder in den Gesetzesmaterialien noch in der aktuellen Kommentarliteratur Überlegungen zur Strafbarkeit von Täuschungen nach dem neuen Sexualstrafrecht. Dabei kann das Problem in einer Vielzahl unterschiedlicher Fallkonstellationen virulent werden. Im Folgenden sollen vier Szenarien betrachtet werden, in denen der Täter die Zustimmung seines Sexualpartners durch das Vorspiegeln falscher Tatsachen erreicht. Anschließend wird diskutiert, wie die skizzierten Fälle nach geltendem Sexualstrafrecht zu beurteilen sind und welche Argumente de lege ferenda für und gegen eine Strafbarkeit des Täters sprechen.

(1) Täuschung über die Natur der sexuellen Handlung

Hierunter sind Fälle zu fassen, in denen der Täter den sexuellen Charakter seiner Handlung verschleiert. Zu denken ist etwa an einen Arzt, der gegenüber einer Patientin wahrheitswidrig vorgibt, die manuelle Stimulation ihres Genitals sei zur Behandlung der von ihr beschriebenen Symptome erforderlich.

(2) Täuschung über die Identität des Täters

In den „Amphitryon“-Fällen täuscht der Täter das Opfer über seine wahre Identität. Er gibt vor, eine Person zu sein, mit der das Opfer zu sexuellen Handlungen bereit ist (etwa dessen Ehepartner).

(3) Täuschung über den körperlichen Zustand des Täters

Hier behauptet oder verschweigt der Täter einen eigenen körperlichen Zustand, der üblicherweise für die Entscheidung des Sexualpartners über seine Zustimmung zu Ob und Wie einer sexuellen Handlung bedeutsam ist. Er täuscht das Opfer etwa über sein biologisches Geschlecht, verschweigt eine Sexualkrankheit (bspw. eine HIV-Infek-

¹² Ebel, NSTZ 2002, 404 (407); Eisele, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. (2014), § 177 Rn. 2.

¹³ Sec. 74 SOA: “For the purposes of this Part, a person consents if he agrees by choice, and has the freedom and capacity to make that choice.”

¹⁴ Sec. 76 Abs. 2: „(a) the defendant intentionally deceived the complainant as to the nature or purpose of the relevant act; (b) the defendant intentionally induced the complainant to consent to the relevant act by impersonating a person known personally to the complainant.“

¹⁵ Kritisch zu den unklaren Maßstäben des englischen Rechts: Ormerod, in: Smith/Hogan, Criminal Law, 12. Aufl. (2008), S. 667; Ashworth/Horder, Principles of Criminal Law, 7. Aufl. (2013), S. 340 f.

¹⁶ *R v Dica* [2004] EWCA Crim 1103; *R v Konzani* [2005] EWCA Crim 706; siehe auch Cowan, New Criminal Law Review 2014, 135 (138 f.). Anders urteilten allerdings kanadische Gerichte, die bei Täuschungen über Sexualkrankheiten eine erteilte Zustimmung für unwirksam erachteten; *R v Cuerrier* [1998] 2 S.C.R. 371, para. 47.

¹⁷ *R v McNally* [2013] EWCA Crim 1051; [2014] Q.B. 593 (CA (Crim Div)).

¹⁸ Art. 345 (a) Israel Penal Code: “If a person had intercourse with a woman (1) without her freely given consent; (2) with the woman's consent, which was obtained by deceit in respect of the identity of the person or the nature of the act (...).”

¹⁹ CrimA 5734/10 *Kashur v. State of Israel* [2012], Takdin (Isr.); dazu Gross, Tulane Journal of Law and Sexuality 24 (2015), 1; Brodowski, Protecting the Right to Sexual Self-Determination: Models of Regulation and Current Challenges in European and German Sex Crime Laws, in: Saad-Diniz/de Souza Carvalho (Hrsg.), O lugar da vítima nas ciências criminais, LiberArs 2017, S. 15 (21).

tion) oder behauptet wahrheitswidrig, er habe die Möglichkeit einer Empfängnis (etwa durch Sterilisation oder Einnahme von Kontrazeptiva) ausgeschlossen.

(4) Täuschung über sonstige Umstände, etwa Eigenschaften, Motive und Absichten des Täters

Der Täter täuscht über innere oder äußere Umstände, von denen das Opfer seine Bereitschaft zu sexuellen Handlungen abhängig macht. In Betracht kommen etwa falsche Angaben über Einkommen oder Beruf (der Täter gibt sich als Millionär aus), den eigenen Beziehungsstatus (der Täter verschweigt, dass er verheiratet ist), seine wahren Absichten (der Täter behauptet wahrheitswidrig, das Opfer heiraten zu wollen) oder seine Bereitschaft, für sexuelle Handlungen zu bezahlen (der Freier hat nicht vor, den vereinbarten Lohn zu entrichten).

1. Bewertung nach geltendem Recht

a) Strafbarkeit nach § 177 Abs. 1 StGB

Ob Täuschungen des Sexualpartners eine Strafbarkeit wegen sexuellen Übergriffs begründen, hängt davon ab, wie das Merkmal des Handelns „gegen den erkennbaren Willen“ in § 177 Abs. 1 StGB zu verstehen ist.

Eine Strafbarkeit scheidet jedenfalls dann aus, wenn das Opfer seinen entgegenstehenden Willen vor der sexuellen Handlung für einen objektiven Dritten erkennbar kommuniziert haben muss. Die Gesetzesmaterialien legen eine solche restriktive Auslegung des „erkennbaren Willens“ nahe. In der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses heißt es: „Ob der entgegenstehende Wille erkennbar ist, ist aus der Sicht eines objektiven Dritten zu beurteilen. Für diesen ist der entgegenstehende Wille erkennbar, wenn das Opfer ihn zum Tatzeitpunkt entweder ausdrücklich (verbal) erklärt oder konkludent (zum Beispiel durch Weinen oder Abwehren der sexuellen Handlung) zum Ausdruck bringt.“²⁰ Stellt man allein auf die für den objektiven Dritten nachvollziehbare Kommunikation ab, so wäre § 177 Abs. 1 StGB auch dann nicht verwirklicht, wenn der Täter über Sonderwissen verfügt und deshalb die (durch das äußere Verhalten nicht deutlich gemachte) Ablehnung des Opfers kennt.²¹ Hat das Opfer den Handlungen täuschungsbedingt zugestimmt, so empfindet es im Zeitpunkt der Tat keine Ablehnung, die es zum Ausdruck bringen könnte. Eine Manipulation des Sexualpartners durch Täuschung wäre damit nach § 177 Abs. 1 StGB stets straflos, also auch dann, wenn der Täter das Opfer über die sexuelle Natur der Handlung oder seine Identität irreführt (Konstellationen 1 und 2).

Seinem Wortlaut nach ließe sich § 177 Abs. 1 StGB allerdings auch weiter verstehen. So könnte man annehmen, dass das Tatbestandsmerkmal des „erkennbaren“ Willens lediglich eine Mindestvoraussetzung enthält und – erst recht – einen vom Täter „erkannten“ gegenteiligen Willen erfasst.²² Doch kommt es auch nach dieser Lesart darauf an, worauf sich die Vorstellung des Täters beziehen muss: auf den im Moment des Sexualaktes tatsächlich bestehenden Willen des anderen (dann keine Strafbarkeit bei Täuschungen)²³ oder auf den „wahren“ Willen des Opfers, wie er im Falle zutreffender Information existiert hätte. Stellt man auf den hypothetischen Willen eines informierten Sexualpartners ab, so hätte dies eine erhebliche Ausdehnung der Strafbarkeit zur Folge: Jede Täuschung, die für die Zustimmung des Opfers zu sexuellen Handlungen ursächlich ist, würde den Tatbestand des § 177 Abs. 1 StGB erfüllen. Ein so weitgehendes Verständnis von § 177 Abs. 1 StGB ist jedoch nicht nur vom Gesetzgeber offenkundig nicht gewollt, sondern widerspräche auch der Gesetzessystematik. Ließe § 177 Abs. 1 StGB bereits die Kenntnis des Täters von einem entgegenstehenden „wahren“ Willen des anderen genügen, so wäre § 177 Abs. 2 StGB überflüssig, da Abs. 2 gerade Situationen erfasst, in denen das Opfer in der Tatsituation einen entgegenstehenden Willen nicht bilden oder äußern kann. Ein eigenständiger Bedeutungsgehalt kommt § 177 Abs. 2 StGB also nur dann zu, wenn für Abs. 1 im Tatzeitpunkt ein entgegenstehender Wille tatsächlich bestehen und kommuniziert werden muss.

Richtigerweise ist also davon auszugehen, dass Täuschungen in allen vier Fallkonstellationen die Voraussetzungen eines sexuellen Übergriffs nach geltendem Recht nicht erfüllen. Der Täter erreicht durch die Manipulation des Sexualpartners dessen Zustimmung zur sexuellen Handlung und verhindert damit schon die Bildung eines entgegenstehenden Willens.²⁴ Dieser Sichtweise scheint auch die Reformkommission zum Sexualstrafrecht zu folgen. Sie begründet ihre Ablehnung eines „Nur Ja heißt Ja“-Modells unter anderem mit den zu befürchtenden Unklarheiten im Umgang mit einem „durch Täuschung erschlichenen Einverständnis“.²⁵ Nach der geltenden „Nein heißt Nein“-Lösung hält sie eine Strafbarkeit der bewussten Irreführung offenbar für ausgeschlossen.

b) Strafbarkeit nach anderen Tatbeständen

Die dargestellten Fallgruppen erfüllen also ausnahmslos nicht die Anforderungen von § 177 Abs. 1 StGB. In Konstellation (1) kommt allerdings unter bestimmten Voraussetzungen eine Strafbarkeit nach § 174c StGB in Betracht.

²⁰ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drs. 18/9097, S. 23.

²¹ Hoven/Weigend, JZ 2017, 182 (187).

²² Zu weit geht hingegen die Auslegung von Ziegler, der eine Strafbarkeit bereits dann annehmen will, wenn für den Täter „der entgegenstehende Wille erkennbar ist“, Ziegler, in: BeckOK-StGB, 37. Edition (2018), § 177 Rn. 9. Dies würde auf eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit des Täters hinauslaufen, die das Gesetz erkennbar nicht intendiert.

²³ Hiervon geht auch Hörnle aus, wenn sie in ihrem Regelungsvorschlag die ausdrückliche Einbeziehung der vom Täter erkannten Ablehnung empfiehlt. Hörnle, GA 2015, 313 (327).

²⁴ So auch El-Ghazi, ZIS 2017, 157 (164): „Wird der Rechtsgutsträger durch Täuschung (von einem Nein zu einem Ja) umgestimmt, fehlt es zum Zeitpunkt der Tathandlung an einem (innerlichen) Nein. Aus dem ursprünglichen innerlichen Nein des Rechtsgutsträgers ist durch die Täuschung ein innerliches Ja geworden. Die sexuelle Handlung, die daraufhin stattfindet, erfolgt in diesem Fall nicht „gegen den Willen“. Weist eine Frau das sexuelle Ansinnen eines Mannes zunächst zurück, lässt sie sich jedoch durch ein falsches Versprechen (beispielsweise Zahlung einer bestimmten Geldsumme) umstimmen, ist weder Abs. 1 noch Abs. 2 des § 177 StGB n.F. einschlägig.“

²⁵ Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht vom 19.7.2017, S. 50 und S. 392.

Hiernach ist zu verurteilen, wer „eine sexuelle Handlung an einer Person, die ihm wegen einer geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung einschließlich einer Suchtkrankheit oder wegen einer körperlichen Krankheit oder Behinderung zur Beratung, Behandlung oder Betreuung anvertraut ist, unter Mißbrauch des Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses vornimmt“. Ein Missbrauch soll nach ganz überwiegender Ansicht auch dann vorliegen, wenn der Täter das Opfer „durch Täuschung über den sexuellen Charakter des Eingriffs“ zur Hinnahme der sexuellen Handlung veranlasst.²⁶ Das geltende Recht ahndet das Hervorrufen von Fehlvorstellungen über die Natur einer sexuellen Handlung jedoch nur im Rahmen der in § 174c StGB bestimmten Obhutsverhältnisse. In allen anderen Fällen bleibt der unter einem Vorwand vorgenommene Sexualkontakt straflos.

Die in Konstellation (2) beschriebenen Täuschungen erfüllen im deutschen Recht keinen Straftatbestand. Anders als etwa im englischen Recht bleibt auch derjenige straflos, der sich als Ehepartner des Opfers ausgibt und auf diese Weise dessen Zustimmung zu sexuellen Handlungen erschleicht. Bis 1969 war die Rechtslage (zumindest partiell) anders: § 179 StGB a.F. stellte es unter Strafe, eine Frau durch die falsche Vorstellung, einen ehelichen Beischlaf zu vollziehen, zur Gestattung des Geschlechtsverkehrs zu verleiten.²⁷

Fälle der Konstellation (3) werden nicht als Sexual-, sondern allenfalls als Körperverletzungstat geahndet, wenn sie mit einer körperlichen Beeinträchtigung des Sexualpartners verbunden sind. Wer dem Sexualpartner eine ansteckende Geschlechtskrankheit verschweigt, macht sich wegen vollendeter oder versuchter gefährlicher Körperverletzung strafbar;²⁸ durch sein Handeln verwirklicht er jedoch nicht das Unrecht eines Sexualdelikts. Täuschungen über die Verwendung von Verhütungsmitteln oder die eigene Fruchtbarkeit sind hingegen nicht strafbar.²⁹

Täuschungen über Eigenschaften, Motive oder Absichten des Täters sind ebenfalls nicht Gegenstand des geltenden Strafrechts. Eine Strafbarkeit kommt allein in Betracht, wenn der Täter andere Rechtsgüter seines Opfers verletzt; so macht sich der Freier eines Betrugs schuldig, wenn er die Arbeitsleistung einer Prostituierten in Anspruch nimmt und dabei über seinen Zahlungswillen täuscht.³⁰

2. Überlegungen zur Strafbarkeit von Täuschungen des Sexualpartners

Ob und in welchem Umfang Fälle manipulierter Zustimmung als Sexualdelikte erfasst sein sollen, ist also eine Frage de lege ferenda. Die Antwort hängt davon ab, wie weit man das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung strafrechtlich schützen will.³¹ Systematisch wären zwei Wege zur Änderung der Rechtslage denkbar.

Zum einen könnte ein „Nur Ja heißt Ja“-Modell nach englischem Vorbild umgesetzt werden, wonach nur das ohne Willensmängel erteilte Einverständnis des Sexualpartners den Tatbestand eines sexuellen Übergriffs abschließt. Eine generelle Strafbarkeit von Täuschungen des Sexualpartners ließe sich mit einem weiten Verständnis des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung begründen. Begreift man sexuelle Autonomie nicht nur als äußerlich freie, sondern auch als informierte Entscheidung über die Umstände der sexuellen Interaktion, so kann nur derjenige tatsächlich selbstbestimmt handeln, der keinem für ihn relevanten Irrtum unterliegt.

Eine solche Lösung würde jedoch zu einer grundsätzlichen Neugestaltung des Sexualstrafrechts führen und dem Täter – unabhängig von Fragen der Täuschung – die Last ambivalenter Situationen aufbürden.³² Zudem ließe das ZustimmungsmodeLL keine differenzierte Behandlung der Fallkonstellationen (1) bis (4) zu, sondern müsste Täuschungen entweder ausnahmslos als relevant oder stets als unbeachtlich ansehen. Ein entsprechend geänderter Tatbestand müsste sich im Übrigen ausdrücklich zur Behandlung von Täuschungen verhalten. Die bloße Formulierung eines Verbots von Sexualkontakten „ohne Einverständnis“ der anderen Person wäre nicht hinreichend klar. Schließlich wird in der Rechtsprechung und Teilen der Literatur – trotz gewichtiger Gegenstimmen im Schrifttum³³ – auch ein durch Täuschung erschlissenes tatbestandsausschließendes Einverständnis bei anderen Delikten für wirksam gehalten.³⁴

Angesichts der offenen Auslegungsfragen hinsichtlich der Voraussetzungen eines „Einverständnisses“ empfiehlt sich der Rückgriff auf diesen Begriff also nicht.³⁵ Vorzugswürdig wäre eine eigenständige Regelung der Täuschungsproblematik in § 177 Abs. 2 StGB. Die dort aufgezählten Tathandlungen könnten um eine weitere Variante der tatsächlich unfreien Willensbildung ergänzt werden.

²⁶ Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 174c Rn. 26; Frommel, in: NK-StGB, § 177c Rn. 10 m.w.N. Unklar hingegen die Entscheidung BGH, NSiZ 2009, 324.

²⁷ § 179 Abs. 1 StGB a.F. (bis September 1969): „Wer eine Frau zur Gestattung des Beischlafs dadurch verleitet, daß er eine Trauung vorspiegelt, oder einen anderen Irrtum in ihr erregt oder benutzt, in welchem sie den Beischlaf für einen ehelichen hielt, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft.“

²⁸ Paeffgen/Böse, in: NK-StGB, § 224 Rn. 9; Frisch, in: FS Szwarc, 2009, S. 495; ders., JuS 1990, 362; Schünemann, in: FS Eser, 2005, S. 1141; ders., JR 1989, 89.

²⁹ Auch eine Betrugsstrafbarkeit kommt mangels Vermögensverfügung nicht in Betracht.

³⁰ Statt aller: Beukelmann, in: BeckOK-StGB, § 263 Rn. 45.

³¹ Auch die Reformkommission zum Sexualstrafrecht schlägt vor, über die Schaffung eines Straftatbestandes nachzudenken, „der auf die Täuschung des Opfers abstellt“, Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht vom 19.7.2017, S. 512.

³² So auch Hörnle, GA 2015, 313 (318); kritisch zum „Nur Ja heißt Ja“-Modell auch Hoven/Weigend, JZ 2017, 182 (186).

³³ Rönnau, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2006), vor § 32 Rn. 157; ders., JuS 2007, 18; Lencker/Sternberg-Lieben, in: Schöнке/Schröder, vor § 32 Rn. 32c; Kindhäuser, Strafrecht AT, 8. Aufl. (2017), § 12 Rn. 52 ff.; Erb, in: MüKo-StGB, § 32 Rn. 50 f.

³⁴ Siehe etwa Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 47. Aufl. (2017), Rn. 546; Rengier, Strafrecht AT, 9. Aufl. (2017), S. 220.

³⁵ So überzeugend Hörnle, GA 2015, 313 (318).

Gegen eine derart extensive strafrechtliche Absicherung sexueller Selbstbestimmung sprechen jedoch gewichtige Gründe. Zunächst ist der Gesetzgeber nicht verpflichtet, einen lückenlosen strafrechtlichen Schutz von Rechtsgütern zu gewährleisten. Vielmehr obliegt es ihm – auch in Anbetracht des fragmentarischen Charakters des Strafrechts – die Reichweite des strafrechtlichen Rechtsgüterschutzes auf eindeutig illegitime Angriffe auf das jeweils geschützte Interesse zu beschränken.³⁶

Vor diesem Hintergrund erscheint nicht jede Täuschung des Sexualpartners als strafwürdig. Im deutschen Recht sind Lügen und Manipulationen als solche nicht strafbar; hinzutreten muss stets ein weiterer individueller oder gesellschaftlicher Schaden. So ist eine Täuschung etwa nur dann als Betrug strafbar, wenn der Betroffene durch sie einen Vermögensschaden erleidet. Die persönliche Enttäuschung über die Manipulation (und selbst eine nicht gewollte, aber wirtschaftlich nicht schädliche Vermögensdisposition) begründet hingegen keine Strafbarkeit. Ebenso wenig wird etwa eine Person bestraft, die einen anderen durch Vorspiegelung falscher Tatsachen dazu bringt, sich mit ihr zu verloben. Auch in einem solchen Fall verhält sich der Täuschende unehrlich und unfair, doch wird ihm über den moralischen Tadel hinaus kein strafrechtlicher Vorwurf gemacht.

Das Strafrecht schützt den Menschen also nicht davor, von anderen enttäuscht und hintergangen zu werden; solche Erfahrungen gehören zum allgemeinen Lebensrisiko.³⁷ Im Falle einer erschlichenen Zustimmung zu sexuellen Handlungen erlebt das Opfer eine – im Einzelfall auch gravierende – menschliche Enttäuschung; einen darüber hinaus gehenden Schaden erleidet es durch die retrospektive Ablehnung des sexuellen Kontakts allerdings nicht. Auch hat der Getäuschte nicht gegen seinen ihm zur Zeit der Tat bewussten Willen die sexuellen Handlungen eines anderen ertragen zu müssen. Das nachträgliche Bedauern einer sexuellen Begegnung ist mit dem Erleben eines aufgezwungenen Sexualaktes nicht vergleichbar.

Im Übrigen würde die strafrechtliche Ahndung jedes durch Täuschung bewirkten Sexualkontakts einen erheblichen Eingriff in die Intimsphäre der Beteiligten bedeuten. Die Gerichte müssten Beweis über die gegenseitigen Erwartungen und Versprechungen in sexuellen Beziehungen erheben und diese bewerten. Die Beurteilung des Gewichts einer Täuschung ist dabei ausgesprochen schwierig: Sollte schon eine unwahre Liebeserklärung für die Annahme eines sexuellen Übergriffs genügen?

Noch schwerer wiegt die Tatsache, dass ein strafbewehrtes Täuschungsverbot die persönlichen Präferenzen und

Einstellungen des jeweiligen Sexualpartners zum Maßstab der Strafbarkeit machen würde. Die oben genannte Entscheidung des israelischen Gerichts zeigt, welche Folgen es haben kann, wenn das Vorliegen eines sexuellen Übergriffs von den individuellen Bedingungen einer Person für das Eingehen einer sexuellen Beziehung abhängig gemacht wird. Lehnt der Betroffene sexuelle Handlungen mit Menschen anderer Religion, Ethnizität oder Herkunft ab, so wäre diese Entscheidung Gegenstand des strafrechtlichen Schutzes. Als Täter eines Sexualdelikts würde sich dann strafbar machen, wer eine solche diskriminierende Haltung des anderen missachtet. Zwar gestattet das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung dem Einzelnen, den Sexualpartner nach eigenen Kriterien zu wählen, und umfasst damit auch die Freiheit zur Diskriminierung. Doch ist es nicht Aufgabe des Staates, persönliche – und möglicherweise rassistische oder intolerante – Vorbehalte mit den Mitteln des Strafrechts zu schützen.

Täuschungen des Sexualpartners sollten daher auch künftig grundsätzlich nicht ausreichen, um eine Strafbarkeit wegen eines Sexualdelikts zu begründen. Dies gilt insbesondere für das Hervorrufen bloßer Motivirrtümer (Konstellation 4) über Eigenschaften, Motive und Absichten der Person. Lediglich in wenigen Ausnahmefällen rechtfertigt eine Manipulation des Opfers die Einstufung des Sexualkontakts als sexuellen Übergriff. Täuscht der Täter sein Opfer über den sexuellen Charakter der Handlung (Konstellation 1), so hat der Betroffene zu keinem Zeitpunkt einer sexuellen Handlung zugestimmt. Das Opfer war sich aufgrund der Täuschung nicht darüber im Klaren, dass es über sein Recht auf sexuelle Selbstbestimmung verfügt. Seine Situation ist damit derjenigen einer komatösen oder schlafenden Person vergleichbar, die durch § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB geschützt wird.

Auch in Fällen der Identitätstäuschung (Konstellation 2) sprechen gute Gründe für eine Erweiterung von § 177 Abs. 2 StGB. Die Zustimmung zu sexuellen Handlungen wird in aller Regel einer bestimmten Person erteilt, die der Partner durch ihren Namen oder auf andere Weise identifiziert. Hat der Betroffene X in einen Sexualkontakt mit Person A eingewilligt, so gilt dieses Einverständnis nicht für Person B; nimmt B eine sexuelle Handlung an X vor, so liegt ihm gegenüber keine Zustimmung vor. Damit unterscheiden sich die Fälle der Identitätstäuschung von denen des Motivirrtums: Das Opfer macht sich nicht falsche Vorstellungen über bestimmte Eigenschaften des gewählten Sexualpartners, sondern hat die vor ihm stehende Person nie als Sexualpartner ausgesucht. Um Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Eigenschafts- und Identitätstäuschungen zu vermeiden, bietet sich eine Formulierung nach dem Vorbild von Sec. 76 Abs. 2 lit. b SOA an: Der Täter muss sich für eine Person ausgeben, die dem Opfer

³⁶ Sick, ZStW 103 (1991), 43 (51).

³⁷ Die kanadische Richterin *McLachlan* schreibt in ihrem Sondervotum zum Fall *R v. Cuerrier*: "Deceptions, small and sometimes large, have from time immemorial been the by product of romance and social encounters. They often carry the risk of harm to the deceived party. Thus far in the history of civilization, these deceptions, however sad, have been left to the domain of song, verse and social censure.", *R v. Cuerrier* [1998] 2 S.C.R. 371, Rn. 47. Im gleichen Sinne auch *Hörnle*, ZStW 127 (2015), 851 (880 f.).

persönlich bekannt ist (etwa als Ehepartner).

Nach dem hier vorgeschlagenen Modell wären Fälle der Konstellation (3) nicht als Sexualdelikte zu bestrafen. Der Irrtum über die körperliche Beschaffenheit – wie das Geschlecht oder die Fruchtbarkeit – betrifft Merkmale einer bestimmten Person, nicht deren Identität. Bei der Durchführung ungeschützten Geschlechtsverkehrs unter Verheimlichung einer sexuell übertragbaren Krankheit liegt das Unrecht nicht vorrangig in einer Verletzung sexueller Selbstbestimmung, sondern in der Gefährdung der körperlichen Integrität des Sexualpartners – und ist daher richtigerweise als Körperverletzungsdelikt zu bestrafen.³⁸

Auf Grundlage der hier angestellten Erwägungen schla-

gen wir die Ergänzung von § 177 Abs. 2 StGB um eine weitere Tathandlungsvariante vor:

§ 177 Abs. 2 StGB:

Ebenso wird bestraft, wer sexuelle Handlungen an einer anderen Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt, wenn (...)

6. der Täter die Person über den sexuellen Charakter der Handlung täuscht oder ihr vorspiegelt, dass er eine andere, ihr bekannte Person sei.

³⁸ Im Ergebnis übereinstimmend Hörnle, ZStW 127 (2015), 851 (881) und (aus der Perspektive des common law) Green, in: Sarat (Hrsg.), Law and Lies: Deception and Truth-Telling in the American Legal System, 2015, S. 194.

Staatliche Opferentschädigung und Adhäsionsverfahren Reformbedarf in Deutschland und China

von Prof. Dr. Daoqian Liu und
Prof. Dr. Anja Schiemann*

Abstract

Die Diskussion um eine Reform des in Deutschland geltenden Opferentschädigungsgesetz (OEG) ist nach dem Terroranschlag auf dem Berliner Breitscheidplatz neu entfacht. Der aktuelle Koalitionsvertrag hat die Forderung nach einer Neuregelung der Opferentschädigung wieder aufgegriffen. In China gibt es nur ganz ausnahmsweise staatliche Opferentschädigung. Die Opfer in China haben aber – genau wie die Opfer in Deutschland – die Möglichkeit, ihre Ansprüche gegen den Schädiger in einem dem Strafverfahren angegliederten Adhäsionsverfahren oder im Zivilklageweg zu verfolgen. Anders als in Deutschland hat in China hier die Entscheidung des Strafgerichts Bindungswirkung, d.h. ein freigesprochener Angeklagter kann vor einem chinesischen Zivilgericht nicht mehr belangt werden. Der Beitrag geht den derzeitigen Reformbemühungen eines modernen Opferentschädigungsrechts in Deutschland und den Implikationen für ein zu konzipierendes Opferentschädigungsrecht in China nach. Daneben werden Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Regressansprüche gegen den Täter im Rahmen des Adhäsionsverfahrens herausgearbeitet und auch hier Reformbedarf analysiert.

I. Die staatliche Opferentschädigung

1. Staatliche Opferentschädigung in Deutschland

a) Praktische Bedeutung der Opferentschädigung

Die praktische Bedeutung staatlicher Opferentschädigung ist in Deutschland eher gering.¹ Der Weiße Ring veröffentlicht jährlich die Zahl der Anträge, die nach dem OEG gestellt werden. In den letzten Jahren haben danach nur zwischen 10,55 % und 9,57 % aller Opfer polizeilich registrierter Gewalttaten einen Antrag auf staatliche Opferentschädigung gestellt – mit fallender Tendenz.²

Bereits 2009 wollte der Gesetzgeber mit dem 2. Opferrechtsreformgesetz den Bekanntheitsgrad des OEG erhöhen und hat eine Hinweispflicht auf die Möglichkeit eines Versorgungsanspruchs nach OEG für den Verletzten normiert.³ Dieses Ansinnen der Steigerung des Bekanntheitsgrads ist ihm angesichts der Zahlen wohl nicht gelungen.⁴

Allerdings kann das Nichtstellen eines Antrags auf staatliche Entschädigung auch andere Ursachen haben. Zum einen sind die Erfolgsaussichten einer Anerkennung staatlicher Entschädigung mit nur ca. 1/3 aller Fälle auch nicht gerade bestens.⁵ Dies liegt an den engen Voraussetzungen, unter denen eine Opferentschädigung überhaupt nur gewährt wird. Zum anderen sind auch nur bestimmte Entschädigungsarten vorgesehen. Des Weiteren handelt es sich bei dem Opferentschädigungsverfahren um ein eng mit dem Strafverfahren verbundenes, sehr bürokratisches Verfahren.⁶

b) Grundzüge des derzeitigen Opferentschädigungsgesetzes

Das Opferentschädigungsgesetz trat im Mai 1976 in Kraft, um der besonderen Verantwortung des Staates für Opfer vorsätzlicher Gewalttaten Rechnung zu tragen. In der Gesetzesbegründung wird dazu konkretisierend ausgeführt, dass es die Aufgabe des Staates sei, seine Bürger vor Gewalttaten zu schützen. Könne der Staat diese Pflicht nicht erfüllen und komme es zu einer Gewalttat, so sei der Staat für die Entschädigung des Opfers verantwortlich, um ein soziales Absinken des Betroffenen zu verhindern.⁷

Zentrale Anspruchsnorm ist § 1 OEG, nach dem grundsätzlich diejenigen einen Versorgungsanspruch haben, die infolge eines vorsätzlichen, rechtswidrigen tätlichen Angriffs oder durch dessen rechtmäßige Abwehr eine ge-

* Daoqian Liu ist Universitätsprofessor am Law Department der National Police University of China in Shenyang und derzeit Gastprofessor an der Deutschen Hochschule der Polizei (DHPol). Der chinesische Teil des Aufsatzes enthält zum Teil die Forschungsergebnisse des Projekts zum Vermögensschutz im chinesischen Strafverfahren (Projektnummer: WJQ2015030). Anja Schiemann ist Universitätsprofessorin an der DHPol in Münster und Fachgebietsleiterin des Fachgebiets Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminalpolitik.

¹ Anders Loyved, NZS 2004, 516, der dem OEG eine „erhebliche praktische Bedeutung“ zuspricht.

² Statistiken zwischen 2014-2016, im Jahr 2014 mit 10,55 % am höchsten, im Jahr 2016 mit 9,57 % am niedrigsten. Diese und weitere Statistiken zur Opferentschädigung abrufbar unter: <https://weisser-ring.de/media-news/publikationen/statistiken-zur-staatlichen-opferentschaedigung> (zuletzt abgerufen am 15.5.2018).

³ Dieser war zunächst in § 206h Abs. 1 Nr. 3 StPO verankert und wurde 2015 in § 406j Nr. 3 StPO überführt.

⁴ Hellmann/Bartsch ziehen sogar den Schluss, dass die geringen Antragsquoten darauf hindeuten, dass die Polizei und Staatsanwaltschaft der ihr obliegenden Informationspflicht nicht in ausreichendem Maß nachkommen, s. dies., MschrKrim 2014, 131 (134).

⁵ Auch hier zeichnet sich eine leicht rückläufige Tendenz ab, im Jahr 2014 erfolgte in 33,72 % der Fälle eine Anerkennung, 2015 waren es dann nur noch 30,85 % und 2016 28,92 % der Fälle, vgl. wiederum: <https://weisser-ring.de/media-news/publikationen/statistiken-zur-staatlichen-opferentschaedigung> (zuletzt abgerufen am 15.5.2018).

⁶ Zu den Unzulänglichkeiten des OEG s. von Galen, StV 2013, 171 (178); zu den unterschiedlichen Zuständigkeiten bei auf mehrere Bundesländer verteilten Verfahren nach dem OEG und entsprechendem Abstimmungsbedarf vgl. Gelhausen/Weiner, OEG, 6. Aufl. (2015), § 4 Rn.1.

⁷ S. BT-Drs. 7/2506, S. 7.

sundheitliche Schädigung erlitten haben. Neben den unmittelbar Geschädigten sind auch sog. Sekundäropfer erfasst.⁸ In einer Grundsatzentscheidung stellte das BSG fest, dass einer Mutter auf Grund der Nachricht von der Ermordung ihres Kindes ein Schockschaden entstanden sei, da die Nachrichtenübermittlung von dem besonders schrecklichen Geschehen mit dem Gewaltvorgang eine natürliche Einheit gebildet habe.⁹ In einem Entschädigungsverfahren sind daher umfassende Feststellungen zum Unmittelbarkeitserfordernis zu treffen,¹⁰ was ggf. zu Schwierigkeiten in der Anspruchs begründung führen kann.

Der räumliche Geltungsbereich des OEG ist 2009 durch Inkrafttreten des 3. OEG-ÄndG über das Hoheitsgebiet Deutschlands¹¹ hinaus erweitert worden.¹² In § 3a OEG können auch bei Auslandstaten Ansprüche nach dem OEG begründet sein, wenn die Opfer ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland haben. Insoweit wurde neben dem Territorialitätsprinzip das Personalitätsprinzip im OEG verankert.¹³

Zentrale Anspruchsvoraussetzung des § 1 OEG ist das Vorliegen eines tätlichen Angriffs. Der Gesetzgeber versteht darunter eine „unmittelbare auf den Körper eines Menschen zielende feindselige Einwirkung“¹⁴ und wollte durch dieses Merkmal den „wesentlichen Bereich der sogenannten Gewaltkriminalität“ erfassen.¹⁵ Opfer reiner Vermögensschäden sind daher von staatlicher Entschädigung nach dem OEG ausgenommen.¹⁶ Insofern wurde vom Weissen Ring gefordert, den Anwendungsbereich des OEG zu erweitern und zum Beispiel auch Opfer von Wohnungseinbruchsdiebstählen wegen der psychischen Folgeschäden mit einzubeziehen.¹⁷

§ 2 OEG normiert Versagungsgründe, die Leistungen ausschließen, wenn das Opfer die Schädigung verursacht hat oder es unbillig wäre, eine Entschädigung zu gewähren. Darüber hinaus sind Leistungen zu versagen, wenn das Opfer in organisierte Kriminalität verwickelt ist oder aktiv an politischen oder kriegserischen Auseinandersetzungen beteiligt ist, sofern die Schädigung darauf beruht oder im Zusammenhang damit steht.¹⁸ In Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs der Unbilligkeit hat das BSG in ständiger Rechtsprechung Fallgruppen gebildet.¹⁹

Kritisiert wird vor allem der Versagungsgrund des § 2 Abs. 2 OEG. Danach können Leistungen versagt werden,

„wenn der Geschädigte es unterlassen hat, das ihm Mögliche zur Aufklärung des Sachverhalts und zur Verfolgung des Täters beizutragen, insbesondere unverzüglich Anzeige bei einer für die Strafverfolgung zuständigen Behörde zu erstatten.“ Zwar hat das SG Frankfurt entschieden, dass eine Entschädigung nicht zu versagen ist, wenn sich aus den medizinischen Unterlagen ergäbe, dass eine Strafanzeige für das Opfer unzumutbar war. In dem zu beurteilenden Fall handelte es sich um ein durch sexuellen Missbrauch erlittenes psychisches Trauma.²⁰ Von solchen Extremfällen abgesehen, ist eine Anzeigenerstattung aber dringend anzuraten. Denn wer sichergehen will, Leistungen zu erhalten, wird es nicht darauf ankommen lassen, ob in seinem Fall eine Ausnahme von der Anzeigepflicht vorliegt oder nicht. Dieser Umstand kann dazu führen, dass ein Opfer, dass sich eigentlich einem Strafprozess nicht aussetzen will, dies entgegen seiner Intention tut und sich zu einer Strafanzeige entschließt, nur um eine Entschädigung zu erhalten.²¹

Art und Umfang der Entschädigung werden nicht direkt im OEG geregelt, sondern auf den Leistungskatalog des Bundesversorgungsgesetzes (BVG) verwiesen. Dieser Leistungskatalog ist allerdings ursprünglich für die Opfer der Weltkriege entwickelt worden und beruht auf dem sog. Aufopferungsgedanken. Das BVG enthält sehr differenzierte Einzelleistung, deren Gewährung mit schwierigen Entscheidungen im Einzelfall verbunden ist.²² Gewährt werden können z.B. Heil- und Behandlungskosten, Renten- und Fürsorgeleistungen, Hilfsmittel, Rehabilitationsmaßnahmen und Bestattungs- sowie Sterbegeld bei Tod des Opfers.²³ Schadensersatz und Schmerzensgeld sind dagegen nicht vorgesehen.²⁴

c) Reformbedarf

Bereits die große Koalition der letzten Legislaturperiode hatte im Koalitionsvertrag eine Reform des Opferentschädigungsgesetzes angekündigt und wollte das Recht der Opferentschädigung in einem zeitgemäßen Regelwerk neu ordnen.²⁵ Da dieses zeitgemäße Regelwerk in der 18. Legislaturperiode nicht umgesetzt wurde, sieht auch der neue Koalitionsvertrag der 19. Legislaturperiode eine Änderung – wenn auch kein gänzlich neues Regelwerk – vor. Vielmehr sollen die Regelungen an den Bedarfen der Opfer von Gewalt-, einschließlich Terrortaten, ausgerichtet und psychische Gewalt in den Gewaltbegriff mit einbezogen werden. Zudem sollen neue Leistungen

⁸ Gelhausen/Weiner, § 1 Rn. 5.

⁹ BSGE 49, 98 (103). Zur Kritik Loytved, NZS 2004, 516 (518); ausf. zu den Differenzierungen Gelhausen/Weiner, § 1 Rn. 5.

¹⁰ Brettel, ZRP 2017, 73 (75).

¹¹ Klassisch dem Territorialitäts- und Flaggenprinzip des StGB folgend normiert § 1 OEG als Ort der Straftat Deutschland oder ein Schiff oder Luftfahrzeug unter deutscher Flagge.

¹² BGBl. I, S. 1580.

¹³ Gelhausen/Weiner, § 1 Rn. 6; § 3a Rn. 1; Bock, ZRP 2009, 148 (149).

¹⁴ BT-Drs. 7/2506, S. 13.

¹⁵ BT-Drs. 7/2506, S. 10.

¹⁶ S. Rademacker, in: Knickrehm, Gesamtes soziales Entschädigungsrecht, 2012, OEG, § 1 Rn. 39.

¹⁷ Hierzu kritisch Löbner, SRa 2015, 182 (186). Für die Einbeziehung auch psychischer Gewalt in das OEG Brettel, ZRP 2017, 73 (74).

¹⁸ Zur Mitverursachung und den Fallgruppen ausführlich Gelhausen/Weiner, § 2 Rn. 10 ff., 40 ff.

¹⁹ Hierzu unter Hinweis auf die einschlägige Rechtsprechung Gelhausen/Weiner, § 2 Rn. 28 ff.; Rademacker, in: Knickrehm, OEG, § 2 Rn. 20 ff.

²⁰ SG Frankfurt a.M., Urt. v. 10.7.2002 – S 24/VG 886/01, BeckRS 2002, 29344 – Rn. 28.

²¹ So bereits von Galen, StV 2013, 171 (178).

²² Hierzu Löbner, SRa 2015, 182 (188).

²³ Ausf. zum Leistungskatalog und Umfang Rademacker, in: Knickrehm, OEG § 1 Rn. 96, sowie Knickrehm, in: Knickrehm, BVG, § 9 Rn. 3 ff.

²⁴ Kritisch von Galen, StV 2013, 171 (178).

²⁵ So unter <https://www.cdu.de/sites/default/files/media/dokumente/koalitionsvertrag.pdf>, S. 53 (zuletzt abgerufen am 25.5.2018).

der Sofort- bzw. Akuthilfen gewährt werden.²⁶

Neben den schon im alten Koalitionsvertrag geplanten Änderungen im Hinblick auf Leistungsumfang und Berücksichtigung von Opfern psychischer Gewalt, hat wegen des Terroranschlags auf dem Breitscheidplatz in Berlin eine weitere Modifizierung des Opferentschädigungsrechts Einzug in die Reformüberlegungen erhalten. Nach § 1 Abs. 11 OEG ist das Gesetz nicht auf Schäden aus einem tätlichen Angriff mit einem Kraftfahrzeug oder Anhänger anwendbar. Insofern können Opfer zwar Schadensersatzansprüche gegen den Straftäter und dessen Rechtsnachfolger geltend machen,²⁷ derzeit aber wegen der klaren gesetzlichen Ausnahmevorschrift nicht auf staatliche Entschädigung hoffen.

Diese nicht hinzunehmende Schlechterstellung von Opfern, die infolge eines mittels Kraftfahrzeug begangenen Terroranschlags geschädigt werden, führt zu einer Verstärkung des Reformdrucks im Bereich der Opferentschädigung.²⁸ Insofern ist in dieser Legislaturperiode mit einem entsprechenden Gesetzentwurf und einer schnellen Umsetzung zu rechnen. So forderte im Dezember 2017 auch die Fraktion Bündnis 90/die Grünen im Bundestag eine Verbesserung der Opferentschädigung.²⁹

Nicht zu erwarten ist wegen des Reformdrucks in Bezug auf die Opfer von Terroranschlägen, dass das OEG im Sinne einer im Koalitionsvertrag der letzten Legislaturperiode angedachten Neuregelung systematisch verbessert und als neues eigenständiges Regelungswerk auch die Verweise auf das BVG streicht und den Leistungskatalog selbst regelt. Neben der im neuen Koalitionsvertrag der 19. Legislaturperiode angedachten marginalen Erweiterungen der Leistungen auf Sofort- und Akuthilfen, werden Schmerzensgeld und erweiterte Schadensersatzleistungen mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht Einzug in das staatliche Entschädigungsrecht erhalten.

Mit einer Ausweitung des Gewaltbegriffs auf Opfer psychischer Gewalt ist dagegen zu rechnen. Diese Ausweitung ist auch folgerichtig, wenn man auf das weite Begriffsverständnis im Strafrecht zurückgreift und den tätlichen Angriff unter Nutzung der umfangreichen strafrechtlichen Dogmatik unter Einbeziehung psychischer Gewalt überarbeitet und die Grenzen klar definiert.³⁰

2. Staatliche Opferentschädigung in China

Opferentschädigung ist ein altes, immer wiederkehrendes Thema für chinesische Juristen. Es gibt derzeit kein spezielles Gesetz für die Opferentschädigung. Fragen der Opferentschädigung in China betreffen ausschließlich das Verhältnis zwischen Opfer und Täter und sind im chin-

StGB und der chinStPO geregelt.³¹ Nur ganz ausnahmsweise wird einem Opfer eine Hilfe vom Staat nach der Verordnung zur Verstärkung und Anordnung der Justizhilfsleistung durch das Volksgericht gewährt.³² Die Hilfsleistung ist mit der Sozialhilfe im deutschen Recht vergleichbar.

Vor Erlassung dieser Verordnung gab es keine einheitliche Regelung, einem Opfer die Finanzhilfe vom Staat zu gewähren. Nur wenn das Opfer aufgrund der Straftat vermögenslos geworden ist, leisteten einige Provinzen bzw. Städte in China Sozialhilfe. Mit Erlassung der Verordnung kann ein Opfer einen Antrag auf staatliche Hilfsleistung vor dem für die Straftat zuständigen Gericht einreichen. Dabei müssen die folgenden Voraussetzungen vorliegen, damit das Opfer die Hilfsleistung vom Staat erhält: zunächst muss sein Leben aufgrund der Straftat derart eingeschränkt sein, dass er und seine Familienangehörige nicht mehr selbst für ihren Lebensunterhalt sorgen können. Zusätzlich muss das Opfer beweisen, dass es vom Täter oder von Familienangehörigen des Täters sowie Hilfsorganisationen keine Entschädigung bzw. Hilfsleistung bekommen hat.

Ist nach diesen Voraussetzungen ein Anspruch entstanden, so darf die staatliche Hilfsleistung die Schäden des Opfers nicht überschreiten. In dem Fall, dass ein Opfer infolge einer Straftat gestorben ist, kann einer seiner Familienangehörigen den Antrag auf staatliche Hilfsleistung einreichen. Soweit die o.g. Voraussetzungen erfüllt sind, sind dann auch die Hinterbliebenen anspruchsberechtigt. Es hängt demnach primär von der Vermögenslage des Opfers ab, ob es staatliche Hilfeleistung in Anspruch nehmen kann oder nicht. Ist das Opfer vermögend, erhält es keine Hilfeleistung für die durch die Straftat verursachten Schäden, ist es vermögenslos, entsteht ein Anspruch auf staatliche Hilfeleistung. Daher gibt es in China zur Zeit noch keine dem deutschen Recht vergleichbare staatliche Opferentschädigung unabhängig von der Vermögenslage des Opfers. Die chinesische Regelung ist daher eher mit der Sozialhilfe, als mit der staatlichen Opferhilfe in Deutschland vergleichbar.

3. Zwischenfazit

Die staatliche Opferentschädigung in Deutschland und China unterscheidet sich eklatant. Während Deutschland bereits ein eigenständiges Opferentschädigungsgesetz hat, fehlt ein solches in China. Ein Anspruch auf staatliche Opferentschädigung kommt nur ausnahmsweise dann in Betracht, wenn das Opfer und die Hinterbliebenen durch die Straftat mittellos geworden sind. In Deutschland dagegen ist ein Anspruch auf staatliche Opferentschädigung nicht von den Vermögensverhältnissen des Opfers abhängig.

²⁶ Vgl. hierzu https://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/2018/03/2018-03-14-koalitionsvertrag.pdf;jsessionid=4865EB-BADE4F90119642FBDC32F1E32.s3t1?__blob=publication-File&v=5, S. 96 (zuletzt abgerufen am 25.5.2018).

²⁷ Vgl. hierzu Schwab, DAR 2017, 168 f.; sowie Brettel, ZRP 2017, 73.

²⁸ So auch bereits Brettel, ZRP 2017, 73 (75).

²⁹ Vgl. unter <https://www.gruene-bundestag.de/soziales/schutz-fuer-opfer-von-gewalttaten-12-12-2017.html> (zuletzt abgerufen am 25.5.2018).

³⁰ So bereits Löbner, SRA 2015, 182 (186).

³¹ Hierzu ausführlich unter II.2.

³² Die Verordnung ist am 1.7.2016 vom chinesischen Obersten Volksgericht erlassen worden.

Allerdings sind auch der deutschen staatlichen Opferentschädigung Grenzen gesetzt. Insbesondere werden Opfer psychischer Gewalt nur unzureichend vom Opferentschädigungsgesetz erfasst und Opfer von mit Kraftfahrzeugen begangenen Terroranschlägen derzeit gar nicht geschützt. Diesbezügliche Änderungen im OEG sind aber in Planung.

II. Das Adhäsionsverfahren

1. Deutschland

a) Grundzüge des Adhäsionsverfahrens

Das Adhäsionsverfahren ist in den §§ 403 – 406c StPO geregelt und ermöglicht dem Opfer einer Straftat die Möglichkeit, seine zivilrechtlichen Ersatzansprüche gegen den Täter bereits im Strafverfahren geltend zu machen.³³ Hauptzweck ist zum einen die Vermeidung mehrerer Gerichtsverfahren in derselben Sache und zum anderen der Opferschutz, da ihm durch das Adhäsionsverfahren ermöglicht werden soll, schneller und einfacher an den Ersatz seines Schadens zu gelangen.³⁴ Trotz mehrfacher Reformen fristet das Adhäsionsverfahren im Rechtsalltag ein Schattendasein. Der prozentuale Anteil von Adhäsionsentscheidungen liegt im einstelligen Prozentbereich. Bedenkt man aber, dass ca. rund 50% der nach allgemeinem Strafrecht Verurteilten wegen Delikten sanktioniert wurden, in denen individualisierbare Opfer betroffen waren, wird das Potenzial für Adhäsionsverfahren nur in sehr geringem Maße ausgeschöpft.³⁵

Antragsberechtigt zur Geltendmachung eines Anspruchs im Adhäsionsverfahren ist der Verletzte oder sein Erbe gem. § 403 StPO. In Betracht kommen nur vermögensrechtliche Ansprüche, die aus der Straftat erwachsen sind und noch nicht anderweit gerichtlich geltend gemacht worden sind. Wegen der ausdrücklichen Beschränkung des § 403 StPO auf die ordentliche Gerichtsbarkeit können keine Ansprüche geltend gemacht werden, die im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses begangen wurden.³⁶ Geltend gemacht werden können typischer Weise Schadensersatz- oder Schmerzensgeldansprüche, aber auch Herausgabe-, Bereicherungs- und Unterlassungsansprüche, sofern mit ihnen wirtschaftliche Interessen verfolgt werden.³⁷

Der Verletzte ist stets antragsberechtigt, auch wenn er keinen Strafantrag wegen der Tat gestellt hat und am Verfahren auch sonst nicht – bspw. im Rahmen der Nebenklage – beteiligt ist.³⁸ Antragsgegner ist der Beschuldigte selbst. Wer lediglich zivilrechtlich mithaftet, kann in den Adhäsionsprozess nicht einbezogen werden.³⁹

Unterschiede zwischen der Geltendmachung zivilrechtlicher Ersatzansprüche im Zivilprozess und im Adhäsionsverfahren zeigen sich insbesondere im Verfahrensablauf sehr deutlich.⁴⁰ Während es im Zivilprozess gemäß des Beibringungsgrundsatzes Aufgabe der Parteien ist, den Tatsachenstoff einzubringen, den sie für entscheidungsrelevant halten, gilt im Strafverfahren und ebenfalls im Adhäsionsverfahren der Amtsermittlungsgrundsatz.⁴¹ Dies ist ein eindeutiger Vorteil gegenüber der Zivilklage.⁴² Vorteil ist darüber hinaus, dass das Opfer im Adhäsionsverfahren aktiv mitwirken und als Zeuge auftreten kann, während es im Zivilprozess Partei ist.⁴³

Nachteile ergeben sich aber insbesondere dadurch, dass für den Beschuldigten auch im Adhäsionsverfahren uneingeschränkt die Aussagefreiheit gilt. Schweigt er, so darf dies im Rahmen der Beweiswürdigung nicht zu seinen Lasten gewertet werden, während sich der Beschuldigte als Beklagter eines Zivilprozesses vollständig und wahrheitsgemäß erklären muss.⁴⁴

Die Entscheidungsformen im Adhäsionsprozess orientieren sich an den Möglichkeiten der Zivilgerichte, insbesondere ist seit dem 1. Opferrechtsreformgesetz mit § 405 StPO die bis dahin umstrittene Möglichkeit gesetzlich geregelt worden, das Verfahren mittels vollstreckbaren Prozessvergleichs zu beenden.⁴⁵ In Abweichung zum Zivilprozess kommt im Adhäsionsverfahren eine Klageabweisung nicht in Betracht, sofern das Gericht den Antrag als unzulässig oder unbegründet ansieht. Der Adhäsionskläger kann seinen Anspruch dann immer noch vor den Zivilgerichten geltend machen.⁴⁶

Größte Schwäche des deutschen Adhäsionsverfahrens ist es aber, dass der Strafrichter die Entscheidung über einen Adhäsionsantrag aus Gründen ablehnen kann, die in weitem Umfang in seinem Ermessen liegen und von denen in der Praxis auch umfangreich Gebrauch gemacht wird.⁴⁷ Zwar hat das 1. Opferrechtsreformgesetz eine Modifizierung des § 406 StPO bewirkt, jedoch ist das Absehen von einer Entscheidung immer noch möglich, „wenn sich der

³³ Ausführlich zum Adhäsionsverfahren vgl. *Werner/Ferber* (Hrsg.), Handbuch des Adhäsionsverfahrens, 2. Aufl. (2016); *Zander*, Das Adhäsionsverfahren in neuem Gewand, 2011 sowie *Dauer*, Das Adhäsionsverfahren im Rechtsvergleich, 2018.

³⁴ *Dallmeyer*, JuS 2005, 327 (328).

³⁵ Vgl. hierzu die Zahlen aus den Jahren 2002–2009 bei *Haller*, NJW 2011, 970 (971) sowie darüber hinaus unter: https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/Gerichte/Personal/Strafgerichte2100230167004.pdf?__blob=publicationFile für das Jahr 2016, andere Jahre auch abrufbar unter www.destatis.de (beides zuletzt abgerufen am 26.5.2018).

³⁶ *S. Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, 59. Aufl. (2016), § 403 Rn. 11.

³⁷ Zu diesen und weiteren Möglichkeiten vgl. *Meyer-Goßner/Schmitt*, § 403 Rn. 10; *Schöch*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmeyer*, StPO, 3. Aufl. (2018), § 403 Rn. 11.

³⁸ *Meyer-Goßner/Schmitt*, § 403 Rn. 2; *Burhoff*, Hdb. für die strafrechtliche Hauptverhandlung, 8. Aufl. (2015), A Rn. 261.

³⁹ *Schöch*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmeyer*, § 403 Rn. 6 f.; *Meyer-Goßner/Schmitt*, § 403 Rn. 7.

⁴⁰ *Dallmeyer*, JuS 2005, 327 (329).

⁴¹ Eine Einschränkung erfährt der Amtsermittlungsgrundsatz allerdings im Hinblick auf Ursachenzusammenhang zwischen Haftgrund und Schaden sowie Schadenshöhe. Hier darf das Gericht entsprechend § 287 ZPO eine Schätzung vornehmen, s. *Meyer-Goßner/Schmitt*, § 404 Rn. 11; *Schöch*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmeyer*, § 404 Rn. 10.

⁴² So *Burhoff*, A Rn. 259; *Dallmeyer*, JuS 2005, 327 (329); *Haller*, NJW 2011, 970.

⁴³ *Dallmeyer*, JuS 2005, 327 (329); *Burhoff*, A Rn. 259.

⁴⁴ *Dallmeyer*, JuS 2005, 327 (329).

⁴⁵ Hierzu *Ferber*, NJW 2004, 2562 (2565 f.).

⁴⁶ *Burhoff*, A Rn. 275.

⁴⁷ S. hierzu *Emmert*, ZRP 2018, 82 (83) und *Dallmeyer*, JuS 2005, 327 (329).

Antrag auch unter Berücksichtigung der berechtigten Belange des Antragstellers zur Erledigung im Strafverfahren nicht eignet“. Während das Gesetz hier ursprünglich beispielhaft eine Verzögerung des Verfahrens aufzählte, ist nach der Reform eine erhebliche Verzögerung notwendig. Damit ist klargestellt, dass kurzfristige Unterbrechungen ein Absehen von der Entscheidung nicht rechtfertigen können. Dagegen ist ein Absehen bei schwierigen bürgerlich-rechtlichen Rechtsfragen möglich. Prinzipiell handelt es sich bei der Entscheidung über die Geeignetheit um eine Ermessensentscheidung.⁴⁸

Es ist aber zu konstatieren, dass das Adhäsionsverfahren gerade wegen seiner Schnittstellenfunktion zwischen Straf- und Zivilverfahren die Gerichte vor große Herausforderungen stellt. Die Widerstände, diese Schnittstelle nachhaltig zu schließen, sind groß und häufig ganz praktischer, menschlicher Natur. Sie liegen nämlich zum einen an der Abneigung vieler Strafrichter gegen eine Befassung mit dem Zivilrecht, unzureichenden Zivilrechtskenntnissen und der fehlenden Berücksichtigung des Adhäsionsverfahrens in den Pensenschlüsseln.⁴⁹ Zum anderen liegen die Gründe in fehlenden Schulungs- und Fortbildungsangeboten für die Justizangehörigen, um die Möglichkeiten, die das Adhäsionsverfahren bietet, besser nutzbar zu machen.⁵⁰

b) Reformbedarf

Während sich die Koalition der 19. Legislaturperiode im Koalitionsvertrag zu Reformen in Bezug auf die staatliche Opferentschädigung bekannt hat, ist eine Reform des Adhäsionsverfahrens nicht vorgesehen. Allerdings hat der zweite deutsche Strafkammertag sich im letzten Jahr kritisch zum Adhäsionsverfahren geäußert und die Frage aufgeworfen, ob es nicht sinnvoller sei, das komplizierte Adhäsionsverfahren durch eine Vorschrift zur Bindungswirkung strafprozessualer Urteile im anschließenden Zivilprozess zu ersetzen.⁵¹ Dies mündete in folgende Forderung: „Die Tatsachenfeststellungen und der Schuldspruch im Strafverfahren sollen eine Bindungswirkung im nachfolgenden Zivilverfahren entfalten“.⁵²

Ob neben dieser Bindungswirkung auch das Adhäsionsverfahren gänzlich gestrichen werden soll, lässt sich der Dokumentation nicht entnehmen. Zwar wird auf die mangelnde Praxistauglichkeit des Adhäsionsverfahrens verwiesen, nicht aber eine komplette Aufgabe gefordert. Bereits 2016 hatte Heese herausgearbeitet, dass eine Bindungswirkung aus historischer, vergleichender, verfassungsrechtlicher sowie international-verfahrensrechtlicher Perspektive kritisch ist und hat die Vorzüge einer begrenzten Effektivierung des Adhäsionsverfahrens in den Vordergrund gestellt.⁵³

Während sich die geringe Zahl der Adhäsionsverfahren anhand der Statistiken nachprüfen und nachvollziehen lässt, ist nicht überprüfbar, wie viele Opfer ihre Ansprüche stattdessen auf dem Zivilrechtswege geltend machen. Insofern können keine Aussagen zur Häufigkeit von Zivilrechtsklagen getroffen werden.

Eine Bindungswirkung der Strafurteile für den Zivilprozess ist jedoch in jedem Fall abzulehnen. Den Vorzügen, dass der Zivilrichter sich bei festgestellter Straftat allein auf die zivilrechtlichen Folgen der Tat konzentrieren kann und so Unabwägbarkeiten für das Opfer beseitigt werden,⁵⁴ stehen Nachteile gegenüber, die aufgrund des Opferschutzes eine Bindungswirkung geradezu verbieten. Denn das Opfer kann derzeit auch bei abgelehntem Antrag auf Adhäsionsverfahren Zivilrechtsklage erheben. D.h. es erfolgt keine Schlechterstellung des Opfers, ganz im Gegenteil.

Das Adhäsionsverfahren bietet die Möglichkeit, die prozessualen Vorteile eines Strafverfahrens zu nutzen und Strafverfahren und Entschädigungsverfahren wirkungsvoll zu verbinden. Die Tatsache, dass das Adhäsionsverfahren in der Praxis kaum eine Rolle spielt, liegt weniger an den Regeln der §§ 403 ff. StPO, als vielmehr an dem Unwillen der Strafrichter, sich mit zivilrechtlichen Fragen auseinanderzusetzen und insoweit vielleicht auch am fehlenden Vertrauen der Opfer in die fachlichen Kompetenzen der Strafrechtler. Stellschraube, um dem Adhäsionsverfahren mehr praktische Relevanz zukommen zu lassen, wäre eine Modifizierung des § 406 StPO und insbesondere die – weitere – Einschränkung der Ermessensentscheidung des Strafrichters, die Ungeeignetheit eines Antrags auf Adhäsionsverfahren festzustellen.

Die Bindungswirkung des Strafurteils für das Zivilgericht, so wie der 2. Strafkammertag es fordert, ist abzulehnen. Entfaltet ein Urteil des Strafgerichts Bindungswirkung, wird dem Opfer ein Rechtsweg dann abgeschnitten, wenn ein Freispruch des Angeklagten erfolgt. Dann nämlich hätte auch der Freispruch Bindungswirkung für das Zivilgericht und das Opfer könnte seine Ansprüche nicht mehr geltend machen. Es erscheint unbillig, dem – wenn auch nur mutmaßlichem – Opfer einer Straftat hier weniger zivilrechtliche Klagemöglichkeiten zu gewähren, als dem – ebenfalls zunächst nur mutmaßlich – Verletzten einer unerlaubten Handlung, die sich nicht zugleich als Straftat darstellt.

⁴⁸ Meyer-Goßner/Schmitt, § 406 Rn. 12; Burhoff, A Rn. 275.

⁴⁹ Zu diesen und weiteren Gründen s. Dallmeyer, JuS 2005, 327 (330).

⁵⁰ Zum Ausbildungsstand der Strafjustiz s. Haller, NJW 2011, 970 (971).

⁵¹ S. Zweiter bundesweiter Strafkammertag am 26. September 2017 in Würzburg, Dokumentation, S. 58, abrufbar unter: <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2018/05/Abschluss-Dokumentation-2.-Strafkammertag-2017-in-Wuerzburg.pdf> (zuletzt abgerufen am 26.5.2018).

⁵² A.a.O., S. 59.

⁵³ Vgl. ausführlich Heese, JZ 2016, 390 ff.

⁵⁴ So und insgesamt den Vorschlag befürwortend Emmert, ZRP 2018, 82 (84).

2. China

a) Überblick der Regelungen im chinesischen Strafgesetzbuch und der Strafprozessordnung

Das im Jahr 1979 vom Nationalvölkerkongress⁵⁵ erlassene chinesische Strafgesetzbuch und die chinesische Strafprozessordnung enthalten Regelungen zur Opferentschädigung durch den Täter.

aa) Regelungen im chinesischen Strafgesetzbuch

Das chinStGB sieht im allgemeinen Teil zwei Arten von Entschädigungsrechten eines Opfers vor. Nach § 36 Abs. 1 chinStGB soll das Gericht neben einer Strafe auch einen Entschädigungsanspruch des Opfers aussprechen, sofern dem Opfer durch die Straftat ein wirtschaftlicher Schaden entstanden ist. Gemäß Abs. 2 soll der Täter das Opfer vorrangig entschädigen, wenn der entschädigungsverpflichtete Täter auch zu einer Vermögensstrafe⁵⁶ verurteilt wurde und sein Vermögen für Entschädigung und Geldstrafe nicht ausreicht. Eine Entschädigung des Opfers ist somit gesichert, sofern noch Vermögen beim Täter vorhanden ist.

§ 64 chinStGB schreibt die Pflicht der strafverfolgenden Behörde vor, die erlangten Vermögensgegenstände eines Täters zu beschlagnahmen oder die Herausgabe bzw. Entschädigung an das Opfer anzuordnen, sofern nachweisbar ist, dass das Opfer Berechtigter dieser Vermögensgegenstände ist. Die Entschädigung soll dann aber den Wert der Vermögensgegenstände nicht überschreiten. Ein darüber hinausgehender Schadensersatzanspruch steht dem Opfer nicht zu.⁵⁷

Seit Inkrafttreten des Strafgesetzbuchs 1980 sind die Paragraphen, die die Pflicht des Gerichts und der Strafverfolgungsbehörden normieren, den Täter zur Entschädigung der Vermögensgegenstände des Opfers zu verurteilen und die Vermögensgegenstände herauszugeben bzw. deren Wert zu versetzen, nicht geändert worden.

bb) Regelungen in der chinesischen Strafprozessordnung und ihrer Durchführungsverordnung

Nach der Strafprozessordnung steht einem Opfer das Recht zu, im Wege eines Adhäsionsverfahrens gem. §§ 99 ff. chinStPO, Schadensersatz- und Herausgabeansprüche wegen Entziehung eines Vermögensgegenstandes oder Wertersatzanspruch wegen Unmöglichkeit eines Herausgabeanspruchs nach § 234 Abs. 1 chinStPO i.V.m. § 64 chinStGB geltend zu machen. Dabei regeln die §§ 99 ff. chinStPO nicht nur, in welchen Fällen das Adhäsionsverfahren zulässig ist, sondern auch, welche Schäden eines Opfers ersetzt werden können. Nach chinesischem

Recht steht dem Opfer einer Straftat grundsätzlich kein separater Zivilrechtsweg für seine Schadensersatzforderung zu, so dass eine Geltendmachung nur über das Adhäsionsverfahren in Betracht kommt. Folglich spielt das Adhäsionsverfahren in China für die Opferentschädigung eine ganz entscheidende Rolle.

Im Gegensatz zu den unverändert fortbestehenden Regelungen im Strafgesetzbuch, sind die einschlägigen Rechtsvorschriften in der Strafprozessordnung zweimal durch den Nationalen Volkskongress geändert worden. In den Fassungen von 1979 und 1996 gab es nur zwei Rechtsvorschriften in der Strafprozessordnung, die die Fälle festlegten, in denen ein Adhäsionsverfahren zulässig ist und in welchen Fällen das Gericht von einer gleichzeitigen Entscheidung der Straf- und Zivilsache absehen kann. Letzteres ist der Fall, wenn das Strafverfahren durch gleichzeitig durchgeführtes Adhäsionsverfahren erheblich verzögert würde. Wird diese erhebliche Verzögerung festgestellt, so darf nach Abschluss des Strafverfahrens ausschließlich das Gericht der Strafsache die Zivilsache entscheiden.

Vor der letzten Änderung der Strafprozessordnung war allein das Opfer Antragsberechtigter eines Adhäsionsverfahrens.⁵⁸ Das Gesetz bestimmte auch nicht eindeutig, in welchem Umfang bei erfolgreichem Adhäsionsverfahren eine Schadensersatz gewährt werden sollte. Zudem war die Entschädigung des Opfers auf materielle Schäden beschränkt und Vermögensarrest und Beschlagnahme zur Sicherung des Schadensersatzes waren lediglich im Hauptverfahren durch das zuständige Gericht möglich. Dies führte dazu, dass die Vollstreckung des zivilrechtlichen Urteils ins Leere lief. Wegen dieser lückenhaften Regelung machte das Adhäsionsverfahren in der praktischen Umsetzung wenig Sinn.

Daher erließ das chinesische oberste Volksgericht eine Durchführungsverordnung der Strafprozessordnung und anderer Gerichtsvorschriften, um die Ansprüche aus dem Adhäsionsverfahren auch wirksam durchsetzen zu können und so die Regelungen des Adhäsionsverfahrens zu vervollständigen.⁵⁹

Nach heftiger Diskussion wurde die Strafprozessordnung im Jahr 2012 durch den Nationalen Volkskongress geändert und neben anderen Bestimmungen auch drei neue Rechtsvorschriften für das Adhäsionsverfahren geschaffen. Erstens ist nicht mehr nur das Opfer Antragsberechtigter des Adhäsionsverfahrens, sondern auch sein gesetzlicher Vertreter und Familienangehöriger, falls das Opfer verstorben oder prozessunfähig ist. Zweitens kann das Opfer eine Vermögenssicherstellung des Täters bereits im

⁵⁵ Am 1.7.1979 durch die 2. Sitzung des 5. Nationalvölkerkongresses sind das chinStGB und chinStPO erlassen worden. Sie traten am 1.1.1980 in Kraft.

⁵⁶ Unter Vermögensstrafe versteht man in China eine Geldstrafe in bestimmter Summe oder eine Geldstrafe auf das ganze Vermögen einer bestimmten Person.

⁵⁷ Das chinesische Oberste Volksgericht erließ im Dezember 2000 die Gerichtsvorschrift der Zulässigkeit von Schadensersatzansprüchen im Adhäsionsverfahren (GVZStA). Sie wurde vom Obersten Volksgericht am 19.1.2015 für nicht mehr anwendbar erklärt.

⁵⁸ Die Staatsanwaltschaft konnte lediglich dann im Namen des Staates ein Adhäsionsverfahren beantragen, wenn die Straftat zu einem materiellen Schaden des chinesischen Staates geführt hat.

⁵⁹ Das chinesische Oberste Volksgericht erließ nach § 104 Abs. 1 des chinesischen Gesetzgebungsgesetzes (CGGG) die Durchführungsverordnung der StPO, die für alle Gerichte in Strafsachen und quasi für alle Strafverfolgungsbehörden gilt.

Ermittlungsverfahren beim zuständigen Gericht beantragen. Drittens kann das Volksgericht einen Vergleich im Adhäsionsverfahren vorschlagen. Wenn Opfer und Täter mit dem Vergleichsvorschlag einverstanden sind, kommt der Vergleich zustande. Das Gericht kann den Täter auch zum Ersatz des materiellen Schadens des Opfers verurteilen.

Nach Änderung der Strafprozessordnung im Jahr 2012 erließ das chinesische Oberste Volksgericht im Dezember desselben Jahres die Durchführungsverordnung zur neuen Strafprozessordnung (chinDVN-StPO), die zum 1.1.2013 in Kraft getreten ist. Die Durchführungsverordnung wurde zur Ergänzung und Erläuterung der Anwendung der Rechtsvorschriften der Strafprozessordnung für alle Volksgerichte erlassen, um eine einheitliche Anwendung der Strafprozessordnung zu erreichen. Sie hat in der Praxis eine große Bedeutung. Die §§ 138-164 chinDVN-StPO regeln das Adhäsionsverfahren. Nach § 138 chinDVN-StPO lässt das zuständige Gericht nur für solche Straftaten ein Adhäsionsverfahren zu, in denen das Opfer in seinem Recht auf körperliche Unversehrtheit verletzt oder Vermögensgegenstände durch die Tathandlung zerstört oder beschädigt sind und dadurch ein materieller Schaden entstanden ist. Ein Antrag auf immateriellen Schadensersatz ist gem. § 138 Abs. 2 chinDVN-StPO im Adhäsionsverfahren nicht zulässig.

Die Geltendmachung eines aus einer Straftat erwachsenden vermögensrechtlichen Anspruchs des Opfers außerhalb des Adhäsionsverfahrens kommt in zwei Fällen in Betracht. Zum einen, wenn bei Durchführung des Adhäsionsverfahrens die Gefahr einer erheblichen Verzögerung des Strafverfahrens besteht. Zum anderen, wenn der Antragsberechtigte im Strafverfahren kein Adhäsionsverfahren beantragt hat. In beiden Fällen gelten dann die oben genannten Zulässigkeitsgrundsätze auch für die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs vor den Zivilgerichten. Dann ist auch der Zivilrechtsklageweg eröffnet, allerdings ist das Zivilgericht an die Entscheidungen des Strafgerichts gebunden. Ein separates Zivilverfahren für einen aus derselben Straftat erwachsenden vermögensrechtlichen Anspruch in den übrigen Fällen kennt das chinesische Recht nicht.

Weiterhin regelt § 155 chinDVN-StPO, was unter einem materiellen Schaden zu verstehen ist. Zudem wird in den §§ 155 ff. chin DVN-StPO auch geregelt, welche Wirkung die Entschädigung des Opfers auf die Strafzumessung des Täters hat. Geregelt ist weiterhin das Sicherstellungsverfahren bzgl. des Vermögens des Täters um die Entschädigungsrechte des Opfers zu realisieren. § 162 chinDVN-StPO legt fest, dass das Adhäsionsverfahren mit keinen

Kosten des Opfers verbunden ist, also keine Gerichtskosten für das Opfer anfallen.

cc) Zusammenfassung

Entschädigung ist eines der wichtigsten und wirkungsvollsten Mittel des Opferschutzes, um das zerstörte Rechtsverhältnis zwischen Täter und Opfer wieder gut zu machen. Im chinesischen Recht gibt es aus zwei Gründen Besonderheiten. Erstens gibt es in China kein Opferentschädigungsgesetz und das Opfer bekommt ausschließlich vom Täter oder seinen Familienangehörigen Entschädigung, sofern nicht ein Ausnahmefall staatlicher Hilfeleistung – s. Gliederungspunkt I.2. – vorliegt. Zweitens kann ein Opfer seinen aus der Straftat erwachsenden vermögensrechtlichen Anspruch im Prinzip nur im Wege des Adhäsionsverfahrens geltend machen. Somit hängt das Entschädigungsrecht des Opfers vom Adhäsionsverfahren ab.

Zwar regelt § 36 Abs. 1 chinStGB, dass wirtschaftliche Schäden eines Opfers zu entschädigen sind, diese Vorschrift ist aber keine Anspruchsgrundlage. Sie erkennt nur zivilrechtliche Ansprüche des Opfers an, die dann noch in der Strafprozessordnung und einschlägigen Gerichtsvorschriften umgesetzt werden müssen. Ob das Adhäsionsverfahren die Entschädigungsrechte des Opfers entsprechend schützen kann, ist sowohl in der Theorie als auch in der Praxis sehr umstritten.

b) Probleme und Verbesserungsmöglichkeiten

Die Änderungen der chinesischen Strafprozessordnung und das Inkrafttreten der Durchführungsverordnung sollten das Adhäsionsverfahren als wichtigstes Mittel der Opferentschädigung entscheidend verbessern. Um die Wirksamkeit zu überprüfen, wurde eine Studie vom Obersten Volksgericht der Stadt Ma'anshan im Auftrag des chinesischen Obersten Volksgerichts über die rechtliche und praktische Bedeutung des Adhäsionsverfahrens durchgeführt.⁶⁰ Die Studie sowie nach der Studie veröffentlichte Daten zeigen die Zahl der gesamten in erster Instanz verurteilten Straftäter sowie die Zahl der durchgeführten Adhäsionsverfahren.⁶¹

Jahr	2013	2014	2015	2016	2017
Straftat	954.086	1.023.013	1.094.090	880.241	906.108
Adhäsionsverfahren	52.071	45.556	38.398	22.476	20.811
Quote	5.46%	4.45%	3.51%	2.55%	2.30%

Tabelle 1: in erster Instanz verurteilte Straftäter und Adhäsionsverfahren

⁶⁰ Die Ergebnisse sind am 10.9.2015 in der Tageszeitung des Volksgerichts, S. 8, bekannt gegeben worden.

⁶¹ Die Zahlen aus dem Jahr 2016 und 2017 sind der Webseite <http://wenshu.court.gov.cn> entnommen (zuletzt abgerufen am 26.5.2018). Nach der Anordnung vom Obersten Volksgericht soll jedes Gericht all seine Urteile auf dieser Webseite veröffentlichen. Allerdings muss ein Gericht seine Urteile nicht in jedem Fall veröffentlichen, so dass die Zahlen geringer sind, als die tatsächlich abgeurteilten Straftaten. Die Tabelle 1 zeigt die in erster Instanz verurteilten Straftäter und die im Zusammenhang mit den Straftaten geführte Adhäsionsverfahren.

Während die in erster Instanz verurteilten Straftäter von 2013–2015 kontinuierlich zunehmen und dann nach einem Abfall im Jahr 2016 im Jahr 2017⁶² auch wieder leicht ansteigen, sind die mit einem Adhäsionsverfahren verbundenen Strafverfahren mit einer stark rückläufigen Quote im einstelligen Prozentbereich. Bedenkt man, dass das Adhäsionsverfahren in China praktisch die einzige Möglichkeit des Opfers ist, eine Entschädigung zu erhalten, sind diese Zahlen ernüchternd.

Da aufgrund des steigenden Anstiegs von verurteilten Straftätern auch von steigenden Opferzahlen auszugehen ist, ist aufgrund der geringen Fallzahlen von Adhäsionsverfahren zu vermuten, dass entweder das Gericht einen Antrag des Opfers auf Adhäsionsverfahren nicht zulässt oder er aus sonstigen Gründen sein Recht auf Opferentschädigung nicht geltend macht. In der Praxis verurteilen die Gerichte auch nicht einheitlich in Bezug auf die Opferentschädigung.⁶³ Teilweise verurteilen die Gerichte auch nach der Leistungsfähigkeit des Täters zur Opferentschädigung.⁶⁴ Andererseits müssen der Täter oder seine Familienangehörigen nur dann Entschädigungszahlungen leisten, wenn das Gericht eine milde Strafe für den Täter ausgesprochen hat.⁶⁵ Diese uneinheitliche Entscheidungspraxis der Gerichte wird von den Opfern und anderen Antragsberechtigten kritisiert. Es sei nicht einzusehen, warum das Adhäsionsverfahren auf bestimmte Straftaten und materielle Schäden beschränkt sei. Zudem ergäbe sich durch die unterschiedliche Spruchpraxis eine Diskriminierung und Ungleichbehandlung der Opfer je nach Gerichtsort und Spruchkörper.

Doch worin liegen die Probleme der Opferentschädigung begründet? Während § 36 Abs. 1 chinStGB von wirtschaftlichen Schäden des Opfers spricht, die gleichzeitig mit dem Strafurteil beglichen werden sollen, beschränkt § 99 chinStPO den Schadensersatzanspruch im Adhäsionsverfahren auf materielle Schäden. Nun gibt es einen Unterschied zwischen wirtschaftlichen und materiellen Schäden. Wirtschaftliche Schäden kann man als eine Art Oberbegriff von materiellen Schäden begreifen, so dass das Verfahrensrecht den Schadensersatzanspruch zwangsläufig einschränkt, indem es nur materielle Schäden betrifft.

Zudem kennen sowohl § 36 Abs. 1 chinStGB als auch § 99 chinStPO keine Beschränkung auf bestimmte Straftaten, wohingegen die chinDVN-StPO das Gericht nur dazu ermächtigt, ein Adhäsionsverfahren auf Antrag zuzulassen, sofern es sich bei der Straftat um Körperverletzung bzw. Gesundheitsbeeinträchtigung oder die Beschädigung oder Zerstörung eines Vermögensgegenstandes handelt und dadurch der materielle Schaden des Opfers verursacht wurde. D.h. auch die chinDVN-StPO beschränkt das Entschädigungsrecht des Opfers wieder. Die chinDVN-StPO hat allerdings ebenso wie die chinStPO mehr Bedeutung in der Praxis als das materielle Strafbuch.

Andere Gründe der uneinheitlichen Entscheidungspraxis der verschiedenen Volksgerichte sind, dass im Gegensatz zum Adhäsionsverfahren das Zivilgesetz⁶⁶ und der Beschluss für die Entschädigung einer Körperverletzung bzw. Gesundheitsbeeinträchtigung vom obersten Volksgericht⁶⁷ einen immateriellen Schaden eines Verletzten in der Zivilsache anerkennen. Daher wurden im Zeitraum zwischen Mai 2004 und November 2006 auch im Adhäsionsverfahren dem Opfer immaterielle Schäden zugesprochen. Danach änderte das oberste Volksgericht aufgrund seiner Beschlüsse und später durch Inkrafttreten der Durchführungsverordnung und der einschlägigen Gesetze seine Spruchpraxis⁶⁸ und erkannte immaterielle Schäden nicht mehr an. Argumentiert wurde zum einen damit, dass es eine doppelte „Bestrafung“ des Täters sei, wenn er neben seiner Strafe noch die Schadensersatzforderung des Opfers erfüllen müsse.⁶⁹ Nach der chinesischen Rechtskultur gelte das Prinzip „entweder eine Strafe oder Schadensersatz“.⁷⁰ Zum anderen, würde dann, wenn das Gericht auch zum Ersatz der immateriellen Schäden des Opfers verurteilen würde, dass Urteil faktisch „ins Leere laufen“ und das Opfer wahrscheinlich keine Entschädigung bekommen. Daher sei es besser, wenn das Gericht dem Opfer nur einen beschränkten materiellen Schaden zuspräche und dieser dann auch erfüllbar sei.⁷¹ Darüber hinaus sei ein Schadensersatz nach den Zivilgesetzen nur dann zu erstatten, sofern dieser explizit auch in den gesetzlichen Regelungen der chinStPO und chinDVN-StPO vorgegeben sei.

Gegen die Ansicht des Obersten Volksgerichts spricht die Tatsache, dass eine Entschädigung keine Strafe ist und die gleiche Bedeutung hat wie eine Haftung aus unerlaubter

⁶² Die Zahlen aus den Jahren 2016 und 2017 sind allerdings auf der Entscheidungssammlung der Webseite auch noch nicht vollständig, so dass von einem stetigen Anstieg von 2013 bis 2017 auszugehen ist.

⁶³ Wenn man sich die veröffentlichten Urteile auf der Webseite ansieht, so werden in ca. 1% der Adhäsionsverfahren den Opfern von den Volksgerichten sogar immaterielle Schäden ersetzt, was in § 99 chinStPO überhaupt nicht vorgesehen ist. Die Gerichte sprechen den Opfern einen solchen Schadensersatz nach den Haftungsgesetzen der unerlaubten Handlung zu.

⁶⁴ *Huapu Sun*, Richter des Obersten Volksgerichts, Rechtfertigung des Adhäsionsverfahrens, *Journal of Law Application* 2017, Bd. 9, S. 9.

⁶⁵ *Feng Zhang*, Studien des Vermögensschutzes des Opfers, *Law Science*, 2012, Bd. 8, S. 155.

⁶⁶ Dies bezieht sich in diesem Kontext auf das Haftungsgesetz für unerlaubte Handlungen, die Zivilprozessordnung usw.

⁶⁷ Das ergibt sich aus einem Beschluss des Obersten Volksgerichts über anzuwendende Gesetze für Körperverletzung und Gesundheitsbeeinträchtigung nach der chinesischen Zivilprozessordnung, Grundsatz des Bürgerlichen Gesetzes usw. vom 4.12.2003. An den Beschluss waren alle Volksgerichte gebunden, er trat am 1.5.2004 in Kraft.

⁶⁸ Vgl. hierzu *Yuan Tian*, Entschädigungsprobleme für immaterielle Schäden im Adhäsionsverfahren, *Legalforum* 2017, Bd. 2, S. 121.

⁶⁹ *Yunteng Hu*, Richter des Obersten Volksgerichts, Anwendung und Erläuterung zur neuen Strafprozessordnung, *Law Press China* 2013, S. 119 ff.

⁷⁰ *Weibo Liu*, Anwendung und Erläuterung zur Änderung des Adhäsionsverfahrens, *Journal of Law Application* 2013, Bd. 7, S. 68.

⁷¹ *Huapu Sun*, Richter des Obersten Volksgerichts, Rechtfertigung des Adhäsionsverfahrens, *Journal of Law Application* 2017, Bd. 9, S. 10; *Weibo Liu*, Anwendung und Erläuterung zur Änderung des Adhäsionsverfahrens, *Journal of Law Application* 2013, Bd. 7, S. 63.

Handlung. Der Schädiger ist verpflichtet, dem Geschädigten durch Naturalrestitution oder Schadensersatz seinen Schaden wiedergutzumachen. Der Schädiger ist dann zum Täter geworden, wenn seine Handlung und/oder die verursachte Folge strafbar ist. Der staatliche Strafanspruch bezieht sich nur auf die vom Strafgesetz geschützten Rechtsgüter des Opfers. Die Entschädigung bezieht sich demgegenüber auf die Wiedergutmachung des Rechtsverhältnisses zwischen Opfer und Täter. Daher ist die Entschädigung keine Strafe. Ist ein Geschädigter nicht durch eine Straftat verletzt worden, so ist er demzufolge besser gestellt, als wenn er Opfer einer Straftat geworden wäre. Denn im ersten Fall hat er Anspruch auf Ersatz der materiellen und immateriellen Schäden, im zweiten Fall – also bei schwerwiegender, strafwürdiger Rechtsgutsverletzung – hat er lediglich Anspruch auf den materiellen Schaden. Das ist gegen den Sinn und Zweck des Gesetzes. Denn seit Inkrafttreten des § 36 Abs. 1 chinStGB soll das Gericht neben der Strafe eine Entschädigung für das Opfer aussprechen. Somit hat das Opfer einen unbeschränkten Schadensersatzanspruch nach dem Zivilrecht. Außerdem ist die Behauptung, eine Erfüllung des materiellen Schadensersatzanspruchs sei bei zusätzlicher Verurteilung zum Ersatz der immateriellen Schäden schlechter möglich, empirisch nicht belegt. Eine entsprechende Studie gibt es nicht. Darüber hinaus steht bei der Verurteilung noch überhaupt nicht fest, ob ein Urteil ins Leer läuft, dies kann erst bei der Vollziehung bzw. Vollstreckung nachweisbar sein.⁷²

Die gesetzlichen Kollisionen sind die Hauptgründe der uneinheitlichen Opferentschädigung in China. Um eine ausgewogene, verfassungsgemäße Opferentschädigung zu erreichen, muss eine verfassungskonforme Rechtsgrundlage geschaffen werden, die das Adhäsionsverfahren mit dem zivilrechtlichen Entschädigungskatalog verknüpft und dem Opfer alle ihm zustehenden Rechte ohne Einschränkungen zukommen lässt.

Ein weiteres Problem ist darin zu sehen, das Opferentschädigung und Strafzumessung des Täters sich gegenseitig bedingen. Theoretisch könnten Strafe und Entschädigung unabhängig voneinander sein, da der Staat die Strafe ausspricht und das Opfer die Entschädigung verlangt. Wenn der Täter aber das Opfer entschädigt, wird das zerstörte Rechtsverhältnis wiedergutmacht und zudem die Vorwerfbarkeit auf der einen Seite indiziert, auf der anderen Seite aber durch die Wiedergutmachung gemildert. Daher soll die Entschädigung nach chinesischem Recht auch auf die Strafe des Täters Einfluss nehmen und eine Strafmilderung herbeiführen. Kann der Täter aber den Schadensersatzanspruch des Opfers nicht erfüllen, so wird der Täter nicht härter als üblich bestraft, so dass die Entschädigungsfähigkeit des Täters keinen Einfluss auf die Strafe hat. In der Literatur wird daher die Auffassung vertreten, dass § 101 chinStPO und § 155 Abs. 1 chinDVN-StPO so zu verstehen sind, dass das Gericht bei Festlegung des Strafmaßes die Entschädigungsfähigkeit des Täters zu berücksichtigen hat.⁷³ Dies führt aber zu einer ungleichen Bestrafung der gleichen Tat allein aufgrund der

unterschiedlichen Leistungsfähigkeit des Täters. Ob und wie der Täter seiner Pflicht zum Schadensersatz nachkommt, kann sich aber nur nach zivilrechtlichen Gesichtspunkten lösen lassen.

c) Zusammenfassung und Ausblick

Intention des Obersten Volksgerichts war es, durch Erlass der chinDVN-StPO ein einheitliches Adhäsionsverfahren zu schaffen und durch Einschränkung des vermögensrechtlichen Anspruchs den Urteilspruch und die Entschädigung des Opfers nicht ins Leere laufen zu lassen. Die Umsetzung stößt aber nicht nur auf verfassungsrechtliche Bedenken, sondern bringt auch Probleme in der Strafzumessung mit sich und führt zu Ungleichbehandlungen der Täter. Für das Opfer führen Kollisionen der unterschiedlichen Rechtsgebiete ebenfalls zu nicht hinnehmbaren Ungleichbehandlungen alleine danach, ob eine deliktische Handlung zugleich Strafgesetze verletzt oder nicht. Daher sollte das Gericht einem Opfer dessen in einer Strafsache erwachsenden vermögensrechtlichen Anspruch nicht nur nach den in der chinStPO und chinDVN-StPO Rechtsgrundlagen zusprechen, sondern weitreichender und umfassender nach dem geltenden Zivilrecht.

Insofern lässt sich festhalten, dass die neuen Gesetzesänderungen die Opferentschädigung im Adhäsionsverfahren verbessert haben und den Grundstein für deren Weiterentwicklung legen. Eine Weiterentwicklung sollte in zwei Schritten erfolgen. Als erstes müssen verfassungskonforme Rechtsvorschriften den vermögensrechtlichen Anspruch eines Opfers und das Verhältnis zwischen Entschädigung auf der einen und Strafzumessung auf der anderen Seite eindeutig klären und einheitlich festlegen. In einem zweiten Schritt ist die Frage der Durchsetzung des Schadenersatzes gegen den Täter besser zu regeln. Darüber hinaus darf nicht vergessen werden, dass der Opferschutz und das Entschädigungsrecht des Opfers zwar wichtig sind, jedoch nicht das einzige Ziel eines Strafverfahrens darstellen. Daneben sind auch die Rechte des Täters, seine Resozialisierung und der staatliche Strafanspruch zu sichern.

3. Zwischenfazit

Sowohl China als auch Deutschland haben Regelungen zum Adhäsionsverfahren. In beiden Ländern erweist sich das Adhäsionsverfahren als wenig wirkungsvoll. Dies ist in China den unterschiedlichen Regelungswerken geschuldet, die nicht harmonisieren oder verfassungsrechtlich fragwürdig Schadensersatz in ganz unterschiedlichem Umfang gewähren, je nachdem, ob der Verletzte zugleich Opfer einer Straftat ist oder eben nicht. Dieser Wertungswiderspruch ist durch eine Neuregelung aufzulösen.

In Deutschland dagegen richtet sich der Schadensersatzanspruch im Adhäsionsverfahren ganz überwiegend nach den zivilrechtlichen Regelungen. Im Gegensatz zu China wird auch Schmerzensgeld gewährt. In Deutschland krankt die praktische Bedeutung des Adhäsionsverfahrens

⁷² Chuanyong Niu, Probleme des Adhäsionsverfahrens, Theory Journal 2014, Bd. 7, S. 111.

⁷³ Huapu Sun, Journal of Law Application 2017, Bd. 9, S. 10.

an der Ermessensentscheidung des Gerichts bei fehlender Eignung. Hier sind Schulungen geboten, um den Richter nicht wegen mangelnder Zivilrechtskenntnis von vornherein in seiner Ermessensentscheidung negativ zu beeinflussen.

III. Ausblick

Bei allen Unterschieden kennt sowohl das chinesische als auch das deutsche Recht staatliche Opferentschädigung und eine Entschädigung des Opfers durch den Täter im Rahmen eines Adhäsionsverfahrens. Deutschland hat ein eigenes Gesetz zur staatlichen Opferentschädigung, das lediglich im Hinblick auf die Gefährdungen durch den Terrorismus und die Aufnahme auch psychischer Gewalt als ausreichender Anknüpfungspunkt für eine staatliche Entschädigungsleistung modifiziert werden muss. China dagegen benötigt eine umfassende Reform und Entwicklung eines eigenständigen Rechts staatlicher Opferentschädigung. Insbesondere ist unzureichend, dass nur vermögenslose Opfer staatliche Hilfsleistungen in Anspruch nehmen können.

Das Adhäsionsverfahren ist in beiden Ländern – wenn auch unterschiedlich – geregelt. Hier ist in China vor allem eine Ausweitung des Umfangs der Schadensersatzansprüche im Adhäsionsverfahren zu fordern und eine Angleichung zum Zivilprozess vorzunehmen. Insofern ist wünschenswert, dass, genau wie in Deutschland, auch die Geltendmachung von Schmerzensgeldforderungen im Adhäsionsverfahren möglich wird. Während in China bei Freispruch des Täters eine zivilrechtliche Klage des – mutmaßlichen – Opfers ausgeschlossen ist, ist dies in Deutschland derzeit aufgrund der fehlenden Bindungswirkung des strafrechtlichen Urteils für das Zivilgericht unproblematisch möglich. Hier wie vom zweiten Strafkammertag gefordert eine Bindungswirkung einzuführen, beschneidet die Rechte des wenn auch mutmaßlichen Opfers einer Straftat gegenüber dem – ebenfalls mit Prozessbeginn nur mutmaßlichen – Verletzten einer unerlaubten Handlung. Dies würde einen Rückschritt in Deutschland bedeuten, während die Überlegungen in China gerade dahin gehen, den Zivilrechtsweg auch für das Opfer von Straftaten zu stärken.

ENTSCHEIDUNGEN / ANMERKUNGEN

Erlaubnis zum Erwerb einer tödlichen Dosis Natrium-Pentobarbital zur Selbsttötung

BVerwG, Urt. v. 2.3.2017 – 3 C 19/15

Leitsätze:

1. Der Erwerb eines Betäubungsmittels zum Zweck der Selbsttötung ist grundsätzlich nicht erlaubnisfähig.

2. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG umfasst auch das Recht eines schwer und unheilbar kranken Menschen, zu entscheiden, wie und zu welchem Zeitpunkt sein Leben enden soll, vorausgesetzt, er kann seinen Willen frei bilden und entsprechend handeln.

3. Im Hinblick auf dieses Grundrecht ist § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG dahin auszulegen, dass der Erwerb eines Betäubungsmittels für eine Selbsttötung mit dem Zweck des Gesetzes ausnahmsweise vereinbar ist, wenn sich der suizidwillige Erwerber wegen einer schweren und unheilbaren Erkrankung in einer extremen Notlage befindet.

4. Eine extreme Notlage ist gegeben, wenn - erstens - die schwere und unheilbare Erkrankung mit gravierenden körperlichen Leiden, insbesondere starken Schmerzen verbunden ist, die bei dem Betroffenen zu einem unerträglichen Leidensdruck führen und nicht ausreichend gelindert werden können, - zweitens - der Betroffene entscheidungsfähig ist und sich frei und ernsthaft entschieden hat, sein Leben beenden zu wollen und ihm - drittens - eine andere zumutbare Möglichkeit zur Verwirklichung des Sterbewunsches nicht zur Verfügung steht.

Gründe:

- 1 I. Der Kläger begehrt im Wege der Restitutionsklage die Feststellung, dass das Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (im Folgenden: BfArM) verpflichtet war, seiner mittlerweile verstorbenen Ehefrau den Erwerb von 15 g Natrium-Pentobarbital zur Selbsttötung zu erlauben.
- 2 Die Ehefrau des Klägers (im Folgenden: Frau K.) litt seit April 2002 infolge eines Unfalls an einer hochgradigen, fast kompletten sensomotorischen Querschnittslähmung. Sie war vom Hals abwärts gelähmt, musste künstlich beatmet werden und war auf ständige medizinische Betreuung und Pflege angewiesen. Häufige Krampfanfälle verursachten starke Schmerzen. Nach ärztlicher Einschätzung bestand keine Aussicht auf Besserung ihres Zustandes. Wegen dieser von ihr als unerträglich und entwürdigend empfundenen Leidenssituation hatte Frau K. den Wunsch, ihr Leben zu beenden. Mit Schreiben vom 12.11.2004 beantragte sie beim BfArM, ihr zum Zweck der Durchführung eines begleiteten Suizids den Erwerb

von 15 g Natrium-Pentobarbital zu erlauben. Zur Begründung führte sie aus, sie habe ihren Sterbewunsch mit dem Kläger, der gemeinsamen Tochter, den behandelnden Ärzten, einem Psychologen, dem Pflegepersonal und einem Geistlichen besprochen; diese respektierten ihre Entscheidung. Eine risikolose und schmerzfreie Selbsttötung sei für sie nur mit dem beantragten Mittel möglich. Pentobarbital gehöre nach dem Betäubungsmittelgesetz (BtMG) zu den verkehrs- und verschreibungsfähigen Betäubungsmitteln. Jedoch dürften Ärzte nach dem geltenden Arzt- und Standesrecht keine letale Dosis verschreiben. Zudem sei unsicher, wie die Unterstützung einer frei verantwortlichen Selbsttötung strafrechtlich bewertet würde. In der Schweiz sei die von ihr angestrebte Selbsttötung mit Natrium-Pentobarbital möglich. Allerdings stelle die Reise wegen der damit verbundenen Belastungen keine zumutbare Alternative dar.

- 3 Mit Bescheid vom 16.12.2004 lehnte das BfArM den Antrag ab. Die begehrte Erlaubnis sei nach § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG zu versagen, weil der Erwerb eines Betäubungsmittels zur Selbsttötung mit dem Zweck des Gesetzes, die notwendige medizinische Versorgung der Bevölkerung sicherzustellen, nicht zu vereinbaren sei. Mit medizinischer Versorgung im Sinne dieser Vorschrift seien ausschließlich lebenserhaltende oder -fördernde Verwendungszwecke gemeint. Mit Widerspruchsbescheid vom 3.3.2005 wies das BfArM den Widerspruch von Frau K. als unbegründet und den Widerspruch des Klägers als unzulässig zurück. Wenige Tage vor Erlass des Widerspruchsbescheides war Frau K. in Begleitung des Klägers und ihrer Tochter in die Schweiz gereist und hatte sich mit Unterstützung eines Vereins für Sterbehilfe selbst getötet.
- 4 Die Klage auf Feststellung, dass der Bescheid vom 16.12.2004 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 3.3.2005 rechtswidrig und die Beklagte zur Erlaubniserteilung verpflichtet gewesen ist, hat das Verwaltungsgericht mit Urteil vom 21.2.2006 – 7 K 2040/05 – (FamRZ 2006, 1673) als unzulässig abgewiesen. Der Kläger sei nicht klagebefugt. Er könne weder geltend machen, in seinen Rechten aus Art. 6 Abs. 1 GG verletzt zu sein, noch erscheine eine Verletzung seines Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens nach Art. 8 EMRK möglich. Durch die Erlaubnisversagung könnten allein Rechte der Ehefrau betroffen gewesen sein. Den gegen dieses Urteil gerichteten Antrag auf Zulassung der Berufung hat das OVG mit Beschluss vom 22.6.2007 – 13 A 1504/06 – (NJW 2007, 3016) zurückgewiesen. Das VG habe eine Klagebefugnis zutreffend verneint. Die Verfas-

sungsbeschwerde des Klägers hat das *BVerfG* mit Beschluss vom 4.11.2008 – 1 BvR 1832/07 – (NJW 2009, 979) nicht zur Entscheidung angenommen.

- 5 Der daraufhin vom Kläger angerufene *EGMR* hat mit Urteil vom 19.7.2012 – Nr. 497/09, Koch/Deutschland – (NJW 2013, 2953) entschieden, dass der Kläger durch die Weigerung der nationalen Gerichte, die Begründetheit seiner Klage zu prüfen, in seinem Recht auf Achtung des Privatlebens nach Art. 8 Abs. 1 EMRK verletzt worden ist. Das Urteil ist seit 17.12.2012 rechtskräftig.
- 6 Am 15.1.2013 hat der Kläger beim *VG* die Wiederaufnahme des Klageverfahrens beantragt und sein Feststellungsbegehren weiterverfolgt. Das *VG* hat mit Urteil vom 13.5.2014 sein Urteil vom 21.2.2006 aufgehoben und die Klage abgewiesen (*wird ausgeführt*).
- 7 Die Berufung des Klägers hat das *OVG* mit Urteil vom 19.8.2015 zurückgewiesen (*wird ausgeführt*).
- 8 Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Feststellungsbegehren weiter. Zur Begründung macht er im Wesentlichen geltend: Das *OVG* habe § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG falsch ausgelegt (*wird ausgeführt*).
- 9 Die Beklagte verteidigt die Entscheidungen der Vorinstanzen.
- 10 II. Die zulässige Revision ist teilweise begründet. Der Kläger hat einen Anspruch auf Feststellung, dass der Bescheid des BfArM vom 16.12.2004 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 3.3.2005 rechtswidrig gewesen ist. Insoweit beruht das angefochtene Urteil auf einer Verletzung von § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG und Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG (§ 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO). Die weitergehende Revision bleibt ohne Erfolg. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Feststellung, dass das BfArM zur Erlaubniserteilung verpflichtet gewesen ist.
- 11 1. Das *OVG* ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Voraussetzungen für eine Wiederaufnahme des Klageverfahrens vorliegen. Die Restitutionsklage ist nach § 153 Abs. 1 VwGO i.V.m. § 580 Nr. 8 ZPO zulässig und begründet. Das Urteil des *VG* v. 21.2.2006 – 7 K 2040/05 – war deshalb aufzuheben (vgl. § 590 Abs. 1 ZPO; *Rennert*, in: Eyermann, VwGO, 14. Aufl. [2014], § 153 Rn. 17).
- 12 2. Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist statthaft (§ 113 Abs. 1 S. 4 VwGO analog) und auch im Übrigen als zulässig anzusehen. Die Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO) sowie das notwendige Feststellungsinteresse (§ 113 Abs. 1 S. 4 VwGO) sind aufgrund der Entscheidung des *EGMR* vom 19.7.2012 zu bejahen. Danach kann der Kläger geltend machen, durch die Weigerung des BfArM, seiner verstorbenen Frau die beantragte Erlaubnis zu erteilen, in eigenen Rechten (Art. 8 Abs. 1 EMRK) verletzt worden zu sein. Er hat auch ein berechtigtes Interesse an der gerichtlichen Überprüfung der Rechtmäßigkeit der behördlichen Versagungsentscheidung (vgl. *EGMR*, Urt. v. 19.7.2012 – Nr. 497/09, Koch/Deutschland – NJW 2013, 2953 Rn. 45 ff.).
- 13 3. Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt ist bei einer Fortsetzungsfeststellungsklage, der ein Verpflichtungsbegehren zugrunde liegt, der Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses (*BVerwG*, Beschl. v. 7.5.1996 – 4 B 55.96 – Buchholz 310 § 113 VwGO Nr. 286 S. 21 f.; Urt. v. 21.12.2010 – 7 C 23.09 – Buchholz 406.253 § 20 ZuG 2007 Nr. 1. Rn. 53). Danach ist hier auf die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt des Todes von Frau K. am 12.2.2005 abzustellen. Soweit der Kläger die Feststellung begehrt, dass die ablehnenden Bescheide des BfArM rechtswidrig gewesen sind, ist auf die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt des Bescheiderlasses abzuheben (vgl. *BVerwGE* 151, 36 Rn. 18, 21). Maßgeblich ist daher das Betäubungsmittelgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 1.3.1994 (BGBl. I S. 358) und der Achtzehnten Verordnung zur Änderung betäubungsmittelrechtlicher Vorschriften vom 22.12.2003 (BGBl. 2004 I S. 28). Das hindert allerdings nicht, nachfolgende Rechtsänderungen und -entwicklungen mit in den Blick zu nehmen, wenn und soweit sie Rückschlüsse auf die Rechtslage im maßgeblichen Betrachtungszeitpunkt zulassen.
- 14 4. Danach sind die ablehnenden Bescheide des BfArM vom 16. Dezember 2004 und 3. März 2005 rechtswidrig gewesen. Die ihnen zugrunde liegende Annahme, der Versagungsgrund des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG habe der Erlaubniserteilung ausnahmslos entgegengestanden, ist rechtsfehlerhaft.
- 15 a) Frau K. benötigte für den Erwerb einer tödlichen Dosis Natrium-Pentobarbital zum Zweck der Selbsttötung eine Erlaubnis nach § 3 Abs. 1 BtMG.
- 16 Gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 letzte Alt. BtMG bedarf einer Erlaubnis des Bundesinstituts für Arzneimittel und Medizinprodukte, wer Betäubungsmittel erwerben will. Betäubungsmittel im Sinne dieser Bestimmung sind die in den Anlagen I bis III aufgeführten Stoffe und Zubereitungen (§ 1 Abs. 1 BtMG). Pentobarbital zählt zur Gruppe der verkehrsfähigen und verschreibungsfähigen Betäubungsmittel der Anlage III. Der Erwerb von Natrium-Pentobarbital ist daher erlaubnispflichtig, wenn nicht einer der in § 4 BtMG geregelten Ausnahmetatbestände vorliegt. Letzteres ist hier nicht der Fall. Gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 3 lit. a BtMG bedarf keiner Erlaubnis nach § 3 BtMG, wer ein in Anlage III bezeichnetes Betäubungsmittel auf Grund ärztlicher Verschreibung erwirbt. Im Wege der ärztlichen Verschreibung war für Frau K. die beantragte Dosis Natrium-Pentobarbital jedoch nicht erhältlich. Zwar kann Pentobarbital gemäß § 2 Abs. 1 lit. b der Verordnung über das Verschreiben, die Abgabe und den Nachweis des Verbleibs von Betäubungsmitteln (Betäubungsmittel-Verschreibungsverordnung – BtMVV) vom 20.1.1998 (BGBl. I S. 74, 80) in der hier maßgeblichen Fassung der Fünfzehnten Betäubungsmittelrechts-Änderungsverordnung vom 19.6.2001 (BGBl. I S. 1180) durch einen Arzt verschrieben werden. Voraussetzung ist aber nach § 13 Abs. 1 S. 1 BtMG, dass die Anwendung am oder im menschlichen Körper begründet ist. Das ist der Fall, wenn nach anerkannten Regeln der ärztlichen Wissenschaft eine

Indikation für die Anwendung des Betäubungsmittels besteht, also das Mittel im Rahmen einer medizinischen Behandlung zu therapeutischen Zwecken eingesetzt werden soll (vgl. BGHSt 29, 6 [10] zur Vorgängerregelung des § 11 Abs. 1 Nr. 9a BetMG 1972 und BGHSt 59, 150 Rn. 39; BGHSt 37, 383; *OLG Hamburg*, NStZ 2016, 530 [535 f.]; *Patzak*, in: Körner/Patzak/Volkmer, BtMG, 8. Aufl. [2016], § 13 Rn. 1, Rn. 2 a.E., Rn. 20 ff.; *Weber*, BtMG, 4. Aufl. [2013], § 13 Rn. 21 f.). Ob eine Verschreibung zum Zweck der Selbsttötung damit ausgeschlossen ist oder ob unter den noch darzulegenden Voraussetzungen für die Erlaubnisfähigkeit des Erwerbs auch die Verschreibung des Mittels durch einen Arzt nach § 13 Abs. 1 BtMG zulässig sein kann (vgl. *Jäger*, JZ 2015, 875 [877] m.w.N. zum Diskussionsstand; *Miebach*, NStZ 2016, 536 [538]; Deutscher Ethikrat, Ad-hoc-Empfehlung zur Regelung der Suizidbeihilfe vom 18.12.2014), bedarf an dieser Stelle keiner Erörterung. Das *OVG* hat festgestellt, Frau K. habe tatsächlich keine Möglichkeit gehabt, das begehrte Betäubungsmittel über eine ärztliche Verschreibung zu erhalten, weil sich die Ärzteschaft mehrheitlich darauf geeinigt habe, dass sich die Verschreibung einer tödlichen Dosis nicht mit den Regeln der Heilkunde und dem hippokratischen Eid vereinbaren lasse. Dementsprechend hat das BfArM die Erlaubnispflicht nach § 3 BtMG auch ohne weiteres bejaht.

- 17 b) Das *OVG* hat wie das BfArM angenommen, dass eine Erlaubnis nach § 3 BtMG, die für den Erwerb eines Betäubungsmittels zur Selbsttötung beantragt werde, gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG ausnahmslos zu versagen sei. Das ist mit Bundesrecht nicht vereinbar. Die Vorschriften des Betäubungsmittelgesetzes schließen eine Erwerbserlaubnis zum Zweck der Selbsttötung zwar grundsätzlich aus (aa). Das Verbot greift aber in das allgemeine Persönlichkeitsrecht schwer und unheilbar kranker Menschen aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ein, selbstbestimmt zu entscheiden, wie und zu welchem Zeitpunkt ihr Leben enden soll (bb). Im Lichte dessen muss § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG grundrechtskonform dahin ausgelegt werden, dass er der Erlaubniserteilung ausnahmsweise nicht entgegensteht, wenn sich der Suizidwillige wegen seiner Erkrankung in einer extremen Notlage befindet (cc).
- 18 aa) Nach den betäubungsmittelrechtlichen Vorschriften ist der Erwerb einer tödlichen Dosis Natrium-Pentobarbital zum Zweck der Selbsttötung grundsätzlich nicht erlaubnisfähig. Das ergibt sich aus dem Sinn und Zweck des Betäubungsmittelgesetzes und der Regelungssystematik der §§ 5 Abs. 1 Nr. 6 und 13 Abs. 1 BtMG.
- 19 (1) Gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG ist die Erlaubnis nach § 3 BtMG zu versagen, wenn die Art und der Zweck des beantragten Verkehrs nicht mit dem Zweck dieses Gesetzes vereinbar ist, die notwendige medizinische Versorgung der Bevölkerung sicherzustellen, daneben aber den Missbrauch von Betäubungsmitteln oder die missbräuchliche Herstellung ausgenommener Zubereitungen sowie das Entstehen oder Erhalten einer Betäubungsmittelabhängigkeit soweit wie möglich auszuschließen. Inmitten steht hier allein eine Unvereinbarkeit mit dem Zweck des Gesetzes, die notwendige medizinische Versorgung der

Bevölkerung sicherzustellen. Das Ziel der Verhinderung einer Betäubungsmittelabhängigkeit wird bei einer Erwerbserlaubnis, die zum Zweck der Selbsttötung beantragt wird, offensichtlich nicht tangiert. Eine solche Erlaubnis widerspricht auch nicht dem Gesetzeszweck, den Betäubungsmittelmissbrauch auszuschließen. Das *OVG* hat unter Heranziehung der Materialien zutreffend ausgeführt, dass in diesem Begriff die gesetzgeberische Zielsetzung zum Ausdruck kommt, den gesundheitsgefährdenden und -schädlichen Konsum von Betäubungsmitteln zu Genuss- oder Rauschzwecken zu verhindern und insbesondere die Rauschgift- und Drogensucht zu bekämpfen (vgl. Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zum Betäubungsmittelgesetz 1981, BT-Drs. 8/3551 S. 23 ff., 29).

- 20 (2) Dem Begriff der Sicherstellung der notwendigen medizinischen Versorgung der Bevölkerung liegt zugrunde, dass Betäubungsmittel nicht nur schädliche Wirkungen haben, sondern in bestimmten Fällen für die menschliche Gesundheit auch von Nutzen sein können. Das Gesetz sieht daher von einem Verbot des Betäubungsmittelverkehrs ab, soweit Betäubungsmittel zu medizinischen Zwecken benötigt werden. Dem trägt die Anlage III zum Betäubungsmittelgesetz Rechnung, die die verkehrs- und verschreibungsfähigen Betäubungsmittel aufführt. Die Voraussetzungen der Verschreibungsfähigkeit regelt, wie gezeigt, § 13 Abs. 1 BtMG. Die danach erforderliche therapeutische Zielrichtung der Anwendung des Betäubungsmittels liegt vor, wenn sie dazu dient, Krankheiten oder krankhafte Beschwerden zu heilen oder zu lindern. Für den Begriff der medizinischen Versorgung in § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG kann aus systematischen Gründen nichts anderes gelten. Die notwendige medizinische Versorgung mit Betäubungsmitteln wird vorrangig dadurch sichergestellt, dass Patienten ein zu Therapiezwecken benötigtes Betäubungsmittel der Anlage III aufgrund einer ärztlichen Verschreibung in der Apotheke erwerben können oder der Arzt es ihnen im Rahmen einer Behandlung verabreicht oder zum unmittelbaren Verbrauch überlässt (§ 13 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 BtMG). Dabei ersetzt die ärztliche Verschreibung, wie § 4 Abs. 1 Nr. 3 lit. a BtMG zeigt, die Erlaubnis nach § 3 Abs. 1 BtMG, *Patzak*, in: Körner/Patzak/Volkmer, BtMG, 8. Aufl. (2016), § 4 Rn. 21). Geht es um den medizinischen Versorgungsbedarf für ein sonstiges Betäubungsmittel, verbleibt es gemäß § 13 Abs. 1 S. 3 BtMG bei der Erlaubnisbedürftigkeit nach § 3 BtMG. Die Bindung der Erlaubniserteilung an das Erfordernis der notwendigen medizinischen Versorgung nach § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG stellt sicher, dass die Anwendung des Betäubungsmittels ebenso wie im Fall des § 13 Abs. 1 BtMG medizinisch begründet sein muss. Entsprechend hat der Senat in seiner Rechtsprechung zu § 3 Abs. 2 BtMG auf eine auf Heilung oder Linderung von pathologischen Zuständen gerichtete Anwendung des Betäubungsmittels abgestellt (vgl. BVerwGE 123, 352 [354 f., 356 f.] und BVerwGE 154, 352 Rn. 13).
- 21 Danach schließt § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG die Erteilung einer Erwerbserlaubnis zum Zweck der Selbsttötung grundsätzlich aus. Sie ist mit dem Ziel des Betäubungsmittelgesetz-

zes, die menschliche Gesundheit und das Leben zu schützen (vgl. BT-Drs. 8/3551 S. 23), nicht vereinbar. Eine andere Bewertung ergibt sich auch nicht mit Blick auf die palliativ-medizinische Versorgung sterbender Menschen mit Betäubungsmitteln. Die Verabreichung eines Betäubungsmittels im Bereich der Palliativmedizin dient der Linderung von Schmerzen und anderen Missempfindungen wie Atemnot, Übelkeit, Angst u.a. und d mit therapeutischen Zwecken. Steht keine Therapiealternative zur Verfügung (§ 13 Abs. 1 S. 2 BtMG), ist die Anwendung i.S.v. § 13 Abs. 1 S. 1 BtMG begründet. Das gilt auch dann, wenn die Medikation als unbeabsichtigte, aber unvermeidbare Nebenfolge den Todeseintritt beschleunigen kann (vgl. BGHSt 46, 279 [284 f.]). Die Anwendung eines Betäubungsmittels zum Zweck der Selbsttötung lässt sich damit nicht gleichsetzen. Die palliativ-medizinische Behandlung Todkranker lässt sich beschreiben als "Hilfe beim Sterben" (vgl. Begründung des Gesetzentwurfs zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung [§ 217 StGB], BT-Drs. 18/5373 S. 11, 17 f.; *Otto*, NJW 2006, 2217 [2218, 2221]). Das bringt zum Ausdruck, dass die palliativ-medizinische Maßnahme einen schon begonnenen Sterbeprozess begleitet. Im Unterschied dazu wird das Betäubungsmittel bei der Selbsttötung gezielt dazu eingesetzt, den Tod unmittelbar herbeizuführen. Allerdings kann auch die palliativ-medizinisch begründete Gabe eines Betäubungsmittels für die Umsetzung eines Sterbewunsches von erheblicher Bedeutung sein. Den Abbruch lebenserhaltender oder -verlängernder Maßnahmen wird ein Sterbewilliger in vielen Fällen nur verlangen, wenn ihm nach dem Behandlungsabbruch eine palliativ-medizinische Versorgung sicher ist.

- 22 bb) Ein ausnahmsloses Verbot, Natrium-Pentobarbital zum Zweck der Selbsttötung zu erwerben, greift in das grundrechtlich geschützte Recht schwer und unheilbar kranker Menschen ein, selbstbestimmt darüber zu entscheiden, wie und zu welchem Zeitpunkt ihr Leben enden soll.
- 23 (1) Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und die Verpflichtung zur Achtung und zum Schutz der Menschenwürde sichern gemäß Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG jedem Einzelnen einen autonomen Bereich privater Lebensgestaltung, in dem er seine Individualität entwickeln und wahren kann (BVerfGE 117, 202 [225 f.]). Dazu gehört, dass der Mensch über sich selbst verfügen und sein Schicksal eigenverantwortlich gestalten kann (BVerfGE 49, 286 [298]). Ausdruck der persönlichen Autonomie ist auch der Umgang mit Krankheit. Die grundrechtlich geschützt Freiheit schließt deshalb das Recht ein, auf Heilung zielende medizinische Behandlungen oder sonstige therapeutische Maßnahmen abzulehnen (vgl. *BVerfG*, NJW 2017, 53 Rn. 74 f.). Das gilt auch für die Ablehnung lebensverlängernder Maßnahmen (vgl. BGHSt 55, 191 Rn. 23). Einfachgesetzlich findet dies eine Bestätigung in den Regelungen über die Patientenverfügung (§§ 1901a ff. BGB). Ohne Einwilligung des einwilligungsfähigen Patienten oder gegen den tatsächlich geäußerten oder mutmaßlichen Willen des einwilligungsunfähigen Patienten dürfen lebenserhaltende oder -verlängernde Maßnahmen weder eingeleitet noch fortgesetzt

werden (BGHSt 55, 191 Rn. 14 ff.; *BGH*, NJW 2016, 3297 Rn. 34 ff. u. BGHZ 202, 226 Rn. 14 f.).

- 24 (2) Ausgehend davon umfasst das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG auch das Recht eines schwer und unheilbar kranken Menschen, zu entscheiden, wie und zu welchem Zeitpunkt sein Leben enden soll, vorausgesetzt, er kann seinen Willen frei bilden und entsprechend handeln (vgl. *Dreier*, in: *Dreier*, GG, Bd. I, 3. Aufl. [2013], Art. 1 Abs. 1 Rn. 154 und Art. 2 Abs. 1 Rn. 29; *Dreier*, JZ 2007, 317 [319]; *Hufen*, NJW 2001, 849 [851]; *Roxin*, NStZ 2016, 185 [186]; *Lindner*, NJW 2013, 136, jeweils m.w.N.; ebenso die Begründung des Gesetzentwurfs zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung [§ 217 StGB], BT-Drs. 18/5373 S. 10, 13, Nationaler Ethikrat, Selbstbestimmung und Fürsorge am Lebensende, 2006, S. 61 f.; a.A. *Lorenz*, in: *Kahl/Waldhoff/Walter*, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1a, Art. 2 Abs. 1 [Stand: April 2008], Rn. 54 und Rn. 303; Art. 2 Abs. 2 S. 1 [Stand: Juni 2012], Rn. 420; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 6. Aufl. [2010], Art. 2 Abs. 2 Rn. 192). Dabei beschränkt sich der Grundrechtsschutz nicht auf Fälle, in denen infolge des Endstadiums einer tödlichen Krankheit der Sterbeprozess bereits begonnen hat oder unmittelbar bevorsteht. Die verfassungsrechtlich gebotene Achtung vor dem persönlichen Umgang des Einzelnen mit Krankheit und dem eigenen Sterben schließt auch die freiverantwortlich getroffene Entscheidung schwer kranker Menschen ein, ihr Leben vor Erreichen der Sterbephase oder losgelöst von einem tödlichen Krankheitsverlauf beenden zu wollen.
- 25 (3) Die Anerkennung eines grundrechtlichen Schutzes des selbstbestimmten Sterbens schwer und unheilbar kranker Menschen im Wege der Selbsttötung entspricht auch der Rechtsprechung des *EGMR*. Danach beinhaltet das Recht auf Achtung des Privatlebens nach Art. 8 Abs. 1 EMRK das Recht auf Selbstbestimmung (*EGMR*, Urt. v. 29.4.2002 – Nr. 2346/02 *Pretty/Vereinigtes Königreich* – NJW 2002, 2851 Rn. 61). Daraus hat der Gerichtshof abgeleitet, dass die Entscheidung einer Person, zu vermeiden, was sie als unwürdiges und qualvolles Ende ihres Lebens ansieht, in den Anwendungsbereich von Art. 8 EMRK fällt (*EGMR*, Urt. v. 29.4.2002 a.a.O. Rn. 67). Ausgehend davon hat er entschieden, dass Art. 8 Abs. 1 EMRK das Recht des Einzelnen umfasst, darüber zu bestimmen, wie und zu welchem Zeitpunkt sein Leben beendet werden soll, vorausgesetzt, er ist zu einer freien Willensbildung in der Lage und fähig, dementsprechend zu handeln (*EGMR*, Urt. v. 20.1.2011 – Nr. 31322/07 *Haas/Schweiz* – NJW 2011, 3773 Rn. 50 f., v. 19.7.2012 – Nr. 497/09 *Koch/Deutschland* – NJW 2013, 2953 Rn. 51 f. u. v. 14.5.2013 – Nr. 67810/10 *Gross/Schweiz* – Rn. 58 f.).
- 26 (4) Die Regelung des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG setzt dem Verkehr mit Betäubungsmitteln Schranken, indem sie unter den dort genannten Voraussetzungen die Erlaubniserteilung verbietet. Durch die hierauf gestützte Ablehnung der beantragten Erwerbserlaubnis wurde Frau K. daran

gehindert, die angestrebte Selbsttötung in der von ihr beabsichtigten Weise umzusetzen. § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG bewirkte so eine Beschränkung ihres Rechts, selbstbestimmt zu entscheiden, wann und wie ihr Leben enden soll. Es kann dahinstehen, ob darin ein Eingriff im klassischen Sinne zu sehen ist. Das würde voraussetzen, dass es sich um eine unmittelbare und gezielte Verkürzung der grundrechtlichen Freiheit handelt. Das ist zweifelhaft, weil das Betäubungsmittelgesetz nicht unmittelbar darauf ausgerichtet ist, das in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verankerte Recht zu beschränken, selbst über das Ende des eigenen Lebens zu entscheiden. Jedoch kann der Abwehrgehalt der Grundrechte auch bei einer mittelbaren Beeinträchtigung betroffen sein, wenn diese in ihrer Zielsetzung und in ihren Wirkungen einem Eingriff gleichkommt (vgl. BVerfGE 110, 177 [191] u. BVerfGE 116, 202 [222]). So liegt es hier. Die ausnahmslose Beschränkung des Zugangs zu einem Betäubungsmittel der Anlage III auf die Anwendung zu therapeutischen Zwecken im engeren Sinne verhindert, dass ein Mittel wie Natrium-Pentobarbital zur Selbsttötung zur Verfügung steht. Von diesem Zugangsverbot werden auch schwer und unheilbar kranke Menschen betroffen, die wegen der von ihnen als unerträglich empfundenen Leidenssituation frei und ernsthaft entschieden haben, ihr Leben zu beenden, und dazu ein Betäubungsmittel verwenden möchten, dessen Wirkungen ihnen eine schmerzlose und sichere Selbsttötung ermöglicht. Der fehlende Zugang zu einem solchen Betäubungsmittel kann zur Folge haben, dass sie ihren Sterbewunsch nicht oder nur unter unzumutbaren Bedingungen realisieren können. Darin liegt eine mittelbare Beeinträchtigung ihres Grundrechts aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.

- 27 Auch wenn man das Verbot, Betäubungsmittel zum Zweck der Selbsttötung zu erwerben, nicht als Eingriff in das genannte Grundrecht schwer und unheilbar kranker Menschen werten wollte, so wäre bei der Auslegung des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG jedenfalls die aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG folgende Schutzpflicht für ihre Autonomie im Umgang mit der Krankheit zu beachten (vgl. Nationaler Ethikrat, Selbstbestimmung und Fürsorge am Lebensende, 2006, S. 57). Dass das dargelegte Selbstbestimmungsrecht neben der Abwehr- auch eine Schutzdimension hat, ergibt sich bereits aus seiner Fundierung auch in Art. 1 Abs. 1 GG. Nach Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG ist es Verpflichtung aller staatlichen Gewalt, die Würde des Menschen zu achten und zu schützen. Wegen des Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers beim Ausgleich dieser Schutzpflicht mit der Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG für das Leben kann der Einzelne zwar grundsätzlich nicht verlangen, dass der Staat Rahmenbedingungen und Strukturen schafft, die die Selbsttötung ermöglichen oder erleichtern (vgl. *Jurgeleit*, NJW 2015, 2708 [2714]; *Hilgendorf*, JZ 2014, 545 [550]; *Lindner*, NJW 2013, 136 [137]). Eine Verdichtung zu einer konkreten Schutzpflicht für die Selbstbestimmung kommt aber in Betracht, wenn sich ein schwer und unheilbar Kranker wegen seiner Erkrankung in einer extremen Notlage befindet, aus der es für ihn selbst keinen Ausweg gibt. Die staatliche Gemeinschaft darf den hilflosen Menschen nicht einfach sich selbst

überlassen (*BVerfG*, FamRZ 2016, 1738 Rn. 73 – dort zur Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG). Das gilt nicht nur, wenn sein Leben, sondern auch wenn sein Selbstbestimmungsrecht gefährdet ist. Der Einzelne ist insbesondere am Lebensende und bei schwerer Krankheit auf die Achtung und den Schutz seiner Autonomie angewiesen.

- 28 cc) Im Hinblick auf den dargelegten grundrechtlichen Schutz des Selbstbestimmungsrechts ist § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG dahin auszulegen, dass der Erwerb eines Betäubungsmittels für eine Selbsttötung mit dem Zweck des Gesetzes, die notwendige medizinische Versorgung der Bevölkerung sicherzustellen, ausnahmsweise vereinbar ist, wenn sich der suizidwillige Erwerber wegen einer schweren und unheilbaren Erkrankung in einer extremen Notlage befindet.
- 29 (1) Das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ist nicht schrankenlos gewährleistet. Es findet seine Begrenzung unter anderem in der verfassungsmäßigen Ordnung. Hierzu gehört die bereits erwähnte staatliche Schutzpflicht für das Leben. Das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG gewährt nicht nur ein subjektives Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe in diese Rechtsgüter. Es stellt zugleich eine objektive Wertentscheidung der Verfassung dar, die staatliche Schutzpflichten begründet. Bei der Aufstellung und normativen Umsetzung entsprechender Schutzkonzepte kommt dem Gesetzgeber ein Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu (*BVerfG*, FamRZ 2016, 1738 Rn. 70 m.w.N.). Danach ist es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn er die so genannte aktive Sterbehilfe, also die Tötung auf Verlangen eines Sterbewilligen durch einen Dritten, unter Strafe stellt (§ 216 StGB; *BGH*, NJW 2003, 2326 [2327]; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Bd. 1, 3. Aufl. [2013], Art. 2 Abs. 2 Rn. 85; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 14. Aufl. [2016], Art. 2 Rn. 100).
- 30 (2) Es bestehen auch keine Bedenken dagegen, dass der Erwerb eines Betäubungsmittels zum Zweck der Selbsttötung nach § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG grundsätzlich nicht erlaubnisfähig ist. Das Verbot dient, wie die Vorinstanzen zutreffend ausgeführt haben, dem Schutz von Menschen in vulnerabler Position und Verfassung vor Entscheidungen, die sie möglicherweise voreilig, in einem Zustand mangelnder Einsichtsfähigkeit oder nicht freiverantwortlich treffen, sowie der Verhinderung von Missbrauch. Mit der Abwehr solcher Gefahren verfolgt der Gesetzgeber legitime Ziele, die es rechtfertigen, den Zugang zu einem Betäubungsmittel zu verbieten (vgl. zu diesen Schutzziele auch *Murswiek*, in: Sachs, GG, 7. Aufl. [2014], Art. 2 Rn. 210; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Bd. 1, 3. Aufl. [2013], Art. 2 Abs. 2 Rn. 64; *EGMR*, Urt. v. 20.1.2011 – Nr. 31322/07, Haas/Schweiz – NJW 2011, 3773 Rn. 56 ff.; im Kontext von § 217 StGB: Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung, BT-Drs. 18/5373 S. 11, 13; *BVerfG*, NJW 2016, 558 Rn. 18 ff.).
- 31 (3) Diese Ziele können das Verbot, Betäubungsmittel zum Zweck der Selbsttötung zu erwerben, im Lichte von

Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG aber nicht mehr rechtfertigen, wenn sich der Erwerber wegen einer schweren und unheilbaren Erkrankung in einer extremen Notlage befindet. Das ist der Fall, wenn – erstens – die schwere und unheilbare Erkrankung mit gravierenden körperlichen Leiden, insbesondere starken Schmerzen verbunden ist, die bei dem Betroffenen zu einem unerträglichen Leidensdruck führen und nicht ausreichend gelindert werden können (vgl. *Lindner*, NJW 2013, 136 [138]; *Roxin*, NSTZ 2016, 185 [187]), – zweitens – der Betroffene entscheidungsfähig ist und sich frei und ernsthaft entschieden hat, sein Leben beenden zu wollen und ihm – drittens – eine andere zumutbare Möglichkeit zur Verwirklichung des Sterbewunsches nicht zur Verfügung steht.

- 32 Ist der Betroffene in einer solchen Weise seiner Krankheit ausgeliefert, kommt seinem Selbstbestimmungsrecht ein besonderes Gewicht zu, hinter dem die staatliche Schutzpflicht für das Leben aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG zurücktritt. Die staatliche Gemeinschaft muss die selbstbestimmt getroffene Entscheidung des Betroffenen, sein Leben beenden zu wollen, achten; sie darf ihm die Umsetzung seiner Entscheidung auch nicht unmöglich machen. Ist die Einnahme einer letalen Dosis eines Betäubungsmittels die einzige zumutbare Möglichkeit, den Sterbewunsch umzusetzen, wäre der Betroffene ohne den Zugang zu dem Betäubungsmittel darauf verwiesen, die von ihm als unerträglich empfundene Leidenssituation ohne Aussicht auf Besserung oder jedenfalls einen nahen Tod weiter zu erdulden. Mangels einer Möglichkeit, sein Leben zu beenden, müsste er entgegen seiner freien Willensentscheidung weiter leben. Eine Pflicht zum Weiterleben gegen den eigenen Willen berührt den Kern eigenverantwortlicher Selbstbestimmung (*Herdegen*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 89; Nationaler Ethikrat, Selbstbestimmung und Fürsorge am Lebensende, 2006, S. 58). Eine solche Pflicht darf der Staat schwer und unheilbar kranken, aber zur Selbstbestimmung fähigen Menschen nicht – auch nicht mittelbar – auferlegen. Wegen der Bedeutung der in Rede stehenden Rechtsgüter für die Würde des Betroffenen und seiner Hilflosigkeit verdichtet sich unter den dargelegten Voraussetzungen auch die Schutzpflicht des Staates aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG dahin, ihm den Erwerb des Betäubungsmittels zum Zweck der Selbsttötung zu erlauben.
- 33 Dass die Schutzpflicht des Staates für das Leben hinter dem grundrechtlich geschützten Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen unter bestimmten Voraussetzungen zurückzutreten hat, ist für die Situation des Behandlungsabbruchs im Übrigen inzwischen sogar für Fälle anerkannt, in denen sich der Betroffene nicht in einer extremen Notlage befindet. Der Betroffene kann den Abbruch lebenserhaltender und -verlängernder Maßnahmen selbst dann verlangen, wenn der Behandlungsabbruch darauf zielt, das Leben trotz vorhandener Lebensperspektive zu beenden (BGHZ 202, 226 Rn. 22).
- 34 (4) Näherer Betrachtung bedarf die anderweitige Möglichkeit, den Sterbewunsch in zumutbarer Weise zu verwirklichen. Von einer solchen Möglichkeit kann in der

Regel ausgegangen werden, wenn der Betroffene sein Leben durch einen palliativ-medizinisch begleiteten Abbruch lebenserhaltender oder -verlängernder Behandlungsmaßnahmen beenden kann, zum Beispiel durch Abschalten des Beatmungsgeräts oder Einstellen der künstlichen Ernährung. Wie bereits dargelegt, dürfen medizinische Maßnahmen gegen den Willen des Patienten nicht fortgesetzt werden (vgl. BGHZ 202, 226 Rn. 22). Eine andere zumutbare Möglichkeit zur Verwirklichung des Sterbewunsches ist der Behandlungsabbruch aber nur, wenn er voraussichtlich in absehbarer Zeit zum Eintritt des Todes führen wird, also nicht lediglich zu einer weiteren Verschlechterung des gesundheitlichen Zustandes auf unbestimmte Dauer, möglicherweise verbunden mit einem Verlust der Entscheidungsfähigkeit. Zudem muss gesichert sein, dass der Betroffene nach Abbruch der Behandlung palliativ-medizinisch ausreichend betreut wird. Dazu gehört insbesondere, dass Schmerzen, Atemnot und Übelkeit gelindert werden (vgl. Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung, Deutsches Ärzteblatt 2011, A 346).

- 35 Die ärztliche Suizidbeihilfe war weder im maßgebenden Beurteilungszeitpunkt eine Alternative noch ist dies gegenwärtig der Fall. Ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen die Überlassung eines Betäubungsmittels durch den Arzt an seinen Patienten zum Zweck der Selbsttötung zulässig ist, ist bislang nicht abschließend geklärt. Das gilt sowohl im Hinblick auf eine etwaige Strafbarkeit (dazu *OLG Hamburg*, NSTZ 2016, 530 m.w.N.; *Jäger*, JZ 2015, 875 [877 f.]) als auch unter dem Gesichtspunkt des ärztlichen Berufsrechts (vgl. *VG Berlin*, MedR 2013, 58; *Hilgendorf*, JZ 2014, 545 [550 f.]; *Lindner*, NJW 2013, 136 [137 f.]; *Roxin*, NSTZ 2016, 185 [190]; Begründung zum [nicht beschlossenen] Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der ärztlich begleiteten Lebensbeendigung, BT-Drs. 18/5374 S. 8). Für den Arzt ist eine Suizidbeihilfe mithin mit erheblichen rechtlichen Risiken verbunden. In einer solchen Situation darf die Rechtsordnung den Betroffenen nicht darauf verweisen, einen Arzt zu suchen, der bereit ist, diese Risiken einzugehen.
- 36 Auf die Möglichkeit, die angestrebte Selbsttötung mit dem gewünschten Betäubungsmittel im Ausland vorzunehmen, darf die staatliche Gemeinschaft den Betroffenen ebenfalls nicht verweisen. Art. 1 Abs. 3 GG verpflichtet den Staat, den erforderlichen Grundrechtsschutz innerhalb der eigenen Rechtsordnung zu gewährleisten.
- 37 (5) § 3 Abs. 1 i.V.m. § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG lässt sich in diesem Sinne grundrechtskonform auslegen. Eine Vorlage an das BVerfG nach Art. 100 Abs. 1 GG ist nicht erforderlich. Die verfassungskonforme Auslegung findet ihre Grenzen dort, wo sie zu dem Wortlaut und dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch treten würde (BVerfGE 99, 341 [358] u. BVerfGE 119, 247 [274]). Das ist hier nicht der Fall. Der Begriff der notwendigen medizinischen Versorgung in § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG meint einen Betäubungsmiteleinsatz zu Therapie-zwecken. In einer extremen Notlage der dargelegten Art

kann die Anwendung eines Betäubungsmittels zur Selbsttötung ausnahmsweise als therapeutischen Zwecken dienend angesehen werden; sie ist die einzige Möglichkeit, eine krankheitsbedingte, für den Betroffenen unerträgliche Leidenssituation zu beenden. Da die Annahme einer extremen Notlage verlangt, dass eine Linderung auf andere Weise nicht erreicht werden kann und eine andere zumutbare Möglichkeit zur Verwirklichung des Sterbewunsches nicht besteht, stellt sich die Versorgung mit dem Betäubungsmittel auch als notwendig dar. Entsprechend ist die Wortlautgrenze des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG nicht überschritten.

- 38 Es ist auch nicht erkennbar, dass die verfassungskonforme Interpretation dem Willen des Gesetzgebers zuwiderläuft. Die Gesetzesmaterialien zum Betäubungsmittelgesetz lassen zwar darauf schließen, dass eine Erwerbserlaubnis zur Selbsttötung grundsätzlich nicht in Betracht kommt. Sie bieten aber keine Anhaltspunkte dafür, dass selbst unter den genannten engen Voraussetzungen eine Ausnahme von dem Verbot ausgeschlossen sein soll (vgl. BT-Drs. 8/3551, S. 23 ff.). Auch § 13 Abs. 1 lit. a BtMG, der durch das Zweite Gesetz zur Änderung arzneimittelrechtlicher und anderer Vorschriften v. 19.10.2012 (BGBl. I S. 2192) eingefügt wurde, ist für die Frage, ob das Verbot einer Erwerbserlaubnis zum Zweck der Selbsttötung ohne jede Ausnahme gelten soll, unergiebig. Das Gleiche gilt für die zugehörigen Gesetzesmaterialien (vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drs. 17/9341 –, BT-Drs. 17/10156, S. 83, 91 f.). Schließlich lässt auch die am 10.12.2015 in Kraft getretene Strafvorschrift des § 217 StGB nicht darauf schließen, dass die grundrechtskonforme Auslegung des § 3 Abs. 1 i.V.m. § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG in Widerspruch zum Willen des Gesetzgebers treten würde. Gemäß § 217 Abs. 1 StGB in der Fassung des Gesetzes zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung vom 3.12.2015 (BGBl. I, S. 2177) macht sich derjenige strafbar, der in der Absicht, die Selbsttötung eines anderen zu fördern, diesem hierzu geschäftsmäßig die Gelegenheit gewährt, verschafft oder vermittelt. Mit diesem Straftatbestand soll der potenzielle Suizident vor einer abstrakt das Leben und die Autonomie des Einzelnen gefährdenden Handlung in Form einer geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung geschützt werden (*BVerfG*, NJW 2016, 558 Rn. 14; BT-Drs. 18/5373, S. 11 f., 14). Dazu heißt es in den Materialien, es sei als problematisch anzusehen, dass in Deutschland verstärkt Organisationen und Personen auftreten würden, die einen so genannten assistierten Suizid nachhaltig öffentlich als Alternative zum natürlichen, medizinisch und menschlich begleiteten Sterben propagierten und geschäftsmäßig Hilfe bei der Selbsttötung anböten (BT-Drs. 18/5373, S. 9). Dieser Entwicklung sei aus Gründen des Integrität- und des Autonomieschutzes potenzieller Suizidenten entgegenzuwirken. Das Verbot der geschäftsmäßigen Suizidbeihilfe solle der Gefahr von Interessenkollisionen begegnen, die entstünden, wenn ein Eigeninteresse der Suizidhelfer an der Durchführung der Selbsttötung bestehe (BT-Drs. 18/5373, S. 11). Zudem solle der Gefahr

entgegengetreten werden, dass durch „derartige Normalität suggerierende Angebote“ Menschen zur Selbsttötung verleitet werden könnten, die dies sonst nicht täten (BT-Drs. 18/5373 S. 13). Hiernach bietet die Schaffung des § 217 StGB keinen Anhalt dafür, dass es dem gesetzgeberischen Willen entspricht, eine betäubungsmittelrechtliche Erwerbserlaubnis zur Selbsttötung ohne Rücksicht auf die genannte extreme Notlage schwer und unheilbar kranker Menschen ausnahmslos zu verbieten. Die behördliche Erteilung einer solchen Erlaubnis, die nur im besonderen Einzelfall und nur unter sehr eng gefassten Voraussetzungen zulässig ist, ist nicht vergleichbar mit einer geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung durch einen privaten Suizidhelfer im Sinne des § 217 StGB. Das BfArM verfolgt keine Eigeninteressen, sondern seine Entscheidung beruht darauf, dass dem Betroffenen die Erlaubnis unter den dargestellten Voraussetzungen aus Rechtsgründen nicht verweigert werden darf. Ebenso wenig kann angesichts der engen Grenzen für eine solche Erlaubnis davon gesprochen werden, dass der „Anschein einer Normalität“ entsteht. Mit der verfassungskonformen Auslegung von § 3 Abs. 1 i.V.m. § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG wird auch kein staatliches „Angebot des assistierten Suizids“ geschaffen, sondern dem grundgesetzlich geforderten Schutz des Selbstbestimmungsrechts schwer und unheilbar kranker Menschen Rechnung getragen. Dieses Recht hat der Gesetzgeber bei Beschluss des § 217 StGB ausdrücklich anerkannt (BT-Drs. 18/5373 S. 10, 13). Dementsprechend sieht er jenseits des zulässigen Behandlungsabbruchs und der so genannten indirekten Sterbehilfe oder Therapiezieländerung eine Strafbarkeit nach § 217 StGB auch dann als nicht gegeben an, wenn „im Einzelfall nach sorgfältiger Untersuchung und unter strikter Orientierung an der freiverantwortlich getroffenen Entscheidung einer zur Selbsttötung entschlossenen Person Suizidhilfe gewährt wird“ (BT-Drs. 18/5373 S. 18).

- 39 (6) Der Einwand der Beklagten, dem BfArM fehlten die Voraussetzungen, um das Vorliegen einer Ausnahmesituation verlässlich beurteilen und feststellen zu können, greift nicht durch.
- 40 Das Fehlen spezieller verfahrensrechtlicher Regelungen zur Feststellung der Ausnahmesituation steht der Verpflichtung des BfArM, grundrechtsgemäß zu verfahren, nicht entgegen (vgl. *BVerfGE* 49, 286 [301]). Allerdings bedarf die Entscheidung angesichts der hochrangigen Rechtsgüter, die durch sie betroffen sind, und zur Verhinderung von Missbrauch einer besonders sorgfältigen Überprüfung des Sachverhalts. Das gilt sowohl in Bezug auf die Feststellung des freien und ernstlichen Willens zur Selbsttötung als auch für das Vorliegen der übrigen Voraussetzungen einer extremen Notlage. Hierfür bietet das allgemeine Verfahrensrecht aber eine ausreichende Grundlage. Gemäß § 24 Abs. 1 VwVfG kann und muss das BfArM die erforderlichen Maßnahmen treffen, um auf gesicherter Erkenntnisbasis beurteilen zu können, ob die Voraussetzungen einer Ausnahmesituation erfüllt sind. Dabei kann es sich gemäß § 26 Abs. 1 VwVfG der Beweismittel bedienen, die es nach pflichtgemäßem Ermessen zur Ermittlung des Sachverhalts für geboten hält.

Wenn und soweit die Behörde nicht über das zur Feststellung und Beurteilung der maßgeblichen Tatsachen erforderliche Fachwissen verfügt, kann sie sachkundige Dritte und erforderlichenfalls Sachverständige hinzuziehen (Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 17. Aufl. [2016], § 24 Rn. 27 m.w.N.).

- 41 Der *Senat* erkennt nicht, dass dem BfArM schwierige Bewertungen abverlangt werden und seine Entscheidung einen in hohem Maße sensiblen Bereich betrifft. Vergleichbares gilt aber auch für die Feststellung der Einwilligungsfähigkeit eines Patienten, der den Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen verlangt, und für die Feststellung des mutmaßlichen Willens eines einwilligungsunfähigen Patienten im Zusammenhang mit der Entscheidung zur Durchführung von lebensverlängernden Maßnahmen nach §§ 1901a ff. BGB. Im Fall des Nichtvorliegens einer bindenden Patientenverfügung obliegt es dem Betreuer und dem behandelnden Arzt sowie gegebenenfalls dem Betreuungsgericht, den Patientenwillen zu ermitteln. Dabei handelt es sich ebenfalls um eine nicht leicht zu treffende Entscheidung (vgl. BGHZ 202, 226; Begründung zum Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts, BT-Drs. 16/8442, S. 12).
- 42 c) Danach ist der ablehnende Bescheid des BfArM vom 16.12.2004 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 3.3.2005 rechtswidrig gewesen. Es hätte prüfen müssen, ob sich Frau K. in einer extremen Notlage befand, die die Erteilung der beantragten Erlaubnis geboten hätte. Das lag hier im Bereich des Möglichen. Frau K. litt aufgrund ihrer hochgradigen, fast kompletten Querschnittslähmung an schwersten körperlichen Beeinträchtigungen, die irreversibel waren, eine ständige medizinische Betreuung und Pflege erforderlich machten sowie mit starken Schmerzen einhergingen. Sie hatte in ihrem Antrag ausführlich dar

gelegt, dass und warum sie ihren Zustand als unerträgliche Leidenssituation empfand. Nach ihren Ausführungen ist auch nicht ernstlich zweifelhaft gewesen, dass sie selbstbestimmt und ernsthaft entschieden hatte, ihr Leben beenden zu wollen. Bei dieser Sachlage hätte das BfArM die beantragte Erlaubnis nicht ablehnen dürfen, ohne zu prüfen, ob Frau K. eine andere zumutbare Möglichkeit zur Verwirklichung ihres Sterbewunsches hatte. Hiervon konnte das BfArM nicht bereits deshalb ausgehen, weil Frau K. künstlich beatmet wurde. Damit stand zwar die Möglichkeit eines palliativ-medizinisch begleiteten Behandlungsabbruchs im Raum. Es war aber nicht geklärt, ob das Abstellen der Beatmung in ihrem Fall in absehbarer Zeit zum Tode geführt hätte. Vor allem herrschte im maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt noch Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Behandlungsabbruch, der durch aktives Tun verwirklicht wird, als straffrei anzusehen sei. Die Rechtslage ist erst 2010 höchststrichterlich geklärt worden (BGHSt 55, 191). Es war daher nicht auszuschließen, dass Frau K. eine „Sterbehilfe“ durch Behandlungsabbruch tatsächlich nicht erlangen konnte, weil das medizinische Personal angesichts der rechtlichen Unsicherheiten hierzu nicht bereit war.

- 43 5. Die weitergehende Klage bleibt ohne Erfolg. Die Feststellung, dass das BfArM zur Erlaubniserteilung verpflichtet gewesen ist, lässt sich ohne die erforderliche Sachverhaltsprüfung und -aufklärung nicht treffen. Das kann nach dem Tod von Frau K. nicht mehr nachgeholt werden. Insbesondere die Frage, ob zumutbare Alternativen zur Verfügung gestanden hätten, ist ohne ihre Beteiligung nicht mehr zu klären. Dementsprechend kam auch eine Zurückverweisung an das Berufungsgericht zur weiteren Sachaufklärung nicht in Betracht.

Anmerkung zu BVerwG, Urt. v. 2.3.2017 – 3 C 19/15

von PD Dr. Dorothea Magnus, LL.M.*

Das BVerwG hat mit seinem Urteil vom März 2017 eine Grundsatzentscheidung getroffen. Entgegen aller Kritik hat es mit der vorher geltenden Rechtsauffassung gebrochen und sich gegen ein kategorisches Verbot des Erwerbs von Betäubungsmitteln zu Suizidzwecken ausgesprochen. Wie zu erwarten wurde der Vorwurf laut, das BVerwG unterstütze die staatliche Pflicht, bei der Selbsttötung Hilfe zu leisten und gebe dem Suizidenten einen Anspruch auf das nun legal zu erwerbende tödliche Medikament.¹

Der Verfassungsrechtler *Di Fabio* attestierte dem BVerwG sogar einen Verstoß gegen die Gewaltenteilung, den Vorbehalt des Gesetzes und die Unvereinbarkeit mit der Verfassung, indem es seinen rechtspolitischen Willen an die Stelle des Willens des Gesetzgebers setze.² Das Gericht würde sich über den Willen des Gesetzgebers hinwegheben, die „Assistenz“ zur Selbsttötung zu verweigern, wenn er Gefahren für die Würde der Betroffenen erkenne, die aus einer ggfs. eintretenden Routine und gesellschaftlichen Erwartung des Suizids resultierten. Was erlaubt das Urteil aber tatsächlich? Das BVerwG macht, allen Fehlinterpretationen zum Trotz, klar, der Einzelne könne grundsätzlich nicht (!) verlangen, „dass der Staat Rahmenbedingungen und Strukturen schafft, die die Selbsttötung ermöglichen oder erleichtern“. ³ Doch sei der Staat aufgerufen, seine Schutzpflicht zu erfüllen, „wenn sich ein schwer und unheilbar Kranker wegen seiner Erkrankung in einer extremen Notlage befindet, aus der es für ihn selbst keinen Ausweg gibt. Die staatliche Gemeinschaft darf den hilflosen Menschen nicht einfach sich selbst überlassen“. ⁴ In solchen extremen Notfällen, sei die Erwerbssperre des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG aufzuheben, und dem Notleidenden der Zugang zu letalen Betäubungsmitteln zu ermöglichen.

Dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis ist weder contra legem noch schafft das BVerwG einen Rechtsanspruch des Einzelnen gegen den Staat auf Hilfe zur Selbsttötung. Vielmehr trägt das Gericht in verfassungskonformer Auslegung der Vorschrift des BtMG den Grundrechten auf

freie Entfaltung der Persönlichkeit und der Menschenwürde gem. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG Rechnung, nach denen jeder selbstbestimmt entscheiden kann, wann und wie er sein Leben enden soll.⁵

Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat das Recht, über das eigene Lebensende zu entscheiden – häufig unter dem Stichwort: Recht auf einen menschenwürdigen Tod – vielfach in der Vergangenheit bestätigt.⁶ Neu ist an der Entscheidung, dass der Staat dem Einzelnen nicht mehr die Mittel dazu verwehren kann, dieses Recht umzusetzen. Wie wäre eigentlich ein menschenwürdiger Tod für einen Menschen mit tetraplegischer Lähmung erreichbar? Sollte jemand, der bis zum letzten Wirbel gelähmt ist, wirklich darauf verwiesen werden, mit seinem Rollstuhl von einer Brücke, vor eine U-Bahn oder von einem Hochhaus zu springen? Oder zum Sterben in die Schweiz zu reisen? Oder wenn ihm das nicht zumutbar ist, sein natürliches Lebensende unter Qualen abzuwarten? Mit einem Recht auf einen menschenwürdigen Tod, welches das Grundgesetz garantiert und die verfassungsrechtliche Rechtsprechung betont, hat das nichts mehr zu tun. Das BVerwG hat die Rspr. des BVerfG, dass der Mensch über sich selbst verfügen und sein Schicksal eigenverantwortlich gestalten kann,⁷ insbesondere das wie und ob seines Todes selbst bestimmen kann, konsequent zu Ende gedacht. Es hat den folgerichtigen Schluss gezogen, Notleidenden den Zugang zu einem verkehrs- und verschreibungsfähigen Betäubungsmittel, das eine würdige und schmerzlose Selbsttötung erlaubt, nicht zu verwehren. Dass damit keine ungehinderte Freigabe von tödlichen Medikamenten verbunden ist, zeigen die deutlichen Grenzen die das BVerwG aufstellt. So kann ein Betroffener ein letales Betäubungsmittel nur erwerben wenn drei Bedingungen erfüllt sind: Es muss eine „extreme Notlage“ gegeben sein, wenn – erstens – die schwere und unheilbare Erkrankung mit gravierenden körperlichen Leiden, insbesondere starken Schmerzen verbunden ist, die bei dem Betroffenen zu einem unerträglichen Leidensdruck führen

¹ S. die Fundamentalkritik des *Deutschen Ethikrates*, Ad-hoc Stellungnahme „Suizidprävention statt Suizidunterstützung“ vom 1.6.2017, abrufbar unter: www.ethikrat.org; *Di Fabio*, Rechtsgutachten v. 11. 2017 z. Urt. d. BVerwG – 3 C 19/15, S. 99 ff. sieht „keine verfassungsrechtliche Schutzpflicht, dem Sterbewilligen die für den Freitod notwendigen Mittel zu verschaffen oder ihm dem Zugang zu ermöglichen“. Dagegen *Merkel*, MedR 2017, 823 (Anm.); *ders.*, NJW 2018, 3 (Editorial); *ders.*, FAZ v. 15.2.2018, S. 6; *Lindner*, ZRP 2017, 148.

² *Di Fabio*, Rechtsgutachten v. 11. 2017 z. Urt. d. BVerwG – 3 C 19/15, S. 99 ff.

³ BVerwG, NJW 2017, 2215 (2218) mit Verw. auf *Jurgeleit*, NJW 2015, 2708 (2714); *Hilgendorf*, JZ 2014, 545 (550); *Lindner*, NJW 2013, 136 (137).

⁴ BVerwG, NJW 2017, 2215 (2218); BVerfGE 142, 313 = NJW 2017, 53 = FamRZ 2016, 1738 Rn. 73 – dort zur Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2, S. 1 GG.

⁵ *Di Fabio* (Fn. 3) sieht den Zweck des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG, die medizinische Versorgung sicherzustellen, als verfehlt an, wollte man Betäubungsmittel für Suizidzwecke ausnahmsweise erlauben. Dass aber – bevor der Gesetzgeber zur Änderung der Vorschrift aufgerufen wäre – eine verfassungskonforme Auslegung der Vorschrift dem Sinn und Zweck der dahinterstehenden Grundrechte mehr entspricht und daher vom herkömmlichen Verständnis des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG abzurücken ist, hat das BVerwG überzeugend klargestellt.

⁶ BGHSt 55, 191 = NJW 2010, 2963 (2967); BGHZ 202, 226 = NJW 2014, 3572 (3574); *EGMR*, NJW 2011, 3773 (3774).

⁷ BVerfGE 49, 286 (298) = NJW 1979, 595.

und nicht ausreichend gelindert werden können, – zweitens – der Betroffene entscheidungsfähig ist und sich frei und ernsthaft entschieden hat, sein Leben beenden zu wollen und ihm – drittens – eine andere zumutbare Möglichkeit zur Verwirklichung des Sterbewunsches nicht zur Verfügung steht“.⁸

Während das erste Kriterium die unerträglichen Schmerzen umschreibt und das dritte Kriterium den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz konkretisiert, bindet das zweite Kriterium die Erlaubnis zum Betäubungsmittelerwerb an den autonomen Willen des Patienten. Im Umkehrschluss schließt das BVerwG damit eine Erwerbs Erlaubnis von letalen Substanzen für Einwilligungsunfähige wie Demenzerkrankte aus. Das entspricht der rechtlichen Praxis, den Wunsch nach Sterbe- oder Suizidhilfe eines Demenzen nicht zu beachten, da ihm die Fähigkeit fehlt, rechtlich verbindlich eine Entscheidung mit irreversiblen Folgen zu fällen. Der Schutz vulnerabler Personen vor ihren eigenen, unfreien Entscheidungen und deren Missbrauch durch Dritte, gebietet das. Allein ein Sterbewunsch, der dem mutmaßlichen Willen des Demenzen entspricht oder den er in einer früheren Patientenverfügung als Form erlaubten Sterbenlassen (Behandlungsabbruch oder indirekte Sterbehilfe) gefordert hatte, kann den Mangel an Autonomie überwinden.⁹ Die eindeutige Forderung des BVerwG nach der Entscheidungsfähigkeit für den Erwerb tödlicher Betäubungsmittel versperrt jedoch den Weg über den mutmaßlichen Willen. Das BVerwG zieht mit seinen Kriterien enge Grenzen und beschränkt die Sachverhalte auf extreme Ausnahmefälle.

Ungeklärt bleibt indes die Frage, wie ein zum Hals gelähmter Patient das tödliche Medikament einnehmen kann. Dass er auf die Hilfe Dritter dabei angewiesen ist, liegt auf der Hand. Das aktive Verabreichen von tödlichen Substanzen auf Verlangen des Betroffenen ist jedoch nach herkömmlicher Sicht aktive Sterbehilfe und fällt unter das Verbot des § 216 StGB. Damit wäre aber die Aufhebung der Verschreibungssperre in extremen Notfällen ein zahloser Tiger. Welcher Angehörige würde sich bereit erklären, ein tödliches Medikament zu verabreichen, wenn ihm die Strafbarkeit wegen eines vorsätzlichen Tötungsdeliktes drohte? Die Folgen der BVerwG Entscheidung für das Strafrecht müssen daher geklärt werden. Der Urteilspruch kann nur zur Geltung kommen, wenn eine Strafbarkeit nach § 216 StGB für Helfende ausgeschlossen wird. Der Weg über eine straflose Beihilfe zum Suizid, wie sie *herkömmlich* verstanden wird, scheidet aus. Die „Herrschaft über den todbringenden Moment“ hat nämlich nicht der Suizident, sondern der Dritte, der das tödliche Medikament verabreicht. Nur er ist Täter. Hält man sich den Schutzzweck des § 216 StGB vor Augen, der neben dem Normenschutz auch den Individualschutz vor übereilten, irreversiblen Entscheidungen bietet, so greift letzterer bei Menschen, die sterben wollen, aber sich nicht

selbst töten können, nicht im selben Umfang ein. Eine hohe Hemmschwelle zur Selbsttötung gibt es bei ihnen nicht, da eine solche Tötung schlichterweise nicht realisierbar ist. Für die einzige Möglichkeit zu sterben, bedürfen sie fremder Hilfe. Leistet jemand diese Hilfe, so fungiert er nur als ein verlängerter Arm für den Handlungsunfähigen. Jemand, der sich nicht töten kann, aber sterben will und sich töten würde, wenn er es könnte, ist streng genommen ein Suizidwilliger oder gehinderter Suizident. Hilft ihm jemand den Suizid zu vollziehen, handelt es sich der Wertung nach hier vertretender Meinung eher um Beihilfe zum Suizid als um aktive Sterbehilfe, die in diesem Fall erlaubt werden sollte.¹⁰ Ein solches Verständnis erfasst die Fälle der bis zum Hals gelähmten Patienten und damit auch den Fall, der dem BVerwG zur Entscheidung vorlag. Diese Patienten, die sterben wollen, auf den sich möglicherweise über längere Zeit hinziehenden Weg des Behandlungsabbruchs oder der indirekten Sterbehilfe zu verweisen, ist dann unbillig, wenn sich der körperliche und seelische Leidensdruck in dieser Zeit nicht mehr unterdrücken lässt. Nur dann ist die Suizidhilfe wirklich alternativlos. Das Urteil beschränkt sich aber nicht auf handlungsunfähige Patienten. Menschen, die eine schwere und unheilbare Erkrankung mit gravierenden körperlichen Leiden, insbesondere starken Schmerzen haben, die aber noch handlungsfähig sind, müssen auch nach hier vertretender Meinung das tödliche Medikament zwingend selber einnehmen, damit eine Suizidhilfe straflos bleiben kann.

Ob ein Arzt oder Sachbearbeiter des BfArM verpflichtet werden kann, ein letales Medikament zu verschreiben, ist angesichts des § 217 StGB und – bei Ärzten – auch angesichts des § 16 Abs. 3 Musterberufsordnung für Ärzte (MBO) fraglich.¹¹ Das Gesetz lässt Interpretationsspielräume.¹² Auf den ersten Blick scheint der Gesetzgeber allerdings Ärzte aus dem Kreis potentieller Täter ausschließen zu wollen. So führt die Gesetzesbegründung zu § 217 StGB aus, „die „Hilfe beim Sterben“, die Angehörige von Heilberufen im Rahmen medizinischer Behandlung, z.B. in Krankenhäusern, Hospizen und anderen palliativmedizinischen Einrichtungen leisten, fällt nicht unter § 217 StGB“.¹³ Diese Begründung ist allerdings schwer in Einklang zu bringen mit der Definition der „Geschäftsmäßigkeit“. Wer die Wiederholung der Suizidförderung zum Gegenstand seiner Beschäftigung macht, handelt bereits beim „erstmaligen Angebot“ geschäftsmäßig, sofern er nur die Fortsetzung dieser Suizidförderung beabsichtigt. Leisten Ärzte mehrfach (bzw. einmal mit Fortsetzungstendenz) Suizidbeihilfe im Krankenhausbetrieb, besteht wegen des organisierten und geschäftsmäßigen Vorgehens das Risiko einer Strafbarkeit nach § 217 StGB. Ähnliches würde für Arztpraxen gelten, in denen Ärzte wiederholt Patienten Suizidbeihilfe anbieten würden. Bislang ist § 217 StGB in Bezug auf die Strafbarkeit von Ärzten zu unbestimmt.¹⁴ Nach ärztlichem Berufsrechts ist die

⁸ BVerwG, NJW 2017, 2215 (4. Leitsatz).

⁹ Magnus, NSZ 2013, S. 1 ff.; dies., in: Frewer/Bergemann/Jäger, Interessen und Gewissen, Jahrbuch Ethik in der Klinik, 2016, S. 247 ff. dies., ZfL 2018, 2 ff.

¹⁰ Magnus, Patientenautonomie im Strafrecht, 2015, S. 369 ff., 622 f.

¹¹ Vgl. die Kritik von Oğlakcioğlu, in: BeckOK-StGB, 37 Ed. (2018), § 217 Rn. 12c.

¹² Vgl. Magnus, medstra 2016, 210 (215).

¹³ Vgl. BT-Drs. 18/ 5373, S. 17, 18.

¹⁴ Diesen Schluss ziehen auch Gaede, medstra 2016, 65 (66); Duttge, NJW 2016, 120 (122, 124); vgl. zur Problematik des § 217 StGB auch Grünwald, JZ 2016, 938; Berghäuser, ZStW 126 (2016), 741 (784).

Beihilfe zum Suizid keine ärztliche Aufgabe, wie auch die MBO unverändert unterstreicht.¹⁵ Eine endgültige Klärung der Strafbarkeit von Suizidbeihilfe durch Ärzte ebenso wie der durch Sachbearbeiter des BfArM ist aber erst mit der anhängigen Entscheidung des *BVerfG* zu § 217 StGB zu erwarten.¹⁶

Insgesamt ist die Entscheidung des *BVerwG* zu begrüßen. Sie gibt dem Sterbewilligen, dessen Leiden unheilbar und unerträglich sind, Mittel und Wege, auf angemessene und schmerzlose Weise aus dem Leben zu scheiden.¹⁷ Das ist vor dem Hintergrund der Grundrechte auf Leben, Menschenwürde und Allgemeines Persönlichkeitsrecht die richtige Entscheidung. Dass das *BVerwG* die Verbotsnorm des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG anders als sonst verstanden auslegt, ist wegen der Höherrangigkeit der einschlägigen Grundrechte und der Beschränkung auf extreme Ausnahmefälle zutreffend, verhindert es doch auf diese Weise einen unverhältnismäßigen Grundrechtseingriff.

Dadurch verschafft das Gericht dem Selbstbestimmungsrecht im Bereich der Suizidhilfe stärkere Geltung. Die Praxis wird sich auf die seltenen Fälle beschränken, in denen andere zumutbare Suizidmethoden nicht verfügbar sind. Damit reduziert sich die Entscheidung auf die Fälle, in denen palliativmedizinische Methoden den körperlichen und seelischen Leidendruck nicht beheben können oder ein Behandlungsabbruch nicht zeitlich zumutbar den Tod herbeiführen kann. Das wird, so ist zu erwarten, in der Praxis nur einen Bruchteil der Sterbewilligen treffen. Welche Folgen das Urteil für das Strafrecht haben wird, wird sich insbesondere an der Klärung der oben problematisierten Fragen zeigen, ob Ärzte und Sachbearbeiter des BfArM angesichts des § 217 StGB tödliche Substanzen verordnen dürfen, ob und inwieweit Suizidhilfe bei Demenzkranken möglich ist und ob sich Dritte gem. § 216 StGB strafbar machen, wenn sie dem gelähmten, handlungsunfähigen Patienten letale Mittel verabreichen.

¹⁵ § 16 Abs. 3 MBO, den jedoch nicht alle Landesärztekammern umgesetzt haben.

¹⁶ Ein Strafbarkeitsrisiko für Ärzte ist umso unbilliger, als Ärzte sinnvoll im Grenzbereich zwischen Leben und Tod tätig werden könnten, etwa die bei der Beurteilung der Freiverantwortlichkeit des Suizidwunsches, als „Gatekeeper“ über die Medikamente und beim Aufzeigen von Alternativen wie z.B. Palliativmedizin und Ausschöpfen aller Behandlungsmöglichkeiten, s. *Magnus*, *medstra* 2016, 210 (215).

¹⁷ Auf die Notwendigkeit von verfahrenssichernden Maßnahmen wie etwa der Begutachtung durch eine Ethikkommission weist *Lindner*, *ZRP* 2017, 94 sowie 148 zutreffend hin.

BUCHBESPRECHUNGEN

André Bohn: Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Angeklagten vor dem Hintergrund neuer Beweise

von Dr. Oliver Harry Gerson

2016, Schriften zum Strafrecht Band 298, Duncker & Humblot, Berlin, ISBN: 978-3-428-15033-5, S. 347, EUR 89,90

I. Die Wiederaufnahme-Vorschriften der §§ 359 ff. StPO dienen der Korrektur von „Fehlentscheidungen“. Sowohl zugunsten (§ 359 StPO) als auch zuungunsten (§ 362 StPO) des Verurteilten kann ein durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenes Verfahren unter engen Voraussetzungen erneut aufgerollt werden. Die Wiederaufnahme operiert damit im Spannungsfeld von Wahrheit, Gerechtigkeit, Rechtsfriede und Rechtssicherheit. Aus diesem „Schmelztiegel“ greift *Bohn* in seiner Schrift, die im WS 2015/2016 der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum als Dissertation vorlag (Betreuer: PD Dr. *Jens Sickor*), ein Problem aus dem Bereich der *zuungunsten* des Angeklagten erfolgenden Wiederaufnahme heraus. Konkret dreht es sich um die Frage, ob es zulässig sein kann, dass bei Vorliegen *neuer Beweise* eine rechtskräftig freigesprochene Person erneut angeklagt wird. Die Überlegungen sind rechtspolitischer Natur, denn § 362 StPO, der die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Angeklagten normiert, ermöglicht *de lege lata* keine Möglichkeit der Wiederaufnahme vor dem Hintergrund neuer Beweise.

Die Fragestellung ist brisant und beschäftigt in regelmäßigen Abständen die Rechtspolitik (vgl. zuletzt WD-BT, Die Erweiterung der Wiederaufnahmegründe in § 362 StPO um neue Untersuchungsmethoden, WD 7 – 3000 – 121/16 v. 16.8.2016). Das Thema impliziert zudem komplexe Überlegungen auf grundrechtlicher, europäischer und menschenrechtlicher Ebene.

II. Die Arbeit ist in acht Abschnitte gegliedert (A bis H). Nach einem geschichtlichen Überblick über die Entwicklung der Wiederaufnahmevorschriften und des Schutzes vor erneuter Strafverfolgung (A bis C, S. 22-46) setzt *Bohn* sich mit der Rechtskonformität des geltenden § 362 StPO auseinander (D bis E, S. 47-183) und prüft im Anschluss die Möglichkeit der Erweiterung der Wiederaufnahmevorschriften zuungunsten des Angeklagten vor dem Hintergrund neuer Beweise (F bis H, S. 193-288). Die Abschnitte D und E zur Vereinbarkeit des § 362 StPO aktueller Fassung mit höherrangigem Recht sowie der Abschnitt G zur möglichen Neu-Fassung des § 362 StPO *de lege ferenda* bilden die Schwerpunkte der Untersuchung.

Als Ergebnis resümiert *Bohn*, dass eine Wiederaufnahme

propter nova zum Nachteil des Angeklagten und damit auch eine entsprechende Erweiterung des § 362 StPO *de lege ferenda* rechtskonform nicht möglich seien. (S. 289).

III. In der Einleitung legt *Bohn* dar, dass jede Rechtsordnung der Instrumente bedürfe, um Fehlentscheidungen zu revidieren. In der deutschen StPO werde dies, bei rechtskräftig abgeschlossenen Verfahren, u.a. über die Vorschriften zur Wiederaufnahme gewährleistet. Die Verurteilung eines womöglich Unschuldigen impliziere dabei stets auch die Nichtverfolgung eines womöglich Schuldigen. Ein Vergleich der §§ 359 StPO und 362 StPO zeige auf, dass bei der Wiederaufnahme *zuungunsten* des Angeklagten kein Wiederaufnahmegrund wegen der Beibringung neuer Tatsachen oder Beweismittel normiert wurde (anders als z.B. in § 373a StPO bei Strafbefehlen). Da zwar rechtspolitisches Interesse in der Bevölkerung für Konstellationen bestehe, in denen nach rechtskräftigem Abschluss des Verfahrens entdeckte Beweismittel eine Überführung des Angeklagten ermöglicht hätten, es jedoch bis dato (Stand der Arbeit: Juni 2016) keine konkreten legislativen Vorstöße in diese Richtung gebe, die Gründe zur Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten zu erweitern, möchte *Bohn* klären, ob § 362 StPO modifiziert werden müsse und ob eine solche Erweiterung, die neue Beweismittel als Grund für eine Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten zuließe, verfassungskonform möglich ist (S. 17-21).

IV. Es folgt ein historischer Abriss der Entwicklung der Wiederaufnahmeregelungen der §§ 359 ff. StPO und des Art. 79 Abs. 1 BVerfGG (S. 22-35). In diesem Kontext legt *Bohn* dar, dass keine eindeutige Definition zur Bestimmung der „Fehlentscheidung“ existiere und folgt der Ansicht, dass es dabei nicht allein auf den Widerspruch zum materiellen oder zum prozessualen Recht ankomme, sondern es stets um eine Einzelfallbetrachtung gehen müsse (S. 24 f.). In den Digesten des römischen Rechts war nur in Ausnahmefällen eine Spielart der Wiederaufnahme vorgesehen (S. 25 f.). Auch das germanische Recht verwehrte sich jeder Form der Wiederaufnahme (S. 26). Erst seit dem frühen 19. Jhd. seien sowohl in der preußischen Criminal-Ordnung von 1805 als auch in österreichischen und französischen Kodifikationen erste Vorläufer der Wiederaufnahme *zugunsten* des Angeklagten zu finden; die Aufnahme *zuungunsten* blieb umstritten (S. 26 ff.). *Bohn* lässt weitere Analysen der bayerischen und badischen Verfahrensordnungen folgen und belegt,

dass durch deren Entwicklung und Rezeption das Rechtsinstitut der Wiederaufnahme (zugunsten und zuungunsten) auch „gesamtddeutsch“ nach und nach verfestigt wurde. Der Rechtsgedanke der Wiederaufnahme *zuungunsten* des Angeklagten kam schließlich in der RStPO von 1879 (damals als § 402) zum Ausdruck. Der heutige § 362 StPO zur nachteiligen Wiederaufnahme, der dem § 402 RStPO nachgebildet ist, enthält nunmehr vier Wiederaufnahmegründe, wovon Nr. 1 bis 3 als *propter falsa* bezeichnet werden, da menschliches Verhalten das Urteil beeinflusst hat und Nr. 4 als *propter nova*, da neue Tatsachen oder Beweismittel das ursprüngliche Urteil erschüttern (S. 33-35).

V. In Abschnitt C folgt ein historischer Überblick über den Grundsatz *ne bis in idem*, der sich bereits im römischen und mittelalterlichen deutschen Recht finden lasse (S. 36-46). Vertieft erfolgt die Darstellung der *absolutio ab instantia* des (italienischen) Inquisitionsprozesses des späten Mittelalters: Dieses Institut erlaubte in Fällen, in denen das Gericht sich der Schuld des Angeklagten nicht sicher war, eine „Entbindung von der Instanz“, was bewirkte, dass die Untersuchung bei jedem neuen Verdacht wieder aufgenommen werden konnte. Dadurch sei der Eintritt der Rechtskraft verhindert worden; zudem ging es nicht nur um neue Tatsachen, sondern auch um die Neuverwertung bereits bekannter Beweise. Die *absolutio ab instantia* hielt sich trotz rechtstaatlicher Bedenken bis ins 19. Jahrhundert und habe Eingang in zahlreiche Partikularkodifikationen gefunden (S. 37-44). Erst im Zuge der französischen Revolution und der Rezeption des französischen Rechts sei die Bedeutung des Doppelbestrafungsverbots ins Bewusstsein gerückt und beanspruchte von da an uneingeschränkte Geltung (S. 44-46). Seit den 1920er Jahren und vor allem unter der nationalsozialistischen Herrschaft wurden jedoch immer wieder Angriffe auf diesen Grundsatz unternommen. Auch deshalb habe die Maxime Eingang in den Art. 103 Abs. 3 GG gefunden (S. 45 f.).

VI. Im Abschnitt D untersucht *Bohn* die strafprozessuale Zulässigkeit und Vereinbarkeit des § 362 StPO mit höherrangigem Recht und anderen Prinzipien (S. 46-175), konkret mit Grundsätzen der StPO (S. 47-57), dem Art. 103 Abs. 3 GG (S. 57-100), völker- und europarechtlichen Vorgaben (S. 100-145) sowie dem Institut der Verjährung (S. 145-175).

1. Zunächst zeigt *Bohn* auf, dass der historische Gesetzgeber die § 362 Nr. 1 bis 3 StPO in der Überzeugung normierte, dass es nicht tragbar sei, dass der Angeklagte selbst weitere Straftaten begehe, um sich der Strafverfolgung zu entziehen (S. 47). Indes beträfen die Nr. 1 bis 3 inzwischen jedoch auch Fehler im Ausgangsverfahren, unabhängig davon, ob sie vom Angeklagten verantwortet wurden, da sich dieser bei einem nicht justizförmigen Verfahren nicht auf „Rechtssicherheit“ berufen könne (S. 48 f.). Bei § 362 Nr. 4 StPO (Geständnis) seien historisch Gründe der Verwirklichung der materiellen Gerechtigkeit ausschlaggebend gewesen, was nach *Bohn* aber nur bedingt überzeuge, da „materielle Gerechtigkeit“ ein zu unbestimmter Rechtsbegriff und das Rechtsbewusstsein

der Bevölkerung kein tauglicher Maßstab seien (S. 49 f.). Allenfalls könnte der Angeklagte durch sein Geständnis selbst auf den Grundsatz des *ne bis in idem* verzichtet haben, was angesichts der individuellen Rechtfertigung von Eingriffen in (Justiz-)Grundrechte wie Art. 103 Abs. 3 GG möglich sein müsse (S. 51 f.). Da die Wiederaufnahme akkusatorische Elemente aufweise, unser heutiger reformiert-inquisitorische Strafprozess diese aber toleriere, spreche dies insgesamt für eine grundsätzliche Systemkonformität der Wiederaufnahmevorschriften mit den Prinzipien der StPO (S. 52-56).

2. Als nächstes prüft *Bohn* die Vereinbarkeit von § 362 StPO mit Art. 103 Abs. 3 GG. Aus seiner historischen Bedeutung (insbesondere den Beratungen des Verfassungskonvents von Herrenchiemsee und des Parlamentarischen Rates) heraus versteht er Art. 103 Abs. 3 GG als umfassendes Verbot erneuter Verfolgung, was sich auch teleologisch stützen lasse (S. 57-62).

a) Er greift überdies das Problem der Abgrenzung von nichtigen Urteilen und Nichturteilen auf (S. 62-83) und konkludiert – obwohl es sich nach *Bohn* um ein Gebiet geringster Praxisrelevanz handele (S. 69 ff.) –, dass es unter der geltenden StPO (wohl) keine nichtigen Urteile geben könne; sofern man dies gleichwohl annähme, müssten auch die dem nichtigen Urteil vorangegangenen Verfolgungsmaßnahmen unter Art. 103 Abs. 3 GG fallen (S. 83). Es folgen Überlegungen zum Merkmal der *erneuten* Verfolgung (S. 84 ff.).

b) Im weiteren Verlauf arbeitet *Bohn* die Verfassungswidrigkeit des § 362 StPO wegen Verstoßes gegen Art. 103 Abs. 3 GG heraus. Wenngleich alle Konstellationen des § 362 Nr. 1 bis 4 StPO inhaltlich beanstandungsfrei seien, sei § 362 StPO gleichwohl deshalb nicht mit Art. 103 Abs. 3 GG vereinbar, weil darin eine Begrenzung der Wiederaufnahme auf bestimmte, schwere Straftaten fehle. Für Fälle geringer Schuld existierten allerdings die Einstellungsvorschriften der §§ 153 ff. StPO, da es wegen des Bagatelcharakters des Vergehens nicht schuldangemessen wäre, weiter zu verfolgen. Da nichts anderes für die Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten gelten könne, werde der uneingeschränkte § 362 StPO dem Erfordernis der Abwägung von Rechtssicherheit und Vermeidung von Fehlentscheidungen im Sinne praktischer Konkordanz nicht gerecht (S. 95 ff.).

c) Zudem sei auch die Ausklammerung des § 362 Nr. 3 (strafbare Amtspflichtverletzung eines mitwirkenden Richters oder Schöffen) im § 370 StPO, was Nr. 3 als absoluten Wiederaufnahmegrund ausgestaltet, in sich nicht schlüssig bzw. verfassungswidrig. Es sei kein vertretbarer Grund erkennbar, weshalb bei Mitwirkung eines Richters oder Schöffen, der sich in Beziehung auf die Sache einer strafbaren Verletzung seiner Amtspflichten schuldig gemacht hat, der Nachweis des Einflusses auf die Entscheidung (anders als bei § 362 Nr. 1 und 2 StPO) entbehrlich und dadurch für diese Fälle eine Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten immer möglich sei (S. 96-100). Die *materielle* Gerechtigkeit werde nach *Bohn* von einer (nicht entscheidungserheblichen) Straftat durch einen

Richter oder Schöffen nicht tangiert. Zudem hätten die anderen Verfahrensbeteiligten kein so hohes Interesse an der Einhaltung *prozessualer* Gerechtigkeit, dass diese das Recht des Angeklagten auf Rechtssicherheit überwiegen könne.

3. Im Unterkapitel über die Vereinbarkeit mit völker- und europarechtlichen Vorgaben untersucht *Bohn* die Vereinbarkeit des § 362 StPO mit dem Grundsatz *ne bis in idem* in seinen jeweiligen Ausprägungen in der EMRK, dem IPbpr, der EU-GRCharta und Art. 54 SDÜ (S. 100-143). *Bohn* konstatiert, dass § 362 StPO jedenfalls mit Art. 14 Abs. 7 IPbpr vereinbar sei (S. 101-104). In Bezug auf Art. 4 ZP 7 EMRK (welches die Bundesrepublik bislang nicht ratifiziert hat) sei die Lage differenzierter zu bewerten. Insbesondere der absolute Aufnahmegrund des § 362 Nr. 3 StPO stehe Art. 4 ZP 7 EMRK aber entgegen (S. 104-107). Auch mit Art. 50 EU-GRCharta sei § 362 StPO nicht zu vereinen (S. 106-116). Eingehend wird sodann die Konformität der Wiederaufnahme mit Art. 54 SDÜ geprüft (S. 117-143). Nach vertieften Überlegungen zum Binnenverhältnis der europäischen und völkerrechtlichen Rechtsregime und in Bezug auf Art. 103 Abs. 3 GG schlussfolgert *Bohn*, dass ein transnational verstandener § 362 StPO sowohl gegen Art. 54 SDÜ, Art. 50 EU-GRCharta als auch Art. 103 Abs. 3 GG verstoße (S. 143).

4. Da durch die Wiederaufnahme eine Erneuerung der Hauptverhandlung angestrebt werde, stehe diese auch in Konflikt mit den Vorgaben der Verjährung, §§ 78 ff. StGB, was *Bohn* im letzten Unterkapitel des Abschnitts D untersucht (S. 143-175). Als Sinn der Verjährung versteht *Bohn*, dass diese dem Umstand Rechnung trage, dass mit zunehmendem Zeitablauf eine Verwirklichung der Strafzwecke immer unwahrscheinlicher werde (S. 147). Inwiefern die bei der Wiederaufnahme bewirkte *Strafverfolgungsverjährung* zu erklären sei, werde in der Dogmatik unterschiedlich beantwortet. Einerseits werde von einem nicht gelösten Konflikt gesprochen, u.a. weil § 78b Abs. 3 StGB nicht ergebe, dass die Verjährung durch den Eintritt der Rechtskraft begrenzt sei (S. 148 f.). Auch eine direkte oder analoge Anwendung des § 78c Abs. 1 Nr. 7 StGB scheide aufgrund seiner Restriktivität aus. *Bohn* untersucht sodann, ob die Verjährung zwischen rechtskräftiger Entscheidung und rechtskräftigem Wiederaufnahmebeschluss womöglich i.S.d. § 78b Abs. 1 Nr. 2 Hs. 1 StGB ruhe (S. 150-159), da das Legalitätsprinzip wegen Unanwendbarkeit im Wiederaufnahmeverfahren nicht entgegenstehe und die Sperrwirkung des Art. 103 Abs. 3 GG nur vorbereitende Handlungen zur Wiederaufnahme gestatte. Nach der Auseinandersetzung mit weiteren Ansichten (S. 160-171) konkludiert *Bohn*, dass unter Abwägung aller Interessen die Verjährung zwischen rechtskräftigem Urteil und rechtskräftigem Wiederaufnahmebeschluss ruhe und erst im Rahmen der Fortsetzung des Verfahrens nach Wiederaufnahme die „ursprüngliche Verjährung“ weiterlaufe (S. 171 f.). Soll wegen einer anderen Tat als der des Ausgangsverfahrens wiederaufgenommen werden, liefen die jeweiligen Verjährungsfristen beider Delikte gleichzeitig, wobei die eintretende Verjährung eines der Delikte auch „die Verfolgung des anderen Delikts sperrt“. (S. 172-175).

5. Abschnitt E fasst die bisherigen Ergebnisse zusammen und versucht eine taugliche Methode für das Problem miteinander verwobener Auslegungen von auf unterschiedlicher Ebene angesiedelter Rechtsmassen zu bieten (S. 176-183).

6. In Abschnitt F untersucht *Bohn*, wie § 362 StPO – angesichts der in Abschnitt D aufgezeigten Verstöße – rechtskonform ausgestaltet werden könnte (S. 184-192). Er schlägt unter anderem vor, § 362 Nr. 3 StPO in den § 370 StPO aufzunehmen (S. 184 f.). Überdies solle eine Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten nur bei Verbrechen i.S.d. § 12 Abs. 1 StGB möglich sein, was in einem § 362 Abs. 2 StPO *de lege ferenda* geregelt werden könnte (S. 185-192).

VII. Als zweiter Schwerpunkt der Arbeit wird im Abschnitt G untersucht, ob in einem zukünftigen § 362 StPO eine Erweiterung der Wiederaufnahmegründe auch wegen neuer Tatsachen und Beweismittel möglich wäre (S. 193-288).

1. Zunächst stellt *Bohn* dar, dass eine Ausweitung des § 362 StPO (trotz angenommener Verfassungswidrigkeit, s.o.) grundsätzlich möglich sei und auch nicht zwingend in Konflikt mit § 103 Abs. 3 GG gerate (S. 193-200).

2. Danach untersucht er die faktische Notwendigkeit einer Erweiterung (S. 200-217). Bisherige Gesetzesinitiativen konnten zwar nicht durchdringen. Allerdings seien es gerade die neuesten Techniken der Molekularbiologie, wie die DNA-Analyse, die die Aufdeckung zurückliegender Taten auch nach Jahren ermöglichten. Diesen neuen Technologien allerdings per se eine Aufdeckungsgarantie zuzusprechen sei falsch, denn sie klärten zumeist nur, *ob* ein bestimmtes Material vom mutmaßlichen Täter stamme, nicht jedoch, *wie* es an den Fundort gekommen sei, so dass auch sie keine 100-prozentige Aufklärungsmöglichkeit böten.

3. Spiegelbildlich zu Abschnitt D wird sodann untersucht, ob eine Erweiterung des § 362 StPO *de lege ferenda* mit höherrangigem Recht vereinbar wäre (S. 217-288).

a) Da neue Beweise, die zuungunsten des Angeklagten wirken, weder in die Sphäre des Gerichts noch des Angeklagten fallen, schlussfolgert *Bohn*, dass sie mit dem Telos des § 362 StPO nicht vereinbar seien. Überdies würde dadurch ein überbordendes inquisitorisches Element in das heutige Strafverfahrensmodell eingefügt, so dass die Ausweitung schon auf strafprozessrechtlicher Ebene ausscheiden müsse (S. 217 f.).

b) Wegen der Schutzwirkung des Art. 103 Abs. 3 GG sei eine Ausweitung des § 362 StPO *propter nova* parallel zu § 359 Nr. 5 nicht zulässig (S. 219-227), da die Sperrwirkung des Art. 103 Abs. 3 GG ansonsten „nur noch auf dem Papier bestünde“ (S. 225). An dieser Bewertung ändere sich auch nichts, wenn man die Wiederaufnahme nur auf Verbrechen beschränkte. Zudem sei eine Erweiterung weder mit den Verjährungsregeln kompatibel noch aus Gründen des Opferschutzes erforderlich (S. 228-232). Bis dato

ergangene Gesetzesinitiativen seien allesamt nicht verfassungskonform umsetzbar (S. 233-238).

c) *Bohn* schließt aus, dass sich eine Erweiterung des § 362 StPO innerstaatlich mit Art. 14 Abs. 7 IPbPr, Art. 4 ZP 7 EMRK und Art. 50 EU-GRCharta vereinbaren ließe sowie transnational mit Art. 54 SDÜ, Art. 50 EU-GRCharta und Art. 103 Abs. 3 GG kompatibel sei (S. 238-242). Ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG sei hingegen nicht anzunehmen (S. 242-253).

d) Weiter wird analysiert, ob eine Wiederaufnahme von Altfällen (d.h. bereits vor dem Inkrafttreten der möglichen Neuregelung des § 362 StPO abgeschlossene Verfahren) dem Rückwirkungsverbot (insbesondere Art. 103 Abs. 2 und Abs. 3, Art. 7 Abs. 1 EMRK/Art. 15 Abs. 1 IPbPr und Art. 49 Abs. 1 EU-GRCharta) zuwiderlaufe (S. 253-273). Zuvörderst wird das „strafrechtliche Rückwirkungsverbot“ des Art. 103 Abs. 2 GG als „Sonderfall des allgemeinen Rückwirkungsverbots“ in den Blick genommen und gefragt, ob dieses dem Anwendungsbereich eines neuen Wiederaufnahmegrundes von Altfällen wegen neuer Beweise entgegenstehe. Dieses Problem sei bislang in Hinblick auf die Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten kaum erörtert worden (S. 256), u.a. deshalb, weil zahlreiche Stimmen davon ausgingen, dass Art. 103 Abs. 2 GG grundsätzlich nicht für das Prozessrecht gelte (S. 255 ff.). *Bohn* spricht sich, mit der Auffassung des *BVerfG*, ebenfalls gegen die Anwendbarkeit des Art. 103 Abs. 2 GG auf das Prozessrecht aus (S. 256-266) und argumentiert damit, dass Art. 103 Abs. 2 GG dazu diene, dem Bürger zu verdeutlichen, wo der Bereich der Strafbarkeit beginne. Das gehe aber nicht so weit, dass schon vor Tatbegehung die mögliche Verfolgbarkeit (d.h. das „ob“ und „wie“ der Verfolgung) erkennbar sein müsse. Da § 362 StPO durch die Aufzählung abschließender Wiederaufnahmegründe zumindest mittelbar bestimme, „wie lange“ eine Straftat nach einem rechtskräftigen vollstreckbaren Urteil noch bestraft werden könne, sei die Wertung des Art. 103 Abs. 3 GG dem § 362 StPO bereits immanent. Für den Art. 103 Abs. 2 GG sei somit schlicht kein Raum mehr; Art. 103 Abs. 2 GG regle das „von wann an“, und gerade nicht das „wie lange“ der Strafverfolgung (S. 258). Das ergebe sich, neben dem Wortlaut, auch aus

der historischen Betrachtung (S. 259 f.). *Bohn* lehnt daher Ansätze ab, die versuchen, die prozessuale Geltung des Art. 103 Abs. 2 GG allein historisch zu bestimmen (S. 258-262) und widerspricht auch Stimmen, die die Anwendbarkeit je nach Einzelfall oder aufgrund vorgeblich fehlender Trennschärfe von materiellem und prozessuallem Recht zu begründen suchen (S. 261-266).

e) Gleichwohl stelle die Wiederaufnahme rechtskräftig abgeschlossener Altfälle nach einer Reform des § 362 StPO die Konstellationen der echten Rückwirkung dar, und greife damit unzulässig in das allgemeine Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 3 GG ein (S. 266-270). Art. 7 Abs. 1 EMRK / Art. 15 Abs. 1 S. 1 IPbPr seien ebenfalls für das Strafverfahrensrecht anwendbar und wären durch die Einführung eines entsprechend erweiterten Kataloges von Wiederaufnahmegründen verletzt. *Bohn* spricht sich zuletzt, aufgrund eines angenommenen Gleichlaufs von Art. 49 EU-GRCharta und Art. 7 Abs. 1 EMRK, für eine Anwendbarkeit auch des Art. 49 EU-GRCharta auf das Prozessrecht aus und stellt auch hier eine Verletzung fest (S. 270-273).

f) Es folgen Überprüfungen anhand der Unschuldsvermutung, der Waffengleichheit sowie des *nemo-tenetur* Satzes (S. 273-288). Abschließend warnt *Bohn* davor, „die Büchse der Pandora in Form einer entsprechenden Erweiterung der nachteiligen Wiederaufnahmegründe zu öffnen“ (S. 288).

VIII. Die Arbeit legt weitreichende historische Belege und Erkenntnisse zu Herkunft und Genese der Wiederaufnahmenvorschriften vor und erweitert dadurch den Horizont und das Verständnis für dieses Themengebiet. Zudem werden die dogmatischen Hürden der (hypothetischen) Erweiterung der Wiederaufnahme zuungunsten des Betroffenen vor dem Hintergrund neuer Beweise umfassend diskutiert. *Bohns* Schrift zeigt auf, dass das Wissen um die historischen Bezüge und Leitlinien der Verfahrensmaximen und die Sensibilisierung für das grund- und menschenrechtliche Mehrebenensystem zum Schutz des rechtsstaatlichen Strafverfahrens unabdingbar sind, um kriminalpolitische Reformbestrebungen sachgerecht würdigen zu können.

Carolyn Schmidt: Grenzen des Lockspitzeinsatzes. Eine rechtsvergleichende Betrachtung am Maßstab der EMRK

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2016, Verlag Nomos, Baden-Baden, ISBN: 978-3-8487-3186-2, S. 260, Euro 68,00.

Auch wenn die von Bundesjustizminister *Heiko Maas* zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens einberufene Expertenkommission sich in knapper Mehrheit dafür aussprach, eine gesetzliche Grundlage für den Einsatz von Verbindungs- oder Vertrauenspersonen zu schaffen, so wurde eine solche Regelung im Zuge der StPO-Reform doch nicht umgesetzt. Umso wichtiger erscheint es, dass *Schmidt* in ihrer Dissertation – wenn auch fokussiert auf die EMRK – rechtsvergleichend die rechtlichen Rahmenbedingungen der staatlichen Tatprovokation aufzeigt, Zulässigkeitskriterien benennt und Lösungsansätze zur Kompensation unzulässiger Tatprovokation erarbeitet.

Als Kurzdefinition eines „Lockspitzels“ stellt die Autorin voran, dass Lockspitzel derjenige ist, der zu Strafverfolgungszwecken eine Person zu einer strafgesetzwidrigen Handlung verleiten soll (S. 16). Der Problemaufriss in Teil 1 macht anhand zweier *BGH*-Entscheidungen den Spagat zwischen praktischer Notwendigkeit und der Gewährleistung eines rechtsstaatlichen Verfahrens beim Lockspitzeinsatz deutlich. In Teil 2 wird der Gegenstand der Untersuchung konkretisiert und insbesondere der rechtliche Rahmen der EMRK abgesteckt. Abschließend wird auf das Fehlen einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung hingewiesen und insoweit zutreffend *de lege lata* „allenfalls“ auf einen Rückgriff auf die Generalklauseln der §§ 161, 163 StPO verwiesen (S. 43). Hier wird aber durchaus thematisiert, dass tatprovokierendes Verhalten keine „Ermittlungs“tätigkeit im eigentlichen Sinne ist und es demnach sehr zweifelhaft erscheint, Tatprovokationen dem Begriff „Ermittlungen jeder Art“ unterfallen zu lassen (S. 46). Dennoch könne eine Verortung der Tatprovokation als Ermittlungsmaßnahme im weiteren Sinn nur in der Strafprozessordnung erfolgen (S. 51).

In Teil 3 ihrer Arbeit legt *Schmidt* die Voraussetzungen der zulässigen staatlichen Tatprovokation dar. Hierzu beschreibt sie zunächst die Anforderungen an die staatliche Tatprovokation nach der Rechtsprechung des *EGMR*, um dann die Begrenzung der staatlichen Tatprovokation in den nationalen Rechtsordnungen im Vergleich zu den Anforderungen des *EGMR* zu untersuchen. Dabei nimmt sie deutsches, österreichisches, polnisches, englisches, französisches und niederländisches Recht in den Blick.

Schmidt stellt fest, dass der *EGMR* ein eindeutiges und vorhersehbares Verfahren der Genehmigung, Durchführung und Überwachung fordert, welches grundsätzlich für

alle in die Deliktsbegehung verstrickten Personen einzuhalten ist. Der *EGMR* hält insbesondere die Anordnung durch einen Richter oder aber die Staatsanwaltschaft für geeignet.

Die von *Schmidt* untersuchten Rechtsordnungen zeigen hier konzeptionelle Divergenzen. Während in Frankreich die Regelungen über zulässiges tatprovokierendes Verhalten mit Ausnahme von Drogengeschäften in das Verfahren bei verdeckten Ermittlungen integriert wurden, sehen andere Rechtsordnungen eine Parallelität beider Institute vor und lassen Tatprovokationen grundsätzlich auch außerhalb von verdeckten Ermittlungen zu. Die anderen Rechtsordnungen enthielten zudem detaillierte Verfahrenselemente, wie Durchführungshöchstfristen, Verlängerungsmöglichkeiten, Informations- und Dokumentationspflichten, die von der Autorin später für eine Regelung in Deutschland zur Ausfüllung der verfahrensrechtlichen Vorgaben des *EGMR* nutzbar gemacht werden. Zudem gibt es in den unterschiedlichen nationalen Rechtsordnungen Divergenzen in Bezug auf die Akteure einer zulässigen staatlichen Tatprovokation. Während die meisten Staaten sowohl die Verleitung zu strafbarem Verhalten durch Polizeibeamte also auch – in Grenzen – durch Vertrauenspersonen zulassen, ist in Frankreich nur der Einsatz von speziell geschulten Beamten statthaft. Zudem stellt *Schmidt* fest, dass in den meisten untersuchten Rechtsordnungen entsprechend der Rechtsprechung des *EGMR* eine Tatprovokation gegenüber unverdächtigen bzw. nicht tatgeneigten Personen untersagt wird. Lediglich in Deutschland soll auch mit Blick auf unverdächtige bzw. nicht tatgeneigte Personen eine Verleitung zur Begehung von Delikten zulässig sein, wenn das tatprovokierende Verhalten nicht über ein bloßes Ansprechen auf die Möglichkeit der Tatbegehung hinausgeht. Diese rechtsvergleichende Studie von *Schmidt* wird im weiteren Verlauf der Arbeit dazu herangezogen, den Lockspitzeinsatz in Deutschland zu überdenken und für eigene Überlegungen *de lege ferenda* nutzbar zu machen. Zuvor werden von der Autorin aber noch die relevanten Zulässigkeitskriterien herausgearbeitet und einer Systematisierung unter Einbeziehung des derzeitigen Forschungsstandes unterzogen.

Daraus entwickelt *Schmidt* einen eigenen Ansatz, der von zwei Prämissen geleitet wird:

1. Es besteht ein grundsätzliches Stufenverhältnis zwischen verdeckten Ermittlungen i.S. der §§ 110a ff. StPO und tatprovokierendem Verhalten.

2. Der Kontext der Strafprozessordnung im Allgemeinen und der Zusammenhang zur verdeckten Ermittlung im Besonderen macht die Einsatzvoraussetzung eines „Verdachts“ erforderlich. (wörtliches Zitat, S. 152).

Die Autorin fordert eine separate, unabhängige Regelung zulässiger staatlicher Tatprovokation, die die Anwendung von tatprovokierendem Verhalten sowohl innerhalb als auch außerhalb von verdeckten Ermittlungen ermöglicht, ein Genehmigungsverfahren vorschreibt und an Gültigkeitsfristen gebunden ist (S. 186). Voraussetzung zulässiger Tatprovokation sowohl durch Polizeibeamte als auch Vertrauenspersonen sei zunächst, dass eine verdächtige Person zur Straftat veranlasst werden soll. Notwendig sei daher der Anfangsverdacht, an einer bereits begangenen Tat beteiligt gewesen zu sein. Zudem sei tatprovokierendes Verhalten nur bei Wiederholungsgefahr zulässig. Das statthafte Ausmaß der Tatprovokation müsse darüber hinaus in Relation zum Verdachtsgrad stehen. Verdienstvoll ist es, dass die Autorin sich an einer Regelung zum Lockspitzeinsatz und daher einem konkreten Vorschlag de lege ferenda versucht. Die vorgeschlagene Regelung beinhaltet eine Legaldefinition, legt die Voraussetzungen und Verfahrensbestimmungen fest und lautet:

„§ 110d StPO (Lockspitzeinsatz)

- (1) Lockspitzel sind dem Staat zurechenbare Akteure, die eine Zielperson unter Verheimlichung ihres staatlichen Auftrags auf kommunikativem Weg zur Begehung einer anschließend strafrechtlich zu verfolgenden Straftat veranlassen sollen.
- (2) Sie dürfen eingesetzt werden, wenn gegen die Zielperson zureichende tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass eine Straftat von erheblicher Bedeutung auf dem Gebiet
 1. des unerlaubten Betäubungsmittelverkehrs,
 2. des unerlaubten Waffenverkehrs oder
 3. der Geld- oder Wertzeichenfälschung

begangen worden ist, soweit auf Grund bestimmter Tatsachen die Gefahr der Wiederholung besteht. Der Einsatz ist nur zulässig, soweit die künftige Aufklärung der Wiederholungstaten auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre.

- (3) Der Lockspitzel darf der Zielperson ein marktübliches Angebot unterbreiten, das sich auf die Abnahme von Gegenständen bezieht, die dem Deliktskatalog des Absatzes 2 unterfallen. Die Freiheit der Willensentschließung und der Willensbetätigung der Zielperson darf nicht beeinträchtigt werden. Die vorgeschlagene Tat muss nach Inhalt und Schwere der Verdachtstat entsprechen.

- (4) Der Einsatz eines Lockspitzels ist erst nach Zustimmung der Staatsanwaltschaft und des Gerichts zulässig. Die Zustimmungen sind schriftlich zu erteilen.
- (5) Über einen Lockspitzeinsatz ist Einvernehmen mit anderen staatlichen Stellen herzustellen, soweit deren Aufgaben hiervon betroffen sind.“ (S. 187 f.)

Dieser Vorschlag de lege ferenda setzt die Eingriffsmaßnahme des Lockspitzeinsatzes in ein ausgewogenes rechtsstaatliches Verhältnis. Wer diese Vorgaben als zu weitgehend empfindet, mag nur zu den Ausführungen des *EGMR* zu den Voraussetzungen zulässiger Tatprovokation zurückblättern. Jedenfalls würde eine solch detaillierte Regelung die Vorbehalte gegen den Einsatz von Lockspitzeln beseitigen und klare Voraussetzungen und Kompetenzen schaffen, die durch die Zustimmungserfordernisse zudem den faden Beigeschmack heimlicher Ermittlungsmethoden verlören. Insgesamt finde ich den Gesetzesvorschlag sehr gelungen und er sollte als Diskussionsgrundlage dienen, um doch noch in einer hoffentlich auch in der nächsten Legislaturperiode folgenden weiteren StPO-Reform Berücksichtigung zu finden.

Die Autorin bleibt aber bei dem Vorschlag de lege ferenda nicht stehen, sondern fragt in einem vierten Teil nach einer Kompensation der unzulässigen staatlichen Tatprovokation. Nach einer Wiedergabe der sich aus der Rechtsprechung des *EGMR* ergebenden Anforderungen werden die Rechtsfolgen der unterschiedlichen nationalen Rechtsordnungen sowie die Literaturansichten dargestellt, um auf dieser Grundlage eine konventionskonforme Lösung abzuleiten. *Schmidt* stellt beim Ländervergleich fest, dass in der Rechtsprechungsentwicklung aller betrachteten Staaten Phasen aufgetreten sind, in denen das Vorliegen einer unzulässigen Tatprovokation lediglich im Rahmen der Strafzumessung Berücksichtigung gefunden hat. Angesichts der insoweit kritischen *EGMR*-Rechtsprechung sind immer mehr Staaten später zu der Annahme eines Verfahrenshindernisses oder Beweisverwertungsverbots übergegangen. In der Literatur wird neben diesen prozessualen Lösungsvarianten eine materiell-rechtliche Lösung in Form eines (persönlichen) Strafausschließungsgrundes diskutiert. Die Autorin entwickelt am Ende ihrer Betrachtungen einen eigenen Lösungsansatz in Form eines Rechtsfolgenmodells (S. 239). Lagen die wesentlichen Eingriffsvoraussetzungen der neu zu schaffenden Rechtsgrundlage des Lockspitzeinsatzes nicht vor, so greife grundsätzlich ein Beweisverwertungsverbot ein, dem keine Fernwirkung zukomme. Wenn die in unzulässiger Weise provozierten Straftaten jedoch wegen der Schwere des Delikts einen Verfolgungszwang auslösen würden, würde das Strafverfolgungsinteresse überwiegen und sei eine Lösung auf Strafzumessungsebene möglich (S. 239). Dies erscheint inkonsequent. Auch hier wäre man wieder bei dem Argument des *EGMR*, dass Verfahrensfairness für eine Straftat, die es ohne Tatprovokation nie gegeben hätte, nicht durch eine Reduzierung der Strafe im Rahmen der Strafzumessung hergestellt werden kann.

Die Dissertation von *Schmidt* zeichnet sich durch einen stringenten Aufbau aus, liest sich gut und flüssig und skizziert durch den rechtsvergleichenden Blick auf europäische Nachbarländer die rechtlichen Anforderungen, die die *EGMR*-Rechtsprechung in Bezug auf die Tatprovokation stellt und die zu unterschiedlichen Anpassungen der einzelnen Rechtsordnungen geführt haben. Deutschland

sollte ebenfalls nachbessern und endlich eine eigene Ermächtigungsgrundlage für den Lockspitzeinsatz schaffen. Wie diese Regelung aussehen könnte, hat *Schmidt* aufgezeigt. Bleibt die Hoffnung, dass der deutsche Gesetzgeber trotz Versäumnis in der letzten StPO-Reform den diesbezüglichen Reformbedarf erkennt und entsprechend nachsteuert.

TAGUNGSBERICHTE

Arbeitstagung „Kriminaltechnik im Strafverfahren“ an der Deutschen Hochschule der Polizei

von Florian Knoop

I. Einleitung

Am 27. April 2018 fand an der Deutschen Hochschule der Polizei (DHPol) in Münster die Arbeitstagung „Kriminaltechnik im Strafverfahren“ statt.

Die in Kooperation mit der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster (*Prof. Dr. Deiters*) organisierte Tagung befasste sich mit drei Themenkomplexen aus dem Bereich der Kriminaltechnik, die regelmäßig von neuen Forschungsergebnissen geprägt werden: IT-Forensik, forensische Serologie und die DNA-Phenotypisierung.

Einleitend begrüßte Frau *Prof. Dr. Schiemann* als Leiterin des Fachgebiets für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminalpolitik an der DHPol die Teilnehmer, die bunt gemischt aus Polizei, Justiz, Rechtsanwaltschaft und Vertretern der Naturwissenschaft zusammengesetzt waren.

II. Themenkomplex IT-Forensik

Den ersten Themenkomplex IT-Forensik leitete *Harald Hertel* mit seinem Vortrag „IT-Forensik im Unternehmen – Umgang mit Massendaten“ eindrucksvoll ein. Herr *Hertel* ist Manager des Bereichs Forensic Technology bei KPMG Deutschland.

Nach einer kurzen Einführung in die technische Kompetenz des KMPG eigenen Datacenters in Frankfurt, das auch den Fachbereich Forensic Data Analytics beheimatete, beschrieb *Hertel*, welchen Arten von Massendaten man im forensischen Tätigkeitsfeld begegne. Diese Daten stammten heute auch aus immer vielfältigeren Quellen, da Dateien nicht mehr nur physisch auf den Computern der Angestellten, sondern auch auf Servern, auf mobilen Endgeräten und in unternehmenseigenen Clouds dezentral gespeichert würden.

Dennoch seien die Dateien auf den Desktops der Mitarbeiter oftmals die forensisch relevantesten, weil diese meist unüberarbeitete Entwurfsfassungen darstellten, die noch nicht für alle Kollegen freigegeben und auf Unternehmensservern gespeichert worden seien, so *Hertel*.

Im Anschluss beschrieb er die vorhandenen Softwarelösungen und das Verfahren zur forensischen Analyse von Massendaten, für das der Abgleich mit einer vorher erstellten Suchwortliste meist einen guten Einstieg darstelle.

Abschließend gab der KPMG-Manager noch einen Ausblick in die Zukunft der forensischen Datenanalyse, in der Machine Learning dazu genutzt werden solle, vom Computer selbstständig eine Auflistung der forensisch relevantesten Daten zu erhalten. Dies sei ein guter Kompromiss zwischen den immer größer werdenden Datenmengen auf der einen und der nicht vorhandenen Möglichkeit für die Ermittler, alle Daten persönlich zu Sichten oder alle relevanten Schlagwörter vorher zu kennen, auf der anderen Seite.

Nach dieser Einführung in die technische Seite der IT-Forensik, schloss sich der Vortrag von *Dr. Eren Basar* „Aktuelles zur IT-Durchsuchung aus Sicht der Verteidigung“ an.

Der Fachanwalt für Strafrecht und zertifizierte Compliance Officer ging zunächst auf die Bedeutung der Durchsuchung, als Herzkammer der Beweisgewinnung, für das Strafverfahren ein und erklärte, dass die rechtlichen Grundlagen für die Sicherstellung bzw. Beschlagnahme von Daten, mangels Regelung in der StPO, erst durch die Rechtsprechung geschaffen werden mussten.

Dass Daten bei Durchsuchungen von Unternehmen in der Praxis oftmals mit der „Staubsaugermethode“, also in sehr großer Menge und ungefiltert nach Relevanz für das Ermittlungsverfahren, erhoben würden, sah *Basar* als problematisch für die Verhältnismäßigkeit an. Zur Lösung schlug er einen dialogischen Ansatz vor, der eine mit der Staatsanwaltschaft abgestimmte Selektion von relevanten und irrelevanten Daten durch die Kanzlei des Verteidigers vorsieht. Da es heutzutage möglich sei, die vom Verteidiger als irrelevant aussortierten Daten zu kennzeichnen und eventuell sogar bei Gericht zu hinterlegen, sei die Manipulationsgefahr gering und die Ermittlungsbehörden erhielten einen verkleinerten und besser durchsuchbaren Datensatz. Zudem, so *Basar*, sei es für die Verteidigung problematisch, dass noch nicht abschließend geklärt sei, ob sie einen Anspruch auf Überlassung aller im Rahmen der Ermittlungen erhobenen Daten habe, denn ohne solch einen Vollzugriff, sei eine effektive Rechtmäßigkeitskontrolle durch die Verteidigung nur sehr eingeschränkt möglich.

Zum Schluss appellierte der Düsseldorfer Anwalt an seine Kollegen aus der Rechtsanwaltschaft, sich stärker mit dem Thema IT-Forensik zu befassen, da die Bedeutung von Daten für das Strafverfahren immer weiter ansteigen werde und nur so eine Waffendisparität zwi-

schen Ermittlungsbehörden und Verteidigung verhindert werden könne. Die effektive Durchsetzung der Beschuldigtenrechte fordere eine hohe Digitalkompetenz auf Seiten der Verteidigung.

Diesen Themenkomplex abschließend referierte *Dr. Benjamin Krause* zum Thema „IT-Forensik bei der Staatsanwaltschaft“. *Krause* ist Staatsanwalt bei der Staatsanwaltschaft Frankfurt a.M. und zurzeit in der Zentralstelle zur Bekämpfung der Internetkriminalität (ZIT) tätig.

Zu Beginn seines Vortrags warf er die Frage auf, ob IT-Forensik eigentlich schon ein Teil der Kriminaltechnik geworden sei und kam zu dem Ergebnis, dass IT-Forensik jedenfalls kein Neuland für Strafverfolgungsbehörden darstelle, da sie schon jetzt täglich von Polizeibehörden praktiziert werde und diese auch Unterstützung von Experten der Landeskriminalämter erhielten. Damit sei klar, dass IT-Forensik längst ein Teil der Kriminaltechnik geworden sei und somit von den Strafverfolgungsbehörden auch beherrscht werden müsse, so *Krause*. Zudem würden die digitalen Fingerabdrücke der Täter, wie beispielsweise Geodaten des Smartphones oder Chatverläufe, auch für Fälle der allgemeinen Kriminalität immer wichtiger, sodass der Fachbereich der IT-Forensik längst kein Spezialgebiet für Internetstrafrechtler mehr darstelle.

Im Anschluss ging *Krause* auf die Problematik der gesperrten und verschlüsselten Mobilgeräte ein. Er wies darauf hin, dass die freiwillige Herausgabe des Passworts auf Strafzumessungsebene Berücksichtigung finden könne und führte auch einen schlagartigen Zugriff der Staatsanwaltschaft bei Durchsuchungen als Lösungsmöglichkeit an, um Zugriff auf noch geöffnete Accounts oder entsperrte Mobilgeräte zu erhalten. Noch ungeregt sei allerdings die Frage, ob man unmittelbaren Zwang zur Entsperrung eines mit Fingerabdrucksensor gesicherten Geräts (z. B. Smartphone mit Touch-ID) einsetzen dürfe.

Eine weitere interessante Thematik, nämlich die Zugriffsmöglichkeit auf Cloud-Daten, die womöglich auf ausländischen Servern gespeichert seien, kommentierte *Krause* in seinem Vortrag dahingehend, dass eine verdeckte Überwachung der Cloud durch Einloggen mit ausgespähten Passwörtern laut Ermittlungsrichter am *BGH* wohl zulässig sei.

Abschließend wies der Staatsanwalt noch darauf hin, dass viele technische Gutachten von IT-Forensikern für die Gerichte und Staatsanwaltschaften aufgrund der hohen Komplexität nicht brauchbar seien und forderte eine bessere Schulung für Gutachter aus dem Informatik-Bereich, sowie den verstärkten Einsatz von IT-Forensikern aus den Reihen von Polizei und Staatsanwaltschaft.

III. Themenkomplex Forensische Serologie

Die Überleitung weg von der Informatik und hin zur

Naturwissenschaft gelang nach der Mittagspause *Dr. Stephan Kuhlmann* vom Landeskriminalamt NRW.

In seinem Vortrag „Forensische Serologie – von Sherlock bis zur Massenspektrometrie“ führte er die Teilnehmer in die wichtigsten Verfahren zur Identifikation und Analyse von DNA-Spuren ein und gab zudem einen Ausblick auf den aktuellen Forschungsstand.

Zunächst widmete er sich dem Auffinden von relevanten Proben, für das es verschiedenen Möglichkeiten gebe. Zum Teil könnten Körperflüssigkeiten mit bloßem Auge wahrgenommen werden, darüber hinaus gebe es aber noch verschiedene Verfahren, mit deren Hilfe man unsichtbares genetisches Material auffindbar machen könne. Als Beispiel führte *Kuhlmann* das Enzymisieren an, bei dem bestimmte Enzyme auf die unterschiedlichen Körperflüssigkeiten reagierten, was dann in einem zweiten Schritt nachweisbar werde. Auch UV-Licht sei ein bekanntes Mittel zur Sichtbarmachung von DNA-Spuren.

Im Anschluss daran erklärte der Forensiker, wie man das so gewonnene Spurenmaterial identifizieren könne. Ebenso wie beim Sichtbarmachen, komme auch bei der Identifikation von DNA-Spuren das Enzymisieren zum Einsatz. Als Alternative existierten daneben allerdings noch das Mikroskopieren und das immunologische Verfahren, bei dem die Reaktion von Antikörpern auf bestimmte Körperflüssigkeiten zur Identifikation der Proben ausgenutzt werde. Alle diese Methoden seien schnell, einfach und günstig in der Anwendung, sie stellten allerdings nur indirekte Nachweise dar, was bei Mischungen von Stoffen zum Problem werden könne, so *Kuhlmann*. Daher würden immer neuere Verfahren zur Analyse von DNA-Spuren entwickelt, die genauer seien und auch mit weniger Spurenmaterial verlässliche Ergebnisse liefern. Zum einen gebe es molekularbiologische Ansätze, die durch Analyse der mRNA oder miRNA die Identifikation eines Täters ermöglichen. Diese hätten den Vorteil, dass sie parallel zur DNA-Analyse durchgeführt werden könnten und auch Multiplexe untersuchbar wären, allerdings seien diese Verfahren relativ aufwendig und kostenintensiv. Ein weiteres Verfahren sei die DNA-Methylierung, bei dem die DNA modifiziert werde, was sehr arbeitsintensiv sei und eine große Menge an DNA-Material benötige.

Im Anschluss daran ging der LKA-Forensiker auf die nicht DNA-basierten Verfahren zur Stoffanalyse ein. Er erklärte, dass bei der Raman-Spektroskopie das Spurenmaterial mit Laserstrahlen beschossen würde, was zwar nicht invasiv sei, aber ein Vergleichsmuster zum Abgleich der Ergebnisse benötige. Die Mikrobiomanalyse, welche die Bakterienvielfalt (sog. Biom) auf der Haut untersuche, könne zwar viele Marker analysieren, sei aber schwierig zu validieren und von vielen Störfaktoren beeinflussbar.

Zum Abschluss ging *Kuhlmann* noch auf die Massenspektrometrie ein, die zwar sehr aufwendig und teuer sei, aber auch mehr Marker liefere und auch für Stoffmi-

schungen einsetzbar sei. Bei diesem Verfahren würden die in der Spur vorhandenen Proteine in ihre Peptide aufgetrennt, welche dann nach ihrem Masse-zu-Ladungsverhältnis sortiert und mit einer Datenbank abgeglichen würden. Dies lasse eine eindeutige Identifikation des untersuchten Stoffs zu.

IV. Themenkomplex DNA-Phenotypisierung

Der letzte Themenkomplex wurde von *Prof. Dr. Peter Schneider* eingeleitet, der die DNA-Phenotypisierung aus molekulargenetischer Sicht beleuchtete.

Der Leiter des Instituts für Rechtsmedizin der Uni Köln stellte zunächst an einem Beispielfall dar, wie Ergebnisse einer DNA-Phenotypisierung die Arbeit der Ermittlungsbehörden beeinflussen können. Im Gegensatz zur herkömmlichen DNA-Analyse, deren Ziel es sei, ein Einzelpersonenprofil auszuwerfen, welches dann mit einer Datenbank abgeglichen werden könne, seien mit der erweiterten DNA-Analyse ausschließlich bestimmte Gruppenmerkmale (z.B. Augenfarbe, biogeographische Herkunft, Haarfarbe etc.) als Ergebnisse möglich. Auf Personen mit diesen Gruppenmerkmalen könnten sich dann die Ermittlungsmaßnahmen konzentrieren, so *Schneider*.

Daraufhin erläuterte der Genetiker, welche Merkmale generell mit der erweiterten DNA-Analyse ausgeworfen werden können. Dies seien äußerliche Körpermerkmale, wie das Geschlecht, die Augenfarbe, Haarfarbe, Hautfarbe, Sommersprossen, Haarstruktur und theoretisch sogar die Statur und Gesichtszüge (noch nicht genügend erforscht) des Spurenlegers, aber auch seine biogeographische Herkunft und das Alter (auf 3 – 5 Jahre genau). Möglich sei all dies Dank einzelner Abweichungen in der DNA-Sequenz (sog. SNPs) menschlicher Populationen, die sich über die komplette Menschheitsgeschichte durch natürliche Selektion und Mutationen herausgebildet hätten. Diese Abweichungen in der DNA des Spurenlegers ließen sich mit Referenzdaten vergleichen und ermöglichten dadurch Rückschlüsse, auf die oben genannten Merkmale. Diese Gruppenmerkmale würden allerdings immer nur in Form von relativen Wahrscheinlichkeiten ausgegeben, so *Schneider* weiter, daher ließen sich durch diese Methode keine absolut sicheren Vorhersagen treffen. Zudem sei die DNA mancher Menschen nicht eindeutig einer bestimmten Population zuzuordnen, was dazu führe, dass bei einigen Spuren eine Vorhersage schlicht nicht möglich oder zumindest sehr ungenau sei.

Im Anschluss erklärte der Rechtsmediziner, welche Spuren überhaupt für eine erweiterte DNA-Analyse geeignet seien. Zunächst sollte es sich ausschließlich um ein-Personen-Spuren handeln, Mischspuren seien ungeeignet. Dann müsse darauf geachtet werden, dass noch eine ausreichende Menge an Spuren-DNA verfügbar sei und dass die Spur einen relevanten Tatbezug aufweise, der den Aufwand der Analyse rechtfertige.

Zum Abschluss seines Vortrags wies *Prof. Schneider* darauf hin, dass die DNA-Phenotypisierung niemals die

Identifikation eines Einzeltäters ermögliche, sondern immer nur Hinweise auf wahrscheinliche Merkmale des Spurenlegers gebe. Sollte aufgrund dieser Merkmale ein potentieller Täter ermittelt werden können, sei immer ein vollständiger DNA Abgleich zur zweifelsfreien Identifikation nötig.

Der DNA-Phenotypisierung aus Sicht der Strafverfolgungsbehörden widmete sich *Ltd. KD Andreas Stenger*.

Er begann seinen Vortrag mit einer Einordnung der oft geäußerten Kritik an der erweiterten DNA-Analyse. Der Vizepräsident des LKA Baden-Württemberg fand es schade, dass die Fakten in der Diskussion oft zurücktreten würden und war der Meinung, dass es viele der propagierten Risiken in der Praxis nicht gebe. Die forensische DNA-Untersuchung habe die Strafverfolgung revolutioniert und die erweiterte DNA-Analyse könne, entgegen der häufig geäußerten Kritik, einer Stigmatisierung genauso gut entgegenwirken.

Im Anschluss erklärte *Stenger*, dass der rechtliche Rahmen für DNA-Untersuchungen in Deutschland seit 2004 unverändert geblieben sei, obwohl in vielen anderen EU-Staaten eine Legalisierung der DNA-Phenotypisierung vorgenommen oder zumindest geplant worden wäre. Im Koalitionsvertrag sei nun allerdings zumindest eine Erweiterung auf bestimmte Merkmale vereinbart worden. Der ehemalige Leiter des Kriminaltechnischen Instituts beim LKA BW führte weiter an, dass die Methode keine Identifizierung von Tatverdächtigen ermögliche, sondern lediglich Ermittlungsansätze biete und verglich das Ganze mit einem Zeugen. Dieser sei auch nur zu einem gewissen Grad verlässlich, was allgemein akzeptiert werde. Die erweiterte DNA-Analyse, die sogar genaue statistische Angaben zu ihrer eigenen Verlässlichkeit machen könne, werde im Gegensatz dazu stark kritisiert. Umso wichtiger sei es daher, die Befunde der Analyse richtig zu interpretieren und klare Richtlinien und Standards zum Umgang mit den gewonnenen Daten zu schaffen. Weiterhin sei die Methode sicherlich nicht für Massenkriminalität geeignet, was Regelungen zum Anwendungsbereich (z.B. nur bestimmte Deliktsarten) und zur Subsidiarität erforderlich mache.

Stenger schloss mit dem Fazit, dass man die erweiterte DNA-Analyse nicht verteufeln oder tabuisieren, aber sie auch nicht voreilig ohne vernünftige gesetzliche Regelungen einführen solle.

Abgeschlossen wurde dieser letzte Themenkomplex mit einem Vortrag von *Prof. Dr. Mark Zöller*, der das Ganze aus rechtswissenschaftlicher Sicht darstellte.

Zunächst berichtete er von Defiziten, die er in der aktuellen Debatte um die Erweiterung der gesetzlichen Regelungen zur DNA-Analyse ausgemacht habe. Zum einen sei der Freiburger Mordfall Maria L. als Diskussionsanhang ungeeignet, da der Täter in diesem Fall nicht durch die erweiterte DNA-Analyse überführt worden sei, sondern durch die äußerlich erkennbare Farbe eines am Tatort gefundenen Haars.

Dann werde oft übersehen, dass die Methode eher für Einzelfälle relevant und eben kein Allheilmittel sei. Auch sei ein potentieller Missbrauch von DNA-Daten nicht zu erwarten, da es gerade noch nicht möglich sei, ein genetisches Phantombild zu erstellen, was oftmals nicht bekannt sei.

Im Anschluss an diese Ausführungen analysierte der Direktor des Instituts für Deutsches und Europäisches Strafprozessrecht und Polizeirecht der Uni Trier, ob eine Erweiterung der Regelungen verfassungsgemäß wäre. Eine erweiterte DNA-Analyse würde zwar einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, die Menschenwürde und Art. 8 EMRK darstellen, aber auch einem legitimen Zweck, nämlich der Aufklärung von Straftaten dienen, so *Zöller*. Fraglich sei in diesem Zusammenhang lediglich, die Bestimmung welcher Merkmale in den Kernbereich privater Lebensgestaltung ein-

greife und sich damit eines staatlichen Zugriffs entziehe. Dies sei jedenfalls für die Haar- und Hautfarbe nicht der Fall, da diese Merkmale für jedermann äußerlich erkennbar seien. Etwas anderes gelte für Merkmale wie Krankheiten, deren Bestimmung in jedem Fall unverhältnismäßig sei.

Im Allgemeinen forderte Zöller zum Abschluss des Vortrags, dass die zulässig bestimmbaren Merkmale enumerativ im Gesetz aufgezählt werden und hielt weiter eine Subsidiaritätsklausel für Fälle der Bagatellkriminalität für unerlässlich. Solange der ermittlungstaktische Nutzen der biografischen Herkunft nicht zweifelsfrei geklärt sei, solle von der Aufnahme dieses Merkmals in § 81e StPO abgesehen werden und die Analyse solle auf aufgefundenen, sichergestelltes oder beschlagnahmtes Spurenmaterial beschränkt werden.

2. Symposium zum Recht der Nachrichtendienste

Reform der Nachrichtendienste zwischen Vergesetzlichung und Internationalisierung

von Mareike Neumann

Am 15. und 16. März 2018 fand das vom Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat und dem Bundeskanzleramt veranstaltete 2. Symposium zum Recht der Nachrichtendienste im Rahmen der Veranstaltungsreihe „Nachrichtendienste im demokratischen Rechtsstaat“ zum Thema „Reform der Nachrichtendienste zwischen Vergesetzlichung und Internationalisierung“ in Berlin statt.¹ Die Tagung stand unter der wissenschaftlichen Leitung von Prof. Dr. Jan-Hendrik Dietrich (Hochschule des Bundes), Prof. Dr. Klaus Ferdinand Gärditz (Universität Bonn), RiBVerfG a.D. Prof. Dr. Kurt Graulich, Prof. Dr. Christoph Gusy (Universität Bielefeld) und RD Dr. Gunter Warg (Hochschule des Bundes). Ziel des Symposiums war es, eine Plattform für den fachlichen Diskurs zwischen Rechtswissenschaft und Praxis zum Recht der Nachrichtendienste zu schaffen, wobei sowohl zivilgesellschaftliche als auch Erfordernisse aus der behördlichen Praxis Berücksichtigung finden sollten.

I. Grußworte und Einführungsvorträge

Nach einer kurzen Begrüßung durch MR Dietmar Marscholke (Bundesministerium des Innern), der zur Diskussion zwischen Vertretern der Wissenschaft und Praxis anregte und Gärditz, der auf die nachteilige Eigenschaft des Rechts der Nachrichtendienste als Nischenthema hinwies, sprach Staatssekretär Klaus-Dieter Fritsche (Bundeskanzleramt) ein Grußwort. Der Zeitpunkt des Symposiums während des Übergangs zweier Legislaturperioden sei ideal für einen Rückblick auf bereits umgesetzte Reformen und einen Blick in die Zukunft auf den neuen Koalitionsvertrag. Besonders hervorhebenswert im Bereich des Nachrichtendienstrechts sei die im Februar 2018 erstmalig erschienene „Zeitschrift für das gesamte Sicherheitsrecht“ (GSZ) und das neue Masterprogramm „Intelligence and Security Studies“ der Hochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung in Zusammenarbeit mit der Universität der Bundeswehr München, welches Januar 2019 starten wird.

Im ersten Vortrag befasste sich RiBVerfG a.D. Dr. h.c. Wilhelm Schluckebier mit der Sicherheitsgewährleistung zwischen politischer Gestaltung und verfassungsrechtlicher Bindung. Im Rahmen der Sicherheitsgewährleistung

sei der Staat durch das Grundgesetz zum Schutz verpflichtet; dies bezöge auch die Einhaltung rechtsstaatlicher Regeln und die Freiheit des Einzelnen mit ein. Dadurch würde die Möglichkeit, Missbrauch durch die Nachrichtendienste zu betreiben, ausgeschlossen. Schluckebier befasste sich vertieft mit den Grenzen der Datenerhebung und -weitergabe und der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG. Insbesondere ging er dabei auf die Frage der Übertragbarkeit der vom BVerfG aufgestellten Grundsätze in der Entscheidung zum BKA-Gesetz² auf nachrichtendienstliche Daten ein.

Auf diesen Vortrag folgend wurden die Reformperspektiven des Rechts der Nachrichtendienste durch Gusy vorgestellt. Er wies zunächst auf die Diskrepanz zwischen Quantität und Qualität der nachrichtendienstlichen Gesetze hin. Ein Nebeneinander der Sicherheitsbehörden müsse durch ein Miteinander abgelöst werden und Befugnisnormen sollten im Lichte der Rechtsklarheit für Bürger, Nachrichtendienste und ihre Mitarbeiter bestimmter und somit praxistauglicher werden. Zudem müsse das Nachrichtendienstrecht an das Recht des IT- und Internetzeitalters angepasst werden und das Behördenkooperationsrecht bedürfe neuer Regeln zur Informationsoptimierung. Es sei zu begrüßen, so Gusy, dass die von ihm angesprochenen Reformperspektiven sich zum Teil im Koalitionsvertrag der neuen Bundesregierung wiederfinden. Veränderungen sollten jedoch nur in den Bereichen erfolgen, in denen tatsächliche Mängel erkennbar seien und auch Mittel zur Ausführung zur Verfügung stünden.

II. Nach der Reform ist vor der Reform – eine Zwischenbilanz der Reformen des Nachrichtendienstrechts und Dinner Speech

Die zweite Vortragsreihe wurde von Dietrich moderiert und war geprägt von einer Gegenüberstellung der theoretischen und rechtspraktischen Standpunkte zu den jeweiligen Themen.

Zunächst gab RiLG Dr. Markus Löffelmann eine Übersicht über die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung³ des Bundesnachrichtendienstes (BND). Durch das Gesetz zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienstes vom 23. Dezember 2016⁴ sei eine

¹ Die Veröffentlichung eines Tagungsbandes zu dem Symposium mit sämtlichen Vorträgen, Diskussionen und der Podiumsdiskussion ist vorgesehen. Die Tagungsteilnahme der Verfasserin wurde durch das Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat finanziell gefördert.

² BVerfG, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, BVerfGE 141, 220.

³ Eine Legaldefinition der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung bietet § 6 Abs. 1 BNDG: „Der Bundesnachrichtendienst darf zur Erfüllung seiner Aufgaben vom Inland aus mit technischen Mitteln Informationen einschließlich personenbezogener Daten aus Telekommunikationsnetzen, über die Telekommunikation von Ausländern im Ausland erfolgt (Telekommunikationsnetze), erheben und verarbeiten.“

⁴ BGBl I 2016, S. 3346 ff.

neue Befugnis in das BNDG eingefügt worden, die lediglich eine alte Maßnahme regele. Der Gesetzeswortlaut entspreche stark dem Wortlaut des *BVerfG*, was zu Anwendungsproblemen führen würde; daher sei eine Neuordnung und Neuentwicklung der Materie aus dem Verfassungsrecht selbst angebracht. *Löffelmann* ging in seinem Vortrag vertieft auf die Frage ein, ob die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung in Grundrechte – insbesondere das Fernmeldegeheimnis (Art. 10 Abs. 1 GG) – eingreife. Dafür betrachtete er vertieft die Grundrechtsbindung der im Ausland tätig werdenden Behörden, welche er generell verneinte – eine grundrechtsspezifische Betrachtungsweise sei angebracht. Dies begründete er mit der fehlenden Regelung der territorialen Bindung in Art. 1 Abs. 3 GG und der Bindung an die Menschenrechte gegenüber der Weltgemeinschaft aus Art. 1 Abs. 2 GG.

TRDir *Sven-Meyer Ottens* (BND) stellte daraufhin die Auswirkungen der Neuregelungen des BNDG auf die Arbeit des BND dar. Die Mitarbeiter des BND seien im Rahmen von Schulungen an die Neuerungen im BNDG herangeführt worden. Insbesondere die Kennzeichnung der erhobenen Daten zur Nachvollziehbarkeit jedes einzelnen Prozesses führe einen erheblichen Mehraufwand mit sich, für den zusätzliches Personal angefordert werden musste. Die größte Herausforderung im Rahmen der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung sei die sich stets verändernde Kommunikationsstruktur.

Prof. Dr. Mathias Hong (Universität Freiburg) referierte zum Einsatz von V-Leuten und verdeckten Mitarbeitern zwischen sicherheitspolitischer Notwendigkeit und verfassungsrechtlichen Grenzen. Der Einsatz von V-Leuten und verdeckten Mitarbeitern sei sicherheitspolitisch notwendig um die Aufgaben der Nachrichtendienste zu erfüllen, allerdings seien die gesetzlichen Regelungen noch nicht ausreichend. *Hong* stellte zunächst die Voraussetzungen für den Einsatz vor, die in §§ 9a, b BVerfSchG⁵ geregelt sind. Die Zielperson werde durch den V-Mann – der mittelbar an der Erfüllung öffentlicher Aufgaben mitwirke – über die Identität des Gegenübers getäuscht, der Einsatz von V-Leuten zähle daher zu den schwersten denkbaren Grundrechtseingriffen. Bedingt sei dies durch die hochsensiblen Informationen, die erlangt werden, die Möglichkeit der aktiven Gestaltung der Kommunikation und die Verstärkung des Vertrauensbruchs mit Folgen bis hin zu psychischen Problemen der Betroffenen. Besonders ausdrücklich wies *Hong* auf fehlende Ermächtigungsgrundlagen für das Betreten von Wohnungen oder den Einsatz bei Versammlungen hin. Solche Eingriffe seien unzulässig und aufgrund der Grundrechtsverletzungen zu unterlassen.

Demgegenüber wies Dir'in b. BfV *Dinchen Franziska Büddefeld* in ihrer Darstellung des rechtspraktischen Standpunkts darauf hin, dass Grundrechtseingriffe ein

notwendiges Mittel seien, um Extremisten, Terroristen, Spionen und gewalttätigen Personen näher zu kommen: Die zu erlangenden Informationen würden überwiegend lediglich mündlich in geschlossenen Räumen geteilt. Die Auswahl, Verpflichtung, Führung und Bezahlung der V-Leute erfolge unter einem formalisierten und strengen Prozess. Informationen über den Kernbereich privater Lebensgestaltung würden nicht erhoben bzw. nicht gespeichert oder letztlich vom Verfassungsschutz zurückgewiesen werden. Während des Einsatzes der V-Leute seien szenetypische Straftaten nicht zu verhindern; dies werfe die Frage der Teilnahme strafbarkeit der V-Mann-Führer auf. Die neu eingeführten §§ 9a, b BVerfSchG böten mittlerweile jedoch einen größeren Handlungsspielraum: Organisationsdelikte seien unter bestimmten Voraussetzungen nicht mehr strafbar, sodass der Anknüpfungspunkt für die Teilnahme entfielen. *Büddefeld* regte daneben auch die Nichtverfolgung der Verletzung von Individualrechtsgütern in bestimmten Fällen an.

Die reformierte Kontrolle der Nachrichtendienste durch das Parlamentarische Kontrollgremium⁶ und das Unabhängige Gremium⁷ wurde von *Prof. Dr. Christian Waldhoff* (Humboldt-Universität zu Berlin) vorgestellt. Er stellte die aktuellen Reformen dar, verglich die Kontrolle der Nachrichtendienste mit anderen Formen parlamentarischer Kontrolle und ging auf das Konzept gestufter mittelbarer Öffentlichkeit ein. Zudem beleuchtete er die Kontrolle der Nachrichtendienste als organisationsrechtliches Problem und hob die Wichtigkeit der kumulativen Arbeit hervor. Es dürfe keine Exklusivität zwischen den Kontrollinstrumentarien bestehen. Im Rahmen seines Resümees wies *Waldhoff* auf die Grenzen der Verrechtlichung und die Unübersichtlichkeit der Kontrollen hin: Mittelfristig solle die Kontrolle auf Gremienebene vereinfacht und zusammengeführt werden. Auch könne sie nur als Wechselwirkungsprozess verstanden werden; Kontrolle bedeute Schutz des Kontrollierten vor sich selbst und führe im Gegensatz zur Selbstkontrolle zu einer Verbesserung der Nachrichtendienste.

Arne Schlatmann (Ständiger Bevollmächtigter PKGr) ordnete in seiner Darstellung des rechtlichen Standpunktes zunächst die verschiedenen parlamentarischen Kontrollmöglichkeiten der Nachrichtendienste, bevor er auf ihre Struktur und Aufgaben in der Praxis einging. Daraufhin stellte er die Aufträge des Parlamentarischen Kontrollgremiums dar: Es gebe zum einen ad hoc-Kontrollen, die sich auf aktuelle politische Entwicklung von einiger Brisanz und Dringlichkeit bezögen. Die Aufträge könnten andererseits aber auch strukturelle Anfragen darstellen, die sich auf grundsätzliche Fragestellungen von Relevanz fokussierten. Prüfmaßstäbe seien die Rechtmäßigkeit des Vorgehens der Nachrichtendienste, die Geeignetheit der Prozesse und Strukturen, der Ressourceneinsatz, die er-

⁵ Die §§ 9a, b BVerfSchG wurden mit dem Gesetz zur Verbesserung der Zusammenarbeit im Bereich des Verfassungsschutzes v. 17.11.2015 in das BVerfSchG eingefügt, BGBl I 2015, S. 1938 ff.

⁶ Das Parlamentarische Kontrollgremium (PKGr) kontrolliert die Bundesregierung hinsichtlich der Tätigkeit des Bundesamtes für Verfassungsschutz, des Militärischen Abschirmdienstes und des Bundesnachrichtendienstes, vgl. § 1 Abs. 1 PKGrG.

⁷ Das Unabhängige Gremium kontrolliert die Maßnahmen der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des BND, BT-Drs. 16/1941, S. 31.

reichten Erfolge und die Frage nach Optimierungspotential.

Bei einem gemeinsamen Abendessen referierte *Prof. Sir David Oman* (King's College London) zu dem Thema „International intelligence cooperation and accountability“. In diesem Rahmen stellte er die britischen Erfahrungen dar. Für die Kooperation verschiedener Nachrichtendienste sei die Zuverlässigkeit und Vertrauenswürdigkeit der Kooperationspartner von immenser Wichtigkeit. Problematisch sei dabei stets der jeweilige politische Wille, primär die eigenen Interessen zu verfolgen. Für eine Zusammenarbeit seien daher rechtliche Verpflichtungen und der Wille zur gegenseitigen Unterstützung erforderlich.

III. Europäisierung und Internationalisierung der nachrichtendienstlichen Sicherheitsarchitektur: Nachrichtendienstliche Kooperation und Europäische Dimension (Panel 2)

Unter der Leitung von *Warg* wurde am nächsten Tag im Panel 2 über nachrichtendienstliche Kooperation und Europäische Dimension referiert.⁸

Zunächst hielt *Prof. Dr. Ralf Poscher* (Universität Freiburg) einen Vortrag zu der Frage, ob es ein Kooperationsverwaltungsrecht der Nachrichtendienste gäbe. Die Aufgabe des Verfassungsschutzes sei auf die Sammlung von Informationen begrenzt, aktiv werde er nicht zum Schutz tätig. Demgegenüber sammeln Polizei- und Strafverfolgungsbehörden Informationen mit dem Ziel der Abwehr und Verfolgung von Straftaten. Auch gebe es rechtliche Kooperationshürden zwischen Verfassungsschutz und Sicherheitsbehörden, die in Grenzen im Rahmen der Datenübermittlung deutlich werden. Zwar sei der Verfassungsschutz kooperationsfähig, jedoch stelle die Kooperation nicht seine eigentliche Aufgabe dar.

Dr. Gerhard Conrad (EU INTCEN) stellte die Entwicklungen, Erwartungen und Perspektiven der europäischen Nachrichtendienstkooperation vor. Ein Nachrichtendienst der EU sei von den europäischen Verträgen nicht vorgesehen, die EU sei jedoch auf die Unterstützung der mitgliedstaatlichen Nachrichtendienste, etwa bei Sicherheitsüberprüfungen, angewiesen. *Conrad* ging in seinem Vortrag vertieft auf das EU Intelligence Analysis Centre (INTCEN)⁹ ein. EU INTCEN beschaffe sich keine eigenen Daten, sondern arbeite mit den von den mitgliedstaatlichen Nachrichtendiensten zur Verfügung gestellten Daten. Auch sei die Arbeit nicht fallbezogen, es werden keine personenbezogenen Daten gespeichert. *Conrad*

stellte zum Abschluss seines Vortrags die Idee einer Europäischen Sicherheits- und Verteidigungsunion durch die Kooperation nationaler Nachrichtendienste und nationaler Streitkräfte in den Raum.

Im Anschluss referierte Präsident BfV *Hans-Georg Maaßen* (Bundesamt für Verfassungsschutz) zum Thema der Perspektiven und Grenzen internationaler Zusammenarbeit der Nachrichtendienste, wobei er sich auf seine Erfahrungen im Bundesamt für Verfassungsschutz beschränkte. Das Erfordernis des Informationsaustausches mit dem Ausland habe aufgrund von Terrorismus, Spionageabwehr und Cyber-Crime erheblich zugenommen. Problematisch sei dabei teilweise das unterschiedliche Verständnis des Terrorismusbegriffs. Es sei erforderlich, auch mit Staaten zu kooperieren, die gegenläufige Interessen verfolgen. Dabei müsse man sich allerdings vor Übergriffen der ausländischen Nachrichtendienste schützen, die herausgegebenen Daten dürften nicht die Möglichkeit eines Missbrauchs bieten. Auf bilateraler Ebene erfolge derzeit eine sehr enge Zusammenarbeit, die multilaterale Zusammenarbeit beschränke sich zumeist nur auf den Austausch von Lagebildern. Die Verbesserung der Informationsgewinnung sei von immenser Wichtigkeit, zudem bezeichnete *Maaßen* einen Austausch über sog. „best practices“¹⁰ als wünschenswert. Es sei jedoch auch eine gegenläufige Entwicklung, eine Lockerung der Zusammenarbeit, zu beobachten, da sich viele Länder wieder vermehrt auf nationale Interessen fokussierten.

IV. Nachrichtendienste zwischen Geheimnisschutz und Transparenz: Podiumsdiskussion und Schlusswort

Zum Abschluss der Tagung fand eine Podiumsdiskussion unter der Leitung von *Graulich* zu dem Thema „Nachrichtendienste zwischen Geheimnisschutz und Transparenz – Nachrichtendienste und Öffentlichkeit in der streitbaren Demokratie“ statt. Präsident BND *Dr. Bruno Kahl*, Präsident BAMAD *Dr. Christof Gramm*, Stv. Vors. G 10-Kommission *Dr. Berthold Huber*, *Dr. Christian Rath*, Vors. PKGr *Armin Schuster* und BfDI *Andrea Voßhoff* diskutierten kontrovers über das vorgegebene Thema.

Im Rahmen der Diskussion vertrat etwa *Schuster* die Ansicht, die Forderung nach Transparenz müsse enttäuscht werden – die Enthüllung von Geheimnissen würde einen großen Schaden verursachen –, während *Rath* für eine Änderung des § 93 StGB argumentierte, um eine Strafbarkeit von Journalisten zu umgehen, die aufgrund des öffentlichen Interesses über Staatsgeheimnisse berichteten. Dem-

⁸ Der Tagungsbericht beschränkt sich auf die von der Verfasserin besuchten Vorträge. Die Vorträge des Panels 1 („Nachrichtendienstrecht im Rechtsvergleich (mit Dolmetscher) – Grundlinien und jüngere Entwicklungen“) unter der Moderation von *Prof. Sir David Oman* (King's College London) im Rahmen der Panel-Sessions am 16.3.2018 mit den Themen „Nachrichtendienstrecht in den Vereinigten Staaten von Amerika“ (*Prof. Dr. Russel Miller*, Washington and Lee University), „Nachrichtendienstrecht im Vereinigten Königreich“ (*Prof. Dr. Clive Walker*, University of Leeds, *Simon McKay*, Barrister) und „Nachrichtendienstrecht in Frankreich“ (*Prof. Bertrand Warusfel*, Université Paris 8) können im angekündigten Tagungsband nachgelesen werden.

⁹ INTCEN erstellt aus Erkenntnissen der EU-Mitgliedstaaten strategische Berichte oder konkrete Gefährdungsbewertungen, *Riß* in: Dietrich/Eißler, Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, 2017, IV § 4 Rn. 20; INTCEN hat seinen Sitz in Brüssel und ist dem Hohen Vertreter für die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik GASP untergeordnet, vgl. *Waltraud Hakenberg*, Europarecht, 8. Auflage (2018), Rn. 146.

¹⁰ Als „best practices“ werden die besten und effektivsten Lösungen und Vorgehensweisen bei Problemen bezeichnet.

gegenüber erwiderte *Kahl*, dass bei beschlossener Geheimhaltung das öffentliche Interesse dahingehen würde, dass gerade nicht über diese Dinge berichtet werde. Transparenz schaffe zwar Vertrauen, so *Voßhoff*, eine stärkere Kooperation zwischen den Kontrollbehörden sei jedoch wünschenswerter. Auch *Huber* stellte auf eine intensivere Kooperation zwischen der G 10-Kommission und dem PKGr ab und verwies auf die neue Gesetzeslage, in der in bestimmten Fällen ein Diskurs zwischen den Kontrollgremien vorgesehen sei. Das Schlusswort sprach MR'in *Corinna Rebohle* (Bundeskanzleramt).

V. Fazit

Die Tagung zeigt, wie dringend ein Austausch zwischen nachrichtendienstlicher Praxis, Wissenschaft und Justiz notwendig ist. Die teilweise sehr gegenläufigen Positio-

nen, die in den zahlreichen Diskussionen nach den Vorträgen und auch in den Pausen aufeinandertrafen, deuten auf weiterhin bestehenden Gesprächs- und Diskussionsbedarf hin. Insbesondere die Gegenüberstellung der theoretischen und rechtspraktischen Standpunkte durch die jeweiligen Vertreter aus Wissenschaft und Praxis bot Einblicke in die bestehende Diskrepanz der Auffassungen. Spannend war dabei insbesondere zu sehen, wie in der Praxis auf die in der Wissenschaft aufgeworfenen Problemen reagiert wird. Zu bedauern ist lediglich, dass sich die Diskussionen teilweise als bloße Konfrontation mit unterschiedlichen Ansichten dargestellt haben. Notwendig ist jedoch eine weiterführende Diskussion, die die Auseinandersetzung mit nachrichtendienstrechtlichen Problemen fördert. Umso mehr ist es zu begrüßen, dass das Symposium zum Recht der Nachrichtendienste eine Plattform für einen solchen Austausch bietet.