

KriPoZ

Kriminalpolitische Zeitschrift

KONTAKT

schriftleitung@kripoz.de

Herausgeber

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

Schriftleitung

Prof. Dr. Anja Schiemann
Wiss. Mit. Sabine Horn

Redaktion (national)

Prof. Dr. Alexander Baur
Prof. Dr. Gunnar Duttge
Prof. Dr. Sabine Gless
Prof. Dr. Bernd Hecker
Prof. Dr. Martin Heger
Prof. Dr. Bernd Heinrich
Prof. Dr. 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 Schiemann
Prof. Dr. Edward Schramm
Prof. Dr. Mark Zöller

Redaktion international

Prof. Dr. Wolfgang Schomburg
Prof. Dr. Lovell Fernandez
Prof. Dr. Dres. h.c. Makoto Ida
Prof. Neha Jain
Prof. Dr. Doaqian Liu
Prof. Dr. Dr. h.c. Francisco Munoz-Conde
Prof. Dongyi Syn PhD
Prof. Dr. Davi Tangerino
Prof. Dr. Sheng-Wei Tsai
Prof. Dr. Merab Turava
Prof. Dr. Dr. h.c. Yener Ünver

ALLGEMEINE BEITRÄGE | 198–230

198 | **Der unmögliche Zustand des § 130 StGB**

von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch

204 | **Eine neue Medienöffentlichkeit im Gerichtssaal?**

von Prof. Dr. Gunnar Duttge und Dr. Franziska B. Friske

210 | **Besprechung der Gesetzentwürfe zu § 219a StGB**

von Akad. Rätin a.Z. Dr. Gloria Berghäuser

218 | **Taten nach § 177 StGB in der Polizeilichen Kriminalstatistik**

von Prof. Dr. Tatjana Hörnle

224 | **Organisierte Kriminalität als kriminelle Vereinigung**

von Wiss. Mit. Nicole Selzer

AUSLANDSRUBRIK | 231 – 235

231 | **Videokonferenz im türkischen Strafprozessrecht**

von Dr. Erdal Yerdelen

BUCHBESPRECHUNGEN | 236 – 246

236 | **Martin Henssler/Elisa Hoven/Michael Kubiciel/Thomas Weigend: Grundfragen eines modernen Verbandsstrafrechts**

von Prof. Dr. Anja Schiemann

239 | **Sara Brinkmann: Zum Anwendungsbereich der §§ 359 ff. StGB**

von Anke Arkenau

TAGUNGSBERICHTE | 247 – 258

247 | **Erlanger Cybercrime Tag 2018: Darknet und Underground Economy**

von Akad. Rat a.Z. Dr. Christian Rückert und Wiss. Mit. Marlene Wüst

257 | **„Palliativmedizin und Sterbefasten – Strafbare Suizidförderung?“**

4. Medizinstrafrechtsabend an der Bucerius Law School

von Jessica Krüger, LL.B.

ALLGEMEINE BEITRÄGE

Der unmögliche Zustand des § 130 StGB

von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch*

Abstract

Mit dem Erscheinungsbild des Volksverhetzungstatbestandes kann man nicht zufrieden sein. Die Beschreibung der Strafbarkeitsvoraussetzungen ist unbestimmt und leistet politisch einseitiger tendenziöser Rechtsanwendung auf Basis ideologischer Festlegungen Vorschub. Von nüchternen strafrechtsdogmatischer Analyse bleibt die Vorschrift weitgehend unbehelligt. Da es ohnehin an der Zeit ist, überflüssigen Strafrechtsballast abzuwerfen, sollte die (partielle) Demontage des § 130 StGB kein Tabu sein.

I. Einleitung

§ 130 StGB ist eine gesetzestechnisch schlecht gemachte Vorschrift. Sie sollte entweder gründlich überarbeitet oder – zumindest teilweise – abgeschafft werden.¹ Wer einen solchen Vorschlag macht, gerät wahrscheinlich schnell in Verruf, gilt als Schwachkopf, Faschist oder beides und wird in die „rechte Ecke“ gestellt. Dessen ungeachtet sollte eine sachliche Auseinandersetzung mit dem Thema frei von Denkverboten geführt werden können und für alle – auch politisch inopportune – Ergebnisse und Konsequenzen offen sein. Auf der Tagung des Kriminalpolitischen Kreises in Köln am 25. November 2016 über „Entbehrliche Straftatbestände“² wurde über § 130 StGB nicht gesprochen.³ Das ist verständlich, da es genug andere Straftatbestände gibt, die entbehrlich sind.

Ich möchte hiermit § 130 StGB als weiteren Anwärter „nachmelden“ für den Fall, dass in diesem Forum oder anderenorts noch einmal über die Befreiung des Strafrechts von überflüssigem Ballast diskutiert werden sollte. Ein Teil der Strafvorschrift ist entbehrlich, weil die Rechtsgutsverletzungen, in deren Vorfeld sie Strafdrohungen platziert, weitreichend in anderen Strafvorschriften erfasst sind: Was unterscheidet eigentlich Taten, die den Tatbestand des § 130 Abs. 1 Nr. 1 StGB erfüllen, von Taten, die den Tatbestand des § 111 StGB erfüllen? Andere Vorfeldaktivitäten wie „Aufstacheln zum Hass“ sollten aus dem Strafrecht herausgehalten werden, weil sie das erforderliche Strafwürdigkeitsminimum nicht erreichen.

Letztere Feststellung gehört in den Bereich der politischen Diskussion, in der man mit noch so ambitionierter Argu-

mentation gegen ideologische Festlegungen auf verlorenem Posten steht. Ich möchte mich daher hier auf eine ideologieunverdächtige, allein dogmatische Kategorien heranziehende Analyse des § 130 Abs. 1 Nr. 1 StGB beschränken und diese der Forderung nach (Teil-)Abschaffung zugrunde legen. Denn Strafrechtsdogmatik ist die unübersteigbare Schranke der Kriminalpolitik. Obwohl der Wortlaut, mit dem der Gesetzgeber der Tat „Volksverhetzung“ Gestalt zu verleihen versucht, unklar ist und weite Beurteilungsspielräume eröffnet, scheint nahezu jeder zu wissen, was Volksverhetzung ist. Selbst juristischen Laien rutscht die Anschuldigung mit dem V-Wort schnell heraus, sobald jemand – vor allem wenn er dem Leitbild des volksverhetzungsaffinen Tätertypus entspricht – bestimmte Reizthemen anspricht und/oder bestimmte Schlüsselwörter (Ausländer, Flüchtlinge, Muslime, Juden ...) benutzt. Fast hat es den Anschein, als würde dadurch ein Reflex ausgelöst, ähnlich dem Speichelfluss des Pawlow'schen Hundes. Erstaunlich ist dieser schwungvolle Umgang mit der Volksverhetzung-Keule angesichts der strafrechtsdogmatischen Vernachlässigung des Delikts und seiner gesetzlichen Fassung. Der komplizierte Gesetzestext wirft eine Reihe von Fragen auf, die in der Literatur nicht befriedigend beantwortet werden. Anhand zweier Themenkreise soll hier dargelegt werden, warum der Zustand der Strafvorschrift über Volksverhetzung unbefriedigend ist. Das ist zum einen die Bestimmung der Personen, gegen die tatbestandsmäßige Volksverhetzungs-Angriffe möglich sind und zum anderen die Struktur der tatbestandsmäßigen Handlungsmerkmale „aufstachelt“ und „auffordert“ in § 130 Abs. 1 Nr. 1 StGB.

II. Volksverhetzung gegen Deutsche

1. Zugehörigkeit zu einer Gruppe oder zu einem Teil der Bevölkerung

§ 130 Abs. 1 StGB ist unbestimmt, weil die Norm keine Auskunft darüber gibt, welche Quantitäten von Menschen unterhalb der Schwelle der Gesamtbevölkerung eine „Gruppe“ oder ein „Teil der Bevölkerung“ sind oder nicht. Für die Mehrheit der Medien im Lande und für den gesellschaftlichen Mainstream ist dennoch klar, wer Täter und wer Opfer von Volksverhetzung sein kann: Volksverhetzung ist die Straftat der Rassisten, Extremisten und

* Der Verfasser ist Inhaber der Professur für Strafrecht mit Jugendstrafrecht und Kriminologie an der Universität Potsdam.

¹ Von *Streng*, in: FS Lackner, 1987, S. 501 (526) immerhin als „vorstellbar“ bezeichnet, als „brauchbare Lösung“ aber letztlich doch verworfen.

² *Hoven*, ZStW 129 (2017), 334 ff.

³ Vgl. die Tabelle bei *Hoven*, ZStW 129 (2017), 334 (338).

Ausländerfeinde, der Nazis, Neonazis und sonstigen Ewiggestrigen. Der typische Volksverhetzer steht im politischen Meinungsspektrum rechts, der Stil seiner Bekundungen zu Themen öffentlichen Interesses ist „populistisch“. Volksverhetzungsauffin ist, wer der AfD angehört oder ihr zumindest nahesteht, mit ihren Ansichten sympathisiert, wer bei Pegida-Aufzügen mitmarschiert oder sonst „rechtes“ Gedankengut zum Ausdruck bringt.⁴ Thematisch haben das Potential zur strafbaren Volksverhetzung gegenwärtig vor allem Äußerungen zu Flüchtlingen, zu Menschen mit Migrationshintergrund und zum Islam. Auch nüchtern und sachlich gehaltene Stellungnahmen zu diesen heißen Eisen – z. B. Kritik an der „Flüchtlingspolitik“ der Kanzlerin – bringen ihrem Urheber leicht den Vorwurf mangelnder Weltoffenheit und Toleranz ein und rücken ihn in gefährliche Nähe des Volksverhetzungstraftatbestands. Auf der anderen Seite haben diese volksverhetzungsgeneigten Personen und Personengruppen offenbar das Recht verwirkt, sich selbst als Begünstigte der Strafvorschrift zu betrachten, die gegen Volksverhetzung strafrechtlichen Schutz zu gewähren verspricht. Die Erwägung, dass es Volksverhetzung sein könnte, bestimmte Gruppierungen am rechten Rand des Spektrums politischer und weltanschaulicher Haltungen als „Nazis“ (oder, wie ein ehemaliger Bundesaußenminister vorschlug: „Pack“) zu bezeichnen, wird in der Debatte nicht so recht sichtbar. Vielleicht wird das auch von niemandem ernsthaft für diskutabel gehalten. Die Mühe der Begründung, dass „Nazis raus“-Parolen nicht auf die gleiche Stufe wie „Ausländer raus“-Rufe zu stellen sind, weil erstere als gem. Art. 20 Abs. 4 GG gerechtfertigte Widerstandshandlungen (*principii obsta*) legitim sind, macht sich niemand. Es wäre allerdings bedenklich, wenn eine Rechtfertigung auf dieser oder einer anderen (§ 193 StGB?) Grundlage nicht möglich wäre. Denn die Tatbestandsmäßigkeit lässt sich schwerlich bestreiten. Man muss daher die Frage stellen, ob es „Teile der Bevölkerung“ gibt, die von vornherein als Ziele der tatbestandsmäßigen Aggressionsformen ungeeignet sind, obwohl es für diese Ausgrenzung möglicherweise keine stichhaltige rechtliche Begründung gibt. Noch allgemeiner formuliert lautet die Frage, von welchen Voraussetzungen es abhängt, ob die gegen einen oder mehrere Menschen gerichteten Handlungen den Tatbestand der Volksverhetzung erfüllen.

Aktuell ist dazu ein auf der politischen Bühne im Bundestag ausgetragener Streit um die Strafbarkeit hetzerischer Aktionen „gegen Deutsche“ entbrannt. Von der im Bundestag vertretenen Partei „Alternative für Deutschland“ wird gefordert, den Text des § 130 StGB zu ergänzen und dadurch die Anwendbarkeit des Volksverhetzungstatbestandes auf Taten gegen Deutsche außer Streit zu stellen: „Teile der Bevölkerung sind unabhängig von ihrem Größenverhältnis zur Gesamtbevölkerung auch solche nicht unerheblichen Personenmehrheiten, die sich durch ihre Nationalität, ethnische Herkunft oder staatsbürgerliche Zugehörigkeit abgrenzen lassen.“⁵ Vertreter anderer Parteien lehnen dies ab. Ob der Vorstoß der AfD auf eine Ausdehnung der Strafbarkeit zielt oder effektiv nur sprachliche Klarstellung einer Rechtslage bewirken

würde, die schon existiert, ist dabei nicht deutlich zu erkennen. Gegen die Schaffung gesetzlicher Klarheit, wo Unklarheit herrscht, kann niemand etwas Vernünftiges einzuwenden haben. Wenn also der Text des § 130 StGB in dem genannten Punkt zu wenig Eindeutigkeit besitzt, müssten auch die Gegner einer Strafbarkeit von Volksverhetzung gegen Deutsche daran interessiert sein, dass ihre inhaltliche Position im Text der Strafvorschrift klarer zum Ausdruck gebracht und gegen Zweifel und entgegengesetzte Auslegungsversuche abgesichert wird. Für die Anhänger beider Standpunkte erscheint es somit notwendig zu klären, ob die Eigenschaft „deutsch“ ein taugliches Gruppenzugehörigkeitsmerkmal ist, das jeden Menschen mit dieser Eigenschaft zum tauglichen Angriffsobjekt tatbestandsmäßiger Volksverhetzung macht.

2. Gesetzeswortlaut

a) Am Volksverhetzungssachverhalt beteiligte Personen

Wenn man ermitteln will, wen der Straftatbestand § 130 StGB gegen wen „schützt“, muss man zunächst einmal das komplizierte Geflecht von aufstachelnden, aufgestachelten, angegriffenen und gestörten Personen auf der Täter- und auf der Opferseite durchleuchten. Bei der Beschreibung einer Tat, die den Tatbestand des § 130 Abs. 1 Nr. 1 StGB erfüllt, müssen mindestens drei verschiedene Personen in verschiedenen Positionen Erwähnung finden: der aufstachelnde/auffordernde Täter, der Adressat der Aufstachelung/Aufforderung und das Opfer von Hass, Gewalt- oder Willkürmaßnahmen. Man kann diese Konstellation daher als Dreiecksverhältnis bezeichnen. Richtigerweise ist zur Vervollständigung des Bildes noch eine vierte Person bzw. Personenmehrheit einzubeziehen. Denn die Tat muss geeignet sein, „den öffentlichen Frieden zu stören“. Eine halbwegs anschauliche Erklärung dieser Tateigenschaft wird ohne Bezugnahme auf Menschen, denen diese Friedensstörung einen individuellen Störungseffekt vermittelt, nicht möglich sein. „Öffentlichkeit“ ist letztlich nichts anderes als eine Vielzahl von Individuen. Einiges spricht dafür, dass dieser Personenkreis nicht kongruent ist mit den von Hass, Gewalt und Willkür Betroffenen. Aus dem Dreieck wird also ein Viereck.

Bei der Vielzahl von Rollen, die gewissermaßen das Personaltableau einer Volksverhetzungstat bilden, stellt sich vielfach die Frage, wer geeignet ist, eine dieser Rollen einzunehmen. Das kann davon abhängen, von wem die anderen Rollen besetzt sind. Die Dimension der notwendigen Tatbestandsanalyse geht somit weit über die bloße Bestimmung der Zugehörigkeit zur Opfergruppe „Hass-, Gewalt- und Willkürbetroffene“ hinaus. Nicht nur, ob Deutsche „überhaupt“ Opfer von Volksverhetzung sein können, sondern – wenn ja – ob Täter dann nur ein Nichtdeutscher oder auch ein Deutscher sein kann, bedarf der Klärung. Zu erörtern ist in diesem Zusammenhang also das Bestehen etwaiger Inkompatibilitäten: kann Täter sein, wer selbst Angehöriger der Gruppe ist, gegen die die Tat sich richtet? Kann Volksverhetzung gegen Juden allein

⁴ Eindeutige Positionierung in diesem Sinne bei *Nobis*, StV 2018, 453 (455).

⁵ BT-Drs. 19/1842, S. 5.

von Nichtjuden begangen werden? Kommt es dabei vielleicht darauf an, dass der Adressat der Aufstachelung oder Aufforderung Nichtjude ist? Oder wie ist eine Tat zu beurteilen, mit der Angehörige einer Gruppe aufgefordert werden, einen anderen Angehörigen derselben Gruppe mit Gewalt- oder Willkürmaßnahmen zu überziehen? Schon diese nicht abschließende Formulierung von Fragen zeigt, dass der Wortlaut des Gesetzes in vielen Details reichlich ungenau ist. Damit kann man sich allenfalls dann abfinden, wenn nach dem Willen des Gesetzgebers und den aus tragfähigen Sachgründen zu ziehenden Schlussfolgerungen alle Tatkonstellationen, die der weite Gesetzeswortlaut eindeutig aus dem Tatbestand ausschließt, tatsächlich tatbestandsmäßig sein sollen. Dann begehrt auch ein Jude Volksverhetzung, der andere Juden auffordert, einen der ihnen mit Gewalt- oder Willkürmaßnahmen zu überziehen. An diesem Ergebnis führt der Weg nur vorbei, wenn solche „gruppeninternen“ Konflikte nicht geeignet sind „den öffentlichen Frieden zu stören“. Aber das wäre alles andere als plausibel. Tragen zum Beispiel rivalisierende Rocker- oder Mafiabanden ihre Bandenkriege in Deutschland aus, ist der öffentliche Friede zweifellos gestört, selbst wenn man als konkrete Träger dieses Schutzgutes allein die Menschen anerkennt, die sich an den Gewalttätigkeiten nicht beteiligen, sondern einfach nur „in Frieden“ hier leben wollen. Die Gefahr, „zwischen die Fronten“ zu geraten, wenn ein Konflikt eskaliert, besteht dann für jeden und davor zu bewahren, sollte doch die Zweckbestimmung einer Strafvorschrift zum Schutz des „öffentlichen Friedens“ sein.

b) Deutsche als Gruppe oder Teil der Bevölkerung

Der Wortlaut des Gesetzes gibt dem Rechtsanwender keine verlässliche Richtung vor. Wie schon früher dargelegt, lässt sich aus ihm nicht der zwingende Subsumtionschluss ziehen, dass „die Deutschen“ als „Teil der Bevölkerung“ nicht in Frage kommen.⁶ Zudem dürfte der Anteil der Deutschen an der Gesamtbevölkerung in der Zukunft noch kleiner werden. Wem diese Mehrheit immer noch „zu groß“ erscheint,⁷ um als „Gruppe“ oder „Teil“ bezeichnet zu werden,⁸ dem könnte die Zeit die Grundlage seines Arguments allmählich entziehen. Nach der Änderung des § 130 Abs. 1 StGB durch das Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2008/913/JI des Rates vom 28.11.2008 spricht noch mehr dafür („nationale Gruppe“), dass auch „Deutscher sein“ eine Eigenschaft ist, die

ebenso wie „Ausländer sein“ passive Volksverhetzungstauglichkeit begründet. Die Strafrechtswissenschaft konzentriert sich auf die Konkretisierung des Merkmals „Teile der Bevölkerung“, ohne bislang eine überzeugende systematische Grenzziehung herausgearbeitet zu haben. Die Methode ist gemischt deduktiv-kasuistisch.⁹ Warum die in den Kommentaren üblicherweise im Anschluss an die allgemeinen Bemerkungen zum Tatbestandsmerkmal aufgezählten Einzelfälle dem Merkmal unterfallen¹⁰ oder nicht unterfallen¹¹, erschließt sich aus den abstrakten Umschreibungen – z. B. „sich aufgrund bestimmter objektiver und subjektiver Merkmale von der übrigen Bevölkerung unterscheidende Personenmehrheiten, die zahlenmäßig von einiger¹² Erheblichkeit, d.h. individuell nicht mehr überschaubar sind“¹³ – nicht. Ob die Eigenschaft „Deutscher“ relevant ist, wird in vielen Kommentaren nicht thematisiert, weder ablehnend noch befürwortend.¹⁴ Die einzige knapp begründete Stellungnahme von *Detlev Sternberg-Lieben* im Schönke/Schröder¹⁵ leuchtet mir nicht ein: Wieso soll ein Angriff auf „alle Deutschen“ zur Friedenstörung nicht geeignet sein und warum soll eine „bestimmte Gruppe von Deutschen“ – z. B. „die Deutschen in Neukölln“ – kein Bevölkerungsteil sein? Wie ist es zu verstehen, dass von einer „Hetze gegen alle Deutschen“ doch „nur einige Deutsche betroffen“ sein sollen? Und wieso soll eine „Gruppe von Deutschen“ keine „nationale Gruppe“ sein?

Die oben skizzierte Personalstruktur einer Volksverhetzungstat mit insgesamt vier verschiedenen Positionen wird nirgends erörtert. Das ist ein deutliches Symptom mangelnder Erforschtheit. Wenn man z. B. nicht angeben kann, ob Zugehörigkeit von Täter und Opfer zu derselben Gruppe tatbestandsmäßiger Volksverhetzung entgegensteht, weil man sich dieser Frage überhaupt nicht angenommen hat, dann kann man auch nicht behaupten, die Straftat Volksverhetzung umfassend und in allen Facetten ihrer Komplexität aufgeheilt zu haben. Aus diesem Halbdunkel heraus die Botschaft „Volksverhetzung gegen Deutsche ist nicht strafbar“ zu senden, hat wenig Überzeugungskraft. Es bleibt also dabei: der Wortlaut des § 130 Abs. 1 StGB grenzt Deutsche aus dem Opferbereich nicht aus und die Literatur hat nicht nachgewiesen, dass dem Gesetzestext Gegenteiliges zu entnehmen sei.

⁶ Mitsch, JR 2011, 380.

⁷ So offenbar *Ostendorf*, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 130 Rn. 1: „Minderheiten in der Bevölkerung gleich welche Zusammensetzung sollen geschützt werden, Mehrheiten wissen sich selbst zu wehren“. Die Frage ist aber, ob zur Bewahrung des „öffentlichen Friedens“ nicht auch Provokationen der Mehrheit vermieden werden müssen, damit diese nicht ihre Überlegenheit ausspielt und Angehörige der Minderheit massakriert, wie es 1994 in Ruanda geschehen ist.

⁸ Nach *Kindhäuser*, in: LPK-StGB, 7. Aufl. (2017), § 130 Rn. 7 und *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT 2, 10. Auflage (2012), § 60 Rn. 60 werden nur „inländische Minderheiten“ geschützt. Abgesehen davon, dass es für diese Tatbestandseinschränkung im Gesetzestext keinen Anknüpfungspunkt gibt, wird die Anwendung der Strafvorschrift dadurch nicht erleichtert.

⁹ *Schäfer*, in: MüKo-StGB, Band 3, 3. Aufl. (2017), § 130 Rn. 30-33 (Definition), Rn. 34 (Einzelfälle); *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. (2014), § 130 Rn. 3 (Definition), Rn. 4 (Einzelfälle).

¹⁰ *Schäfer*, in: MüKo-StGB, § 130 Rn. 34: ... Aussiedler, Gaststudenten, Farbige, Kapitalisten, Kommunisten, Punker...; *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, § 130 Rn. 4: ... Katholiken, Juden, Christen ...

¹¹ *Schäfer*, in: MüKo-StGB, § 130 Rn. 35: ... Rote, Linke, Antifa-Brut...

¹² Entgegen *Kindhäuser*, in: LPK-StGB, § 130 Rn. 7 ist es nicht nur im Einzelfall schwierig zu ermitteln, sondern schon abstrakt unmöglich, klar zu benennen, welche „zahlenmäßige Erheblichkeit“ sich hinter dem Wort „einige“ verbirgt.

¹³ *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, § 130 Rn. 3.

¹⁴ Anders nur *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, § 130 Rn. 3.; Zweifel ohne Begründung äußernd *Fischer*, StGB, 65. Aufl. (2018), § 130 Rn. 4; bejahend ohne nähere Begründung *Kühl*, in: Lackner/Kühl, 28. Aufl. (2014), § 130 Rn. 2.

¹⁵ *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, § 130 Rn. 3.

3. Rechtsgut

Quelle von Lösungen konkreter Probleme des Strafgesetzes zu sein, ist neben der Begrenzung gesetzgeberischer Kriminalisierungsmacht eine Funktion, die im Strafrecht dem Rechtsgut zugeschrieben wird.¹⁶ Dass auf beides kein Verlass ist, belegt die jüngere Strafrechtsgesetzgebung eindrucksvoll. In der zurückliegenden Legislaturperiode ist das deutsche Strafrecht um einige neue Straftatbestände erweitert worden, zu deren Legitimation kein Rechtsgut angegeben werden kann. Daher schwindet auch in der Strafrechtswissenschaft das Vertrauen auf die Kraft dieser unsichtbaren Hand, die den Gesetzgeber in die Schranken weisen und dem Strafrechtsanwender die Augen für Lösungen öffnen soll, merklich. Auch das *BVerfG* hat mit seinen Ausführungen in der Entscheidung zur Strafbarkeit des Geschwisterinzests zu dieser bedauerlichen Entwicklung beigetragen. Statt Rechtsgutseuphorie beherrscht Rechtsgutsskepsis immer stärker das Feld des Strafrechtsdiskurses. Warum es dafür Gründe gibt, zeigt § 130 StGB überdeutlich. Diese Vorschrift diskreditiert neben vielen anderen die Idee vom Rechtsgut und diejenigen, die unbeirrt daran glauben, dass es etwas Besseres nicht gibt. Bereits „lebhaft umstritten“ ist, welches Rechtsgut durch § 130 StGB geschützt wird.¹⁷ Genannt werden „öffentlicher Friede“¹⁸ und „Menschenwürde“.¹⁹ Überwiegend wird erklärt, § 130 StGB schütze beide Rechtsgüter,²⁰ vereinzelt wird aber auch nur der öffentliche Friede allein²¹ oder umgekehrt nur die Menschenwürde allein²² als Schutzgut anerkannt. In welchem Verhältnis diese beiden Schutzgüter zueinander stehen sollen, wird von den Befürwortern des doppelten Rechtsgüterschutzes unterschiedlich beurteilt. Schon diese Vielfalt der Ansichten – eine höfliche Bezeichnung für Chaos – schließt es aus, auch nur eine einzige konkrete Schlussfolgerung zur Auslegung eines Tatbestandsmerkmals aus dem Rechtsgut zu ziehen. Das tut auch niemand, weil sich niemand z. B. bei der Behebung der „im Einzelfall erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten“²³ davon etwas verspricht. Hinzu kommt die inhaltliche Unschärfe des Begriffs „öffentlicher Friede“.²⁴ Subtile Differenzierungen wie die Parzellierung der Gesamtbevölkerung in „Teile“, die von § 130 StGB geschützt werden und einen Bevölkerungsrest, der von dem Tatbestand nicht geschützt wird, sind aus diesem vagen Schein eines Rechtsguts nicht deduzierbar.²⁵ Wenn Aggressionen gegen Menschen geeignet sind, den öffentlichen Frieden in Deutschland zu stören, dürfte es für die Gewährung strafrechtlichen Schutzes keine Rolle spielen, ob diese Menschen einer „Gruppe“ oder einem „Teil der Bevölkerung“ mit bestimmten Zusammengehörigkeitsmerkmalen angehören oder nicht.²⁶ Vor allem erweist sich die These, dass „Volksverhetzung

gegen Deutsche“ von § 130 StGB nicht erfasst sei, als unhaltbar. Öffentlicher Friede in Deutschland ist die Grundlage des Wohls aller in Deutschland lebenden Bürger und somit natürlich quantitativ in erster Linie der Deutschen. Es wäre also widersprüchlich, Hetze gegen die Bevölkerungsteile mit den meisten an friedlichem Zusammenleben interessierten Mitgliedern aus dem Tatbestand auszugrenzen. Für das Ko-Rechtsgut „Menschenwürde“ gilt das erst recht. Dieser oberste Verfassungswert ist universal. Ein Tatbestand, von dem behauptet wird, er diene dem Schutz der Menschenwürde, kann also nicht Grenzen ziehen, die Träger von Menschenwürde segregieren. Ein anderer Aspekt ist der unterschiedliche Grad der Gefährdetheit des Einzelnen als Träger von Merkmalen, die auch andere tragen und deshalb eine „Gruppe“ im weitesten Sinne des Wortes bilden. Gewiss gibt es Gruppen, bei denen der Angriff gegen das Kollektiv einen Angriff auf die Menschenwürde des einzelnen Mitglieds nur schwach oder überhaupt nicht vermittelt.²⁷ Diese Unterschiede dürfen gewiss bei der gesetzlichen Gestaltung von Straftatbeständen berücksichtigt und umgesetzt werden. Indessen finde ich im Wortlaut des § 130 Abs. 1 StGB keine Anhaltspunkte für die Annahme, dass der Gesetzgeber die Anwendung des § 130 StGB auf den Schutz „ganz bestimmter sensibler Teil der Bevölkerung“ habe begrenzen wollen.²⁸ Schon gar nicht drängt irgendein Element des Gesetzestextes auf, den deutschen Teil der Gesamtbevölkerung als „nichtsensiblen“ in diesem Sinne zu qualifizieren.

III. Aufstachelung und Aufforderung

Eine empfindliche Schwachstelle des Volksverhetzungstatbestandes in § 130 Abs. 1 Nr. 1 StGB ist die Beschreibung der tatbestandlichen Verhaltensweisen. „Aufstacheln zum Hass“ und „Aufforderung zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen“ werden in der Kommentarliteratur als intentionale Handlungen ohne Erfolgskomponente interpretiert, dem Delikt wird damit der Charakter eines unechten Unternehmensdelikts zugeschrieben.²⁹ Das wird dem Gesetzestext nicht gerecht und verstößt gegen dogmatische Grundregeln. Die Worte, mit denen der Gesetzgeber in § 130 Abs. 1 Nr. 1 StGB das Bild einer vollendeten Straftat gezeichnet hat, skizzieren das Modell eines Erfolgsdelikts. Erfolg ist der „Hass“, erfolgsursächliche Handlung ist das „Aufstacheln“. Der Erfolg muss eingetreten sein, zwischen Handlung und Erfolg muss ein Kausal- und Zurechnungszusammenhang bestehen. Ein Gericht, das den Angeklagten aus § 130 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 StGB verurteilen will, muss daher davon überzeugt sein, dass jemand infolge der aufstachelnden Handlung Hass gegen eine Gruppe, einen Teil der Bevölkerung oder einen

¹⁶ Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, S. 11; Kubiciel, Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts, S. 51.

¹⁷ Schäfer, in: MüKo-StGB, § 130 Rn. 1.

¹⁸ Hoven, ZStW 129 (2017), 718 (727); Schäfer, in: MüKo-StGB, § 130 Rn. 2.

¹⁹ Schäfer, in: MüKo-StGB, § 130 Rn. 3; Ostendorf, in: NK-StGB, § 130 Rn. 4.

²⁰ Kindhäuser, in: LPK-StGB, § 130 Rn. 1; Krauß, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2009), § 130 Rn. 2; Kühl, in: Lackner/Kühl, § 130 Rn. 1.

²¹ Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, § 130 Rn. 1a.

²² Streng, in: FS Lackner, S. 501 ff.

²³ Kindhäuser, LPK-StGB, § 130 Rn. 13.

²⁴ Eine „suggestive Kraft“, die Tatjana Hörnle, in: Grob anstößiges Verhalten, S. 90, diesem Begriff attestiert, vermag ich nicht zu verspüren. Ihrer Kritik im Übrigen ist uneingeschränkt zuzustimmen.

²⁵ Zutreffend nennt Altenhain, in: Matt/Renzikowski, StGB (2013), § 130 Rn. 3 Leib, Leben und Freiheit als von § 130 StGB geschützte Rechtsgüter.

²⁶ Streng, in: FS Lackner, S. 501 (517).

²⁷ A.a.O., S. 519.

²⁸ Kargl, Jura 2001, 176 (177); a.A. Streng, in: FS Lackner, S. 501 (519).

²⁹ Radtke, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 3. Aufl. (2017), § 11 Rn. 142.

diesen angehörenden Einzelnen empfindet. Dem Gericht wird es aber nicht gelingen, einen tatbestandsmäßigen Hass-Sachverhalt festzustellen, weil weder Hass noch Liebe als solche Tatsachen sind, die dem Beweis zugänglich sind. Was allein möglich ist, ist die Feststellung von Indizien als Basis einer Vermutung, dass sich im Inneren einer Person starke Gefühle der Abneigung entwickelt haben, die wir „Hass“ nennen. Träger dieser Indizien sind Äußerungen und sonstige Aktionen des Aufgestachelten, so dass es ehrlicher wäre, diese und nicht den „Hass“ als tatbestandsmäßige Erfolgsmerkmale in die Tatbeschreibung aufzunehmen. Noch weniger wird es einem Gericht gelingen, von einem Kausalzusammenhang zwischen dem Handeln des Täters und dem Erfolg „Hass“ im Urteil auch nur zu reden. Ermitteln lässt sich dieser Zusammenhang ohnehin nicht. Dazu bedürfte es des Nachweises, dass wenigstens ein Mensch, den Hetzparolen des Täters erreicht haben, nunmehr Hass empfindet, den er zuvor nicht in sich verspürte.³⁰ Das dürfte sehr schwierig, wenn nicht gar unmöglich sein. Volksverhetzungstäter säen, wo ohnehin schon Hass wächst. Sie gießen Öl in ein Feuer, das bereits brennt. Nicht Hasserzeugung, sondern Hassverstärkung ist realistischer Weise der Effekt, der ihren Taten zugeschrieben werden kann.³¹ Aber auch dieser Effekt bedürfte des Nachweises. Der bloße Versuch der Hasserzeugung bzw. Hassverstärkung ist mit Strafe nicht bedroht. Die kommentierende Literatur enthebt die Rechtsanwendung dieser unlösbaren Aufgabe, indem sie den Kern des Tatbestandsmerkmals „Aufstacheln“ einhellig von „Erzeugung von Hass“ in „Eignung zur Erzeugung von Hass“ umdeutet:³² „Dass sich die feindselige Stimmung tatsächlich einstellt oder gar in Aktionen umschlägt und dass dies alles obendrein vom Täter bezweckt sein muss, gehört nicht zu den Anforderungen der Angriffshandlung des ‚Aufstachelns zum Hass‘.“³³ Die bloße Geeignetheit reicht zur Tatbestandserfüllung aber nur, wenn der Gesetzgeber dies durch Verwendung der Worte „geeignet zu“ angeordnet hat, vgl. z. B. §§ 325 Abs. 1, 325a Abs. 1 StGB.³⁴ In § 130 Abs. 1 StGB reicht die Geeignetheit der Tat in Bezug auf ihre Qualität zur Friedensstörung, bezüglich Hasserzeugung kann man dem Gesetzeswortlaut eine Reduktion auf bloße Erzeugungstauglichkeit nicht entnehmen.

Noch deutlicher ist die Unterlaufung des Gesetzestextes durch die Kommentarliteratur bei der Tatbestandsalternative „Aufforderung zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen“. Zwar betonen alle Autoren einhellig, dass das „Auffordern“ ebenso zu verstehen sei wie in § 111 StGB.³⁵ Das sind jedoch leere Worte, die keinen der Autoren veranlasst haben, den Bedeutungsgehalt des Begriffs „auffordert“ in

§ 130 Abs. 1 Nr. 1 StGB so zu definieren, dass ein Einklang mit § 111 StGB hergestellt wird. Aus dem Zusammenspiel der beiden Absätze des § 111 StGB geht hervor, dass es Aufforderung mit und ohne Erfolg gibt und dass § 111 Abs. 1 StGB die Aufforderung mit Erfolg normiert.³⁶ Der strafrechtlich relevante Begriff „Aufforderung“ hat also eine Erfolgskomponente, dem Wort ist ein Aufforderungserfolg immanent. Erfolg der Aufforderung ist in § 111 Abs. 1 StGB die auf der motivierenden Wirkung der Aufforderung beruhende „rechtswidrige Tat“. Begeht jemand, an den sich die öffentliche Aufforderung richtete, eine rechtswidrige Tat, liegt eine Aufforderung mit Erfolg vor. „Ohne Erfolg“ im Sinne des § 111 Abs. 2 StGB ist die Aufforderung geblieben, wenn niemand eine rechtswidrige Tat begangen hat.³⁷ Wo also der Gesetzgeber Straftatbestände bildet, indem er das Handlungsmerkmal „auffordert“ mit einer Reaktion von Menschen verbindet, die mit dem Auffordern in einem Hervorrufungszusammenhang steht, hat das Merkmal „auffordert“ die Bedeutung einer Aufforderung mit Erfolg. In § 130 Abs. 1 Nr. 1 StGB sind das Gewalt- oder Willkürmaßnahmen. Kommt es zu solchen nicht oder stehen sie nicht in dem erforderlichen Hervorrufungszusammenhang, ist die Aufforderung „ohne Erfolg“ geblieben. Deren Strafbarkeit bedürfte einer ausdrücklichen gesetzgeberischen Entscheidung wie in § 30 Abs. 1 StGB oder in § 111 Abs. 2 StGB. Aus § 130 Abs. 1 Nr. 1 StGB kann Strafbarkeit einer erfolglosen Aufforderung nicht abgeleitet werden. Dieser Gesetzestext beschreibt eine erfolgreiche Aufforderung. Damit verstärkt sich zudem die Gewissheit, dass auch in der Aufstachelungsalternative Strafbarkeit nur „mit Erfolg“ möglich ist. Es wäre unsystematisch und wertungswidersprüchlich, in demselben Tatbestand bezüglich Hass die bloße Hervorrufungseignung ausreichen zu lassen, bezüglich Gewalt- oder Willkürmaßnahmen deren tatsächliche Verursachung zu verlangen. Überdeutlich zeigt die Zusammenschau von § 111 StGB und § 130 Abs. 1 Nr. 1 StGB die Überflüssigkeit eines Volksverhetzungstatbestandes, der nichts anderes erfasst als die Aufforderung zu strafatbestandsmäßigem rechtswidrigen Handeln. Wenn aber auch die Aufforderung zu Handlungen außerhalb eines Straftatbestandes³⁸ strafbar sein und dies zudem auf erfolglose Aufforderungen erstreckt werden soll, muss dem Gesetzgeber empfohlen werden, der Strafvorschrift den Stempel der Eigenständigkeit und Strafbarkeitsausdehnung deutlich und unmissverständlich aufzudrücken. Eine Anlehnung an § 111 StGB ist dafür eher kontraindiziell und kontraproduktiv.

³⁰ Ausdrücklich anders z. B. Rudolphi/Stein, in: SK-StGB (Stand: Oktober 2005), § 130 Rn. 4a: „Ebenso wenig ist relevant, ob infolge der Äußerung tatsächlich Hassgefühle bei anderen aufkommen.“; ähnlich Fischer, § 130 Rn. 8; Krauß, in: LK-StGB, § 130 Rn. 38; Schäfer, in: MüKo-StGB, § 130 Rn. 41.

³¹ Ostendorf, in: NK-StGB, § 130 Rn. 11: „... nicht nur Hass erzeugt, sondern auch Hass vermehrt („geschürt“) ...“.

³² Heinrich, ZJS 2017, 625 (627); Kargl, Jura 2001, 176 (177); Altenhain, in: Matt/Renzikowski, § 130 Rn. 6; Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, § 130 Rn. 5a.

³³ Kargl, Jura 2001, 176 (178).

³⁴ Saliger, Umweltstrafrecht, 2012, Rn. 396.

³⁵ Fischer, § 130 Rn. 10; Heinrich, ZJS 2017, 625 (627); Krauß, in: LK-StGB, § 130 Rn. 43; Schäfer, in: MüKo-StGB, § 130 Rn. 46; Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, § 130 Rn. 5b.

³⁶ Anders zur Aufforderung im Tatbestand des § 23 VersG Tolle, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 3. Aufl. (2018), § 23 VersG Rn. 8: „Die Aufforderung muss nicht erfolgreich sein“.

³⁷ Fischer, § 111 Rn. 8; Rosenau, in: LK-StGB, § 111 Rn. 64; Paeffgen, in: NK-StGB, § 111 Rn. 39.

³⁸ Redmann, Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte, 2014, S. 213: „unterhalb der Anforderungen des § 111“.

IV. Schluss

Gegen den Schutz des „öffentlichen Friedens“ kann niemand ernsthaft etwas einzuwenden haben. Versteht man darunter ein gesellschaftliches Klima, in dem jeder Einzelne darauf vertrauen kann, dass er von anderen, die ihn unsympathisch, widerlich, verabscheuungswürdig finden, die ihn deswegen nicht mögen oder gar hassen, in Ruhe gelassen wird, herrscht in dieser Gesellschaft Frieden und wahre Freiheit. Denn Freiheit bedeutet auch friedliche Koexistenz praktizieren zu können trotz Aversion und Hass gegenüber Mitbürgern. Man kann niemandem vorschreiben, andere zu mögen und man kann niemandem verbieten, andere zu hassen. Verboten kann und muss man, dass aus dem Hass ein physischer Übergriff wird. Eine plurale Gesellschaft besteht nicht aus lauter guten Menschen, sondern auch aus nicht so guten Menschen. Solange diese sagen: „Ich kann dich nicht ausstehen, aber ich würde dich niemals angreifen“ oder sogar: „Ich finde dich widerlich, aber ich würde es nicht zulassen, dass dich jemand deswegen angreift“, kann man mit dem Zustand der Gesellschaft zufrieden sein. Aber leider ist die Realität eine andere. Wer weiss, dass andere ihn hassen, fürchtet mit Grund um seine Unversehrtheit und wird daher jedes Aufeinandertreffen mit seinen Feinden meiden. Seine Bewegungs- und Entfaltungsfreiheit ist entsprechend eingeschränkt. „No go areas“ wird er nicht betreten, wenn ihm sein Leben und seine Gesundheit lieb ist. Das ist Symptom der Abwesenheit von öffentlichem Frieden. Mit dem Schutz des etwas nebulösen „öffentlichen Friedens“ wird also individuelle Freiheit geschützt, ein klassisches Individualrechtsgut.³⁹ Ein Volksverhetzungstatbestand, der dieses individualistische Fundament nicht mit schwurbe-

ligen Floskeln und Leerformeln zuschüttet, sondern mit klaren Begriffen freilegt, braucht die Rechtsgutprobe nicht zu scheuen. Leider lässt § 130 StGB diese begriffliche Klarheit an manchen Stellen vermissen. Zu empfehlen ist daher eine andere Tatbeschreibung, die an § 241 StGB ausgerichtet sein könnte: die Schaffung einer kollektiven Bedrohungslage, in der Angehörige bestimmter Bevölkerungsgruppen mit gegen sie gerichteten Aggressionen rechnen müssen, bildet das Zentrum dieses Tatbestandes. Statt „Aufstacheln zum Hass“ sollte die Hervorrufung der Bereitschaft zu Angriffen gegen andere die Handlungs- und Erfolgskomponente des Delikts bilden. Die Aggressionsbereitschaft müsste sich in eindeutigen Erklärungen (§ 30 Abs. 2 Alt. 1 StGB) oder in Vorbereitungshandlungen manifestieren. Die bloße Eignung zur Weckung von Aggressionen würde nur für einen Versuch reichen, dessen Pönalisierung eine vertretbare gesetzgeberische Entscheidung wäre. Über § 30 StGB ginge dieser Tatbestand hinaus, weil er nicht auf die Begehung von Verbrechen (§ 12 Abs. 1 StGB) beschränkt wäre. Zudem wäre sinnvoll, auch den Provokateur in die Strafzone einzubeziehen, der es „zum Äußersten“ – zu tatsächlichen Angriffen – nicht kommen lassen will, aber in unverantwortlicher Weise mit dem Feuer spielt. Von § 111 StGB unterschiede sich der Tatbestand, weil auch nichtöffentliche mündliche Propaganda außerhalb einer Versammlung unter Strafe gestellt wäre. Auf die Klausel „geeignet, den öffentlichen Frieden zu stören“, könnte verzichtet werden. Bei der Rechtsanwendung würde man schnell merken, dass diese Streichung keinerlei Auswirkung hat. Es ist wie in der Mathematik: subtrahiert man eine Null (Subtrahend), ändert sich nichts, Minuend und Differenz sind gleich.

³⁹ Zutreffend *Altenhain*, in: *Matt/Renzikowski*, § 130 Rn. 3; *Fischer*, § 130 Rn. 2; dagegen *Krauß*, in: *LK-StGB*, § 130 Rn. 6.

Eine neue Medienöffentlichkeit im Gerichtssaal?

von Prof. Dr. Gunnar Duttge
und Dr. Franziska B. Friske*

Abstract

Der Beitrag analysiert die durch das EMöGG erfolgten Modifikationen zum bislang strikt verbotenen Einsatz von Fernseh- und Rundfunkaufnahmen in Verhandlungen nach § 169 GVG. Es stellt sich zum einen die Frage, ob sich diese im Lichte der Persönlichkeitsrechte der Prozessbeteiligten sowie der Verfahrenszwecke und -grundsätze gutheißen lassen; zum anderen kann aus der näher ermittelten Reichweite der freigegebenen „Medienöffentlichkeit“ besser eine Einschätzung getroffen werden, ob sich der Gesetzgeber bereits auf die „schiefe Bahn“ in Richtung eines künftigen „Medienspektakels“ begeben hat.

I. Aktueller Anlass und Zielsetzung

Das „Gesetz über die Erweiterung der Medienöffentlichkeit in Gerichtsverfahren“ (EMöGG) vom 8.10.2017¹ will den „technischen und gesellschaftlichen Veränderungen“ bei der Nachrichtenübermittlung durch moderne Medien Rechnung tragen. Diese sind insbesondere durch den Einsatz moderner Kommunikationsformen (z.B. Live-Streams, Internet-Blogs) und eine „nahezu gleichzeitige Berichterstattung“ gekennzeichnet.² Vor diesem Hintergrund sei das strikte Verbot von Bild- und Tonübertragungen aus Gerichtsverfahren (§ 169 S. 2 GVG) nicht mehr „zeitgemäß“ und müsse – konform mit den Entwicklungen an ausländischen Gerichten – „moderat gelockert“ werden.³ Im Einzelnen ist dies nach Vorarbeiten und gemäß den Empfehlungen einer von der Justizminister/-innenkonferenz eingesetzten Bund-Länder-Arbeitsgruppe⁴ in dreierlei Hinsicht geschehen:

- erstens durch die eröffnete Möglichkeit einer akustischen wie audiovisuellen Übertragung von Entscheidungsverkündungen auch der obersten Fachgerichte (und nicht wie zuvor allein des BVerfG, vgl. § 17a BVerfGG a.F.) zum Zwecke der öffentlichen Vorführung oder Veröffentlichung (§ 169 Abs. 3 GVG n.F.),

- zweitens durch die Ermöglichung einer akustischen (nicht aber audiovisuellen) Übertragung der Hauptverhandlung in einen gesonderten Arbeitsraum für Medienvertreter/-innen, insoweit jedoch ohne die Befugnis zur öffentlichen Vorführung oder Veröffentlichung in Bezug

auf deren Inhalte ohne vorherige redaktionelle Verarbeitung (§ 169 Abs. 1 S. 3 GVG n.F.),

- drittens durch die Möglichkeit der akustischen (abweichend vom Gesetzentwurf der Bundesregierung aber nicht audiovisuellen) Dokumentation von Gerichtsverfahren zu wissenschaftlichen und historischen Zwecken, denen eine herausragende zeithistorische Bedeutung für die Bundesrepublik Deutschland zukommt (§ 169 Abs. 2 GVG n.F.).

Für diese ausgewählten Fallgestaltungen werden die tradierten Gründe gegen eine Öffnung der Saal- zur Medienöffentlichkeit nicht mehr als durchschlagend angesehen: die Gefahr, dass der Angeklagte zum Schauobjekt degradiert und in seinem Recht auf effektive Wahrnehmung seiner Verteidigungsinteressen⁵ beeinträchtigt werden könnte, ein möglicher Verlust der gerichtlichen Kontrolle über den Verfahrensverlauf, dazu die Beeinträchtigung von Wahrheitsfindung und strikter Sachbezogenheit der Verhandlungsführung im Bewusstsein einer virtuell präsenten, jedoch für die Akteure anonym bleibenden Fernseh- oder Rundfunköffentlichkeit.⁶ Für alle drei Konstellationen sieht das Gesetz zudem die gerichtliche Befugnis vor, die jeweilige Öffnung „zur Wahrung schutzwürdiger Interessen der Beteiligten oder Dritter oder (...) eines ordnungsgemäßen Ablaufs des Verfahrens“ teilweise zu untersagen (bzw. im Falle der Entscheidungsverkündung durch den BGH von der Einhaltung einzelfallabhängiger Auflagen abhängig zu machen). Auf diese Weise suchte der Gesetzgeber Befürchtungen entgegenzutreten, dass sich die Gerichtsverfahren künftig mehr und mehr zu einem „Medienspektakel“ entwickeln könnten. Gleichzeitig ist eine solchermaßen dosierte Abkehr vom strikten Verbot als notwendig angesehen worden, um die Justiz jenseits cineastisch vom US-amerikanischen Geschworenensprozess geprägten Vorstellungen für den Bürger in seiner realen Gestalt „erfahrbar“ und „in der Breite akzeptierbar“ zu machen.⁷ Zugleich werden offenbar Defizite im öffentlichen Erscheinungsbild der Justiz im Auge der nicht forensisch erfahrenen Allgemeinbevölkerung gesehen, wenn zu lesen ist, dass die neuen Maßnahmen dazu dienen sollen, mit dem Vehikel einer sachadäquaten medialen

* Die Verfasserin ist ehemalige Doktorandin des *Erstautors*; Grundlage des Beitrages sind Überlegungen, die sie anlässlich ihres Göttinger Promotionsvortrages präsentiert hat. Der *Erstautor* ist Direktor der Abteilung für strafrechtliches Medizin- und Biorecht an der Universität Göttingen.

¹ BGBl. I, 3546.

² BT-Drs. 18/10144, S. 1.

³ A.a.O., S. 2, 11; ebenso die Beschlussempfehlung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drs. 18/12591, S. 1.

⁴ Abrufbar: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Abschlussbericht_Bund_Laender_Arbeitsgruppe_169GVG.html. (zuletzt abgerufen am 23.7.2018).

⁵ Dies betonte noch der historische Gesetzgeber, vgl. BT-Drs. IV/178, S. 45.

⁶ Grundlegend BGHSt 16, 111 ff. und BVerfGE 103, 44 ff.; siehe zuletzt auch im Überblick *Altenhain*, Gutachten C zum 71. Deutschen Juristentag 2016, C 87 ff.

⁷ BT-Drs. 18/10144, S. 13.

Darstellung „ein positiveres Bild“ (als bisher) zu vermitteln.⁸ Ein erwünschter praktischer Effekt ist schließlich die erhoffte Abmilderung der räumlichen Kapazitätsprobleme, wie sie sich etwa im NSU-Prozess gezeigt haben.

II. Grundlagen und Rahmenbedingungen

Eine nähere Bewertung dieser Abkehr von der lange gehegten Totalreservation gegenüber jedweder Öffnung des Verhandlungsgeschehens⁹ über die Grenzen des Gerichtssaals hinaus lässt sich nicht vornehmen, ohne sich einerseits der verfassungs- und menschenrechtlichen Basiswertungen und andererseits der heute vorherrschenden Medienwirklichkeit zu vergewissern. Letztere hat sich ohne jeden Zweifel ganz erheblich von ihrem tradierten Erscheinungsbild und Selbstverständnis der Akteure entfernt und ist heute mehr denn je von einem verschärften Konkurrenzdruck im Ringen um beschleunigten Output, Wecken von Aufmerksamkeit (bei Bedarf unter Inkaufnahme von „Kollateralschäden“) und verstärkter „Meinungsbildung“ (anstelle einer bloßen Beschreibung der Vorgänge aus der Beobachterperspektive) geprägt. Mitunter gerät das Streben nach größtmöglicher Resonanz beim Publikum in deutlichen Konflikt mit den hehren journalistischen Ansprüchen an Seriosität und Sorgfalt, Neutralität und Verantwortungsbewusstsein im Lichte der möglichen medialen Wirkungen.¹⁰ Gerichts- und allem voran Strafverfahren bilden dabei für moderne Medien einen Gegenstand von hoher Anziehungskraft, weil Straftaten und vor allem Straftäter wie die Reaktion der (Straf-)Justiz stets auch auf hohes Interesse der Bevölkerung stößt. Dass dieses Interesse keineswegs immer ein solches nach seriösen Informationen und Aufklärung nach Maßgabe der kritischen Vernunft ist, sondern mitunter voyeuristische Züge trägt, dürfte regelmäßig Ob und Wie der „Berichterstattung“ maßgeblich leiten. Wie *Murmann* sehr zu Recht betont hat, wäre es daher naiv anzunehmen, dass sich Medienunternehmen und ihre Akteure an etwas anderem als an wirtschaftlichen bzw. Karriereinteressen orientierten, nicht etwa an den strafrechtlichen Prinzipien.¹¹ Das daraus resultierende Spannungsverhältnis bildet daher für das (Straf-)Recht einen triftigen Grund, mit Blick auf die zweckimmanenten Verfahrensprinzipien und betroffenen Grundrechte (insbesondere die Persönlichkeitsrechte der Angeklagten, Zeugen, Opfer) gegenüber wohlfeilen Forderungen nach „zeitgeistgemäßer Modernisierung“ vorsichtig zu agieren: Die Prozessbeteiligten kommen schließlich nicht aus Anlass eines Fototermins oder Interviews, sondern einer gerichtlichen (strafrechtlichen Haupt-)Verhandlung zusammen.

Es kommt hinzu, dass die fundamentale Zwecksetzung des Öffentlichkeitsprinzips – das einer demokratisch und rechtsstaatlich legitimierten Dritten Staatsgewalt immanente Transparenzgebot fern jedweder „Geheimjustiz“¹² – bereits durch Inanspruchnahme des unmittelbaren Zugangs zum jeweiligen Gerichtsverfahren gewährleistet ist. Auch räumliche Kapazitätsgrenzen, die für den einzelnen Bürger ein faktisches Hindernis darstellen können, stehen einer generellen Kontrollierbarkeit der Justiztätigkeit durch das Volk nicht entgegen, solange nicht die Zugangsmöglichkeit faktisch vereitelt wird (woraus sich die Verpflichtung der Justizverwaltungen zu organisatorischen Vorkehrungen ergibt). Die Informationsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GG, Art. 10 Abs. 1 S. 1 EMRK eröffnet den Zugang nur so weit, wie die Informationsquelle „allgemein zugänglich“ ist; ein Anrecht auf ganz bestimmte Informationen entsteht daraus nicht, und zwar weder für den Einzelnen noch für Medienvertreter.¹³ Schon gar nicht resultiert aus der Rundfunk-, Fernseh- und Pressefreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG) eine Verpflichtung der Justiz zur Öffnung ihrer Verfahren für die Konsumenten der jeweiligen Medienformate; weder das Verfassungsrecht noch die Europäische Menschenrechtskonvention hindern den Gesetzgeber, Rundfunk- und/oder Fernsehaufnahmen oder entsprechende Äquivalente jedenfalls innerhalb des Kernbereichs gerichtsförmlicher Verfahren zu verbieten.¹⁴

III. Zu den „Lockerungen“ im Einzelnen

Blickt man nun aber näher auf die drei benannten Neuerungen in § 169 GVG, so lässt sich unschwer erkennen, dass die Medienöffentlichkeit im eigentlichen Sinne – d.h. in Form einer visuellen und/oder akustischen Zugänglichmachung der Verhandlung (live oder zeitversetzt) für die Allgemeinheit – hinsichtlich jenes Kernbereichs in Wahrheit auch weiterhin ausnahmslos verboten bleibt:¹⁵ Denn die in Verfahren vor dem *BGH* gestattete audiovisuelle Übertragung und Ausstrahlung ist auf die alleinige Verkündung der jeweiligen Entscheidung beschränkt und betrifft damit keinen Teilakt der verfahrensmäßigen Entscheidungsfindung zwischen Aufruf der Sache und letztem Wort des Angeklagten. Die akustische Dokumentation von zeithistorisch bedeutsamen Gerichtsverfahren dient nicht der öffentlichen Vorführung, sondern ausschließlich „wissenschaftlichen und historischen Zwecken“: Der Zugang (durch Einsichtnahme ohne Herausgabe, vgl. § 169 Abs. 2 S. 3 GVG n.F.) erfolgt ausschließlich über das Bundes- oder jeweilige Landesarchiv. Die nunmehr ermöglichte akustische Übertragung der Hauptverhandlung in einen Medienraum ist schließlich den interessierten Medienvertretern vorbehalten und darf nicht

⁸ A.a.O.

⁹ Anders jedoch für die Zeitfenster vor und nach der Verhandlung und in den Verhandlungspausen, sei es vor dem Gerichtsgebäude oder innerhalb desselben (auf dem Gang vor dem Sitzungssaal).

¹⁰ Zur Notwendigkeit einer Medienethik statt vieler nur *Holderregger*, *Communicatio Socialis* 28 (1995), Nr. 3, 378 ff.; vertiefend *Schicha/Brosda* (Hrsg.), *Handbuch Medienethik*, 2010.

¹¹ *Murmann*, in: ders. (Hrsg.), *Strafrecht und Medien*, 2016 (Göttinger Studien zu den Kriminalwissenschaften, Bd. 30), S. 5 (6).

¹² Z.B. *Duttge/Kangarani*, in: *Dölling/Duttge/König/Rössner* (Hrsg.), *Gesamtes Strafrecht. Handkommentar*, 4. Aufl. (2017), § 169 GVG Rn. 1; *Fromm*, *NJOZ* 2015, 1193; *Hassemer*, *ZRP* 2013, 149 f.

¹³ Zu Art. 10 EMRK: *EGMR* NJW 2013, 521; im hiesigen thematischen Kontext *Kreicker*, *ZIS* 2017, 85 (92).

¹⁴ Zur Rechtsprechung des EGMR eingehend *Kreicker*, *ZIS* 2017, 85 ff.

¹⁵ Wie hier auch die Einschätzung von *Schrader*, Vortragsmanuskript: *Neue Entwicklungen zur Öffentlichkeit von Gerichtsverhandlungen in Deutschland*, Oktober 2017 (<https://fuldok.hs-fulda.de/opus4/frontdoor/deliver/index/docId/692/file/Gerichts%c3%b6ffentlichkeit.pdf>), S. 11.

hernach der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden. In keiner dieser Konstellationen besteht daher jene Gefahrenlage, die den Gesetzgeber seinerzeit zur Verbotsregelung des § 169 S. 2 GVG (a.F.) veranlasst hatte.

Für die Einrichtung von Medienräumen spricht zweifelsohne die dadurch eröffnete Möglichkeit, die räumlichen Kapazitätsbegrenzungen des jeweiligen Gerichtssaals auszuweiten und insbesondere in aufsehenerregenden Verfahren deutlich mehr Pressevertreter an der Verhandlung teilhaben zu lassen. Gleichzeitig ist bei der reinen Audioübertragung eine geringere Eingriffsintensität in Bezug auf die Persönlichkeitsrechte der Prozessbeteiligten und den Verfahrensgang zu konstatieren. Anders als bei einer auch visuellen Beobachtung dürfte das Risiko von (unbewussten) Verhaltensänderungen bei bloßen Audioübertragungen von vornherein nicht dasjenige Maß überschreiten, das über die ohnehin bestehende individualpsychologische Beklemmung innerhalb des Gerichtssaals hinausgeht. Im Kontext von Gemeinderatssitzungen hat das *BVerwG* das erhöhte Risiko dysfunktionaler Wirkungen einer Audioaufnahme der Wortbeiträge gerade in dem Umstand gesehen, dass „jede Nuance der Rede, einschließlich der rhetorischen Fehlleistungen [und] der sprachlichen Unzulänglichkeiten [...] dauerhaft und ständig reproduzierbar konservier[t]“ wird¹⁶ – nicht aber bereits in der streamenden Weitertragung der eigenen Stimme, die ohnehin von den Anwesenden im Raum stets mitgehört und miterlebt wird. Eben dies, also das Gewinnen eines unmittelbaren Eindrucks von den kommunikativen Erscheinungsweisen des Sprechens (flüssig, mit Nachdruck, leiser Stimme, zögerlich usw.), ist aber vonnöten, um die Inhalte des Gesprochenen aus der Beurteiler- (Gericht) wie Beobachterperspektive (Öffentlichkeit) besser einschätzen und interpretieren zu können. Gerade dies hat den Gesetzgeber in den letzten Jahren veranlasst, zwecks Stärkung des Unmittelbarkeitsprinzips Ton- und Bildübertragungen (etwa von Zeugenvernehmungen, aber auch von Verfahrenshandlungen der Prozessbeteiligten) in die jeweiligen Prozessordnungen zu integrieren (z.B. § 247a StPO, § 128a ZPO, § 102a VwGO, § 110a SGG, § 91a FGO).

Dieser Zusammenhang offenbart jedoch zugleich einen wesentlichen Nachteil der neuen Regelung: Die reine Tonübertragung bietet bei weitem nicht dieselben Eindrücke aus der Verhandlung wie jene, die sich im Gerichtssaal selbst gewinnen lassen. Zur Deutung des Geschehens und insbesondere von Aussagen und Erklärungen sind Körpersprache und -haltung, Gestik und Mimik nicht minder bedeutsam, und zwar nicht lediglich beim jeweiligen Akteur, sondern auch bei jener anderen Verfahrensbeteiligten, die darauf u.U. spontan reagieren. Bei einer bloßen Tonübertragung fehlt es daher buchstäblich wie in der Sache am „ganzen Bild“ und werden wesentliche Aspekte

der Kommunikation abweichend von den alltäglichen Kommunikationsverhältnissen abgeschnitten. Den Medienvertretern dürfte deshalb das Mitverfolgen einer Verhandlung in einem solchen Nebenraum einigermaßen unattraktiv erscheinen, was zur Folge hat, dass die Ausgangsproblematik um eine willkürfreie Platzvergabe im Gerichtssaal¹⁷ dadurch gerade keine Lösung erfährt und vielmehr eine „Zwei-Klassen-Berichterstattung“ etabliert wird. De lege ferenda ist daher anzuraten, auch eine Bildübertragung in den Medienraum zuzulassen:¹⁸ Solange diese sich darauf beschränkt, das Geschehen live mitzuverfolgen (wie etwa auch von der Zuschauertribüne im Deutschen Bundestag aus), ohne dass eine reproduzierbare Speicherung erfolgt, steht bei der unstörend installierten, aus der Perspektive der Zuschauerreihen streamenden Kamera für den Normalfall nicht zu befürchten, dass dies substantielle nachteilige Wirkungen auf die prozessbeteiligten Bürger und auf das Verhandlungsgeschehen auslöst. Damit würde zugleich der innere Widerspruch des geltenden Rechts beseitigt, das in seinen Prozessordnungen – wie schon erwähnt – die zeitgleiche Übertragung in den Gerichtssaal auch in visueller und nicht lediglich akustischer Hinsicht bereits ermöglicht. Dass dies absehbar zu einer Überbelastung des sitzungleitenden Vorsitzenden¹⁹ führt, hat sich dort bislang nicht bestätigt und erscheint daher auch im hiesigen Kontext nicht wahrscheinlich: Zwar muss er (ggf. mit Hilfe des Gerichtspersonals) auch den Nebenraum überwachen und verhindern, dass unzulässig Mitschnitte angefertigt werden (wie z.B. auch der Prüfungsvorsitzende hinsichtlich des Zuschauerbereichs in mündlichen Examenprüfungen): Es gibt jedoch keinen Grund für die Annahme, dass dies eine nicht zu bewältigende Aufgabe sein könnte.

Das zentrale Argument für die medial vermittelte Zugänglichkeit von Urteilsverkündungen auch der obersten Gerichtshöfe in den Fachgerichtsbarkeiten (neben dem *BGH* in Straf- und Zivilsachen ebenso das *BAG*, § 72 Abs. 6 ArbGG, das *BVerwG*, § 55 VwGO, das *BSG*, § 61 Abs. 1 SGG, und der *BFH*, § 52 Abs. 1 FGO) ist der Gedanke, dass dies durch die ermöglichte Anschaulichkeit des jeweiligen Verfahrensgegenstandes wesentlich zur öffentlichen Meinungsbildung und einem besseren Verständnis von Recht und Justiz innerhalb der Gesellschaft beitragen kann. Dass filmische Darstellungen von Gerichtsverfahren (zumeist US-amerikanischer Provenienz: „Die zwölf Geschworenen“, „Zeugin der Anklage“) oder auch pseudodokumentarische Gerichtsshows („Barbara Salesch“) mit dem realen Geschehen in deutschen Gerichtssälen so gut wie gar nichts zu tun haben,²⁰ dürfte vermutlich nicht für jeden gleichermaßen evident sein. In Zeiten einer „Herrschaft der Bilder“ (samt Livestreams) eröffnet die geschaffene Transparenz die Chance auf eine Stärkung der aktuell mehr denn je benötigten gesellschaftlichen Akzeptanz. Die Urteilsgründe mit ihren jeweiligen

¹⁶ BVerwGE 85, 283 (288).

¹⁷ Zur Unzulässigkeit des Windhund-Verfahrens und Erforderlichkeit eines sachadäquaten Akkreditierungsverfahrens im NSU-Prozess näher *BVerfG*, NJW 2013, 1293 ff.

¹⁸ Wie hier auch *Loubal/Hofmann*, MMR 2016, 669 (672).

¹⁹ So die Sorge des *Deutsche Richterbundes* in seiner Stellungnahme Nr. 12/16, siehe <http://www.dr.b.de/stellungnahmen/2016/medienoeffentlichkeit.html> (zuletzt abgerufen am 23.7.2018).

²⁰ Zur dadurch beförderten verzerrten Wahrnehmung von Strafverfahren und Strafrecht näher *Stock*, Der Einfluss von Gerichtsshows, Berichterstattungen und Expertenmeinungen ..., in: *Jahrbuch des Kriminalwissenschaftlichen Instituts der Leibniz Universität Hannover*, Bd. 2 (2014), online abrufbar: https://www.jura.uni-hannover.de/fileadmin/fakultaet/Institute/KI/Jahrbuecher/2014_Band_I_I-Stock_-_Endfassung.pdf (zuletzt abgerufen am 23.7.2018).

rechtssystematischen Zusammenhängen (neben der Urteilsformel, siehe §§ 268 StPO; § 311 Abs. 3 ZPO, §§ 116, 117 VwGO) unmittelbar aus dem Mund einer richterlichen Autorität entgegenzunehmen und nicht auf die Seriosität und Verstehenskompetenz vermittelnder Medienvertreter hoffen zu müssen (die im Zweifel die rechtlichen Grundannahmen nicht durchschauen und eher zu simplifizierenden Darstellungen neigen), sind ein erheblicher Wert an sich. Im Kontext des Strafrechts kann zugleich das generalpräventive Anliegen der Strafandrohung („Androhungsgeneralprävention“)²¹ befördert werden, indem für die Bevölkerung mehr als nur durch selektiv-zufällige Kurznachrichten herkömmlicher Art sichtbar wird, dass Straftaten innerhalb der bestehenden Rechtsordnung auch realiter Strafverfahren und Strafsanktionen gegen Bürger zur Folge haben (können). Die Beschränkung auf Urteile der obersten fachgerichtlichen Instanzen trägt dem Umstand Rechnung, dass ihnen als Hüter einer widerspruchsfreien Rechtsordnung (vgl. § 132 Abs. 4 GVG) weit mehr als den untergerichtlichen Judikaten rechtsgrundsätzliche Bedeutung mit erheblicher Breitenwirkung und mitunter herausragender Relevanz für das gesellschaftliche und politische Leben zukommt.²² In dieser Hinsicht unterscheiden sie sich von Entscheidungen des *BVerfG* allenfalls in quantitativer, nicht aber in qualitativer Hinsicht, zumal die kompetenzrechtliche Arbeitsteilung zwischen Fach- und Verfassungsgerichtsbarkeit (letztere infolge des „juridical self-restraints“ des *BVerfG* auf eine Verletzung „spezifischen Verfassungsrechts“ reduziert)²³ ohnehin eine Gleichbehandlung nahelegt.

Die den Vorsitzenden damit auferlegte Kommunikationsaufgabe über den Rahmen ihres professionellen Kommunikationssystems hinaus ist allerdings keine geringe: Denn es obliegt ihrer Erfahrung, ihrem sozialen Einfühlungsvermögen und ihrem kommunikativen Geschick, die in aller Regel komplexen rechtlichen Zusammenhänge auf eine Weise zu vermitteln, die weder für Laien unverständlich bleibt noch die Sachfrage unzulässig trivialisiert. Dass dies zwangsläufig nur unvollkommen gelingen wird, ist kein durchgreifendes Gegenargument, weil der primäre Sinn der medial vermittelten Öffentlichkeit nicht etwa in einem gesamtgesellschaftlichen „Rechtskundeunterricht“, sondern in der schlichten Öffnung des Geschehens für die interessierte Öffentlichkeit liegt. Es geht also nicht um (gar vollständigen) Nachvollzug der Rechtsanwendung durch juristische Laien („die das eh` nicht verstehen“), sondern um die Ermöglichung generellen Vertrauens und einer generellen Kontrolle der Justiz – in den Worten des

früheren Bundesverfassungsrichters *Dieter Grimm*: „Es gehört zum Sinn der Gerichtsöffentlichkeit, dass sich der Richter bei seiner Machtausübung beobachtet fühlt“²⁴. Bedenken aus Gründen eines menschlich-unvollkommenen Erscheinungsbildes oder Verhaltens (Sprechens) der richterlichen Personen²⁵ greifen ebenso wenig durch wie Sorgen vor einer Verfahrensverzögerung durch Mehrbelastung. Zählt es doch schon bisher zu den besonderen Anforderungen an einen Richter (und noch mehr an einen Vorsitzenden), die nötige Professionalität auch in seinem Auftreten im Gerichtssaal und der dazu nötigen Vorbereitung zu wahren und evtl. Versuchungen einer „Selbstinszenierung“ zu widerstehen. Als „öffentliche Person“ kommt ihm in seinem persönlichkeitsrechtlichen Anspruch auf (nach individuellen Vorstellungen) „adäquate“ Darstellung seiner selbst in der Öffentlichkeit ohnehin nur ein eingeschränkter Schutzstatus zu.²⁶ Das gilt für die anderen Prozessbeteiligten jedoch nicht in gleicher Weise: Deshalb sollte im Wege der Auflagenerteilung (vgl. § 169 Abs. 3 S. 2 GVG n.F.) sichergestellt werden, dass ausschließlich die Richterbank gefilmt werden darf oder zumindest die Gesichter der Personen jenseits der Justizangehörigen unkenntlich zu machen sind (Verpixelung)²⁷. Für den verurteilten Angeklagten im Strafprozess resultiert dies nicht zuletzt auch aus seinem verfassungsrechtlich garantierten Resozialisierungsanspruch.²⁸ Dieser wirkt nicht bloß am Ende, sondern auch schon zu Beginn der Hauptverhandlung: Deshalb sollte zugleich mit der „unwürdigen Szenerie“²⁹ Schluss gemacht werden, dass Angeklagte sich gezwungen sehen, ihr Gesicht notdürftig mit eigenen Mitteln zu verdecken, um sich vor einer Zurschaustellung zu schützen.

Eine solche wäre jedoch auch dann zu besorgen, wenn zeitgeschichtlich bedeutsame Verhandlungen in Ton und Bild aufgenommen und – sei es auch für wissenschaftliche oder historische Zwecke beschränkt – einem nicht von vornherein umgrenzten Personenkreis zur Verfügung gestellt werden könnten. Denn auch wenn die Zugänglichmachung erst zu einem wesentlich späteren Zeitpunkt oder gar aus Sicht der betroffenen Person erst posthum erfolgt (vgl. § 5 Abs. 1 S. 2 BArchG: 30 Jahre nach dem Tod) und die angefertigte Dokumentation nicht für die gegenwärtige Öffentlichkeit bestimmt ist, ändert das als solches nichts am fortwirkenden Eingriff in das (postmortale) Persönlichkeitsrecht beim Angeklagten. Drei Umstände sind es jedoch, welche die Eingriffsqualität der letztlich beschlossenen „Freigabe“ minimieren: Zum ei-

²¹ *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl. (2016), § 2 Rn 21.

²² So zutreffend bereits die Gesetzesmaterialien, BT-Drs. 18/10144, S. 18.

²³ Z.B. *BVerfGE* 18, 85 (92); 30, 173 (218 ff.); 42, 143 (154 ff.); 73, 261 (269); s. auch *Heun*, Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit im Vergleich, 2014, S. 138 f.; *Papier*, in: *BVerfG und GG*, Bd. I, 1976, S. 432 ff.

²⁴ *Grimm*, ZRP 2011, 61.

²⁵ In diesem Sinne die Präsidentin des *BGH Limperg*, <http://www.lhr-law.de/magazin/presse-und-medienrecht/bitte-laecheln-liebes-gericht-was-fuer-und-gegen-laufende-kameras-im-gerichtssaal-spricht-2> (zuletzt abgerufen am 23.7.2018).

²⁶ Siehe z.B. *BVerfG*, Urt. v. 21.7.2000 – 1 BvQ 17/00, Rn 23; *von Coelln*, AfP 2014, 193 (201) mediale Beobachtung ist prinzipiell als „funktionsadäquate Begleiterscheinung“ zu dulden.

²⁷ Zur Vorrangigkeit der Anonymisierung gegenüber einem Übertragungsverbot *BVerfGE* 119, 309 (325).

²⁸ Grundlegend *BVerfGE* 45, 188 (228 f., 239 und 245): „realisierbare Chance auf Wiedererlangung der Freiheit“ als Ausprägung eines „menschenswürdigen Daseins“; dahingehende Bedenken im hiesigen Kontext bei *Rittig*, NJ 2016, 265 (267).

²⁹ Nur allzu berechtigte Kritik z.B. von *Alwart*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Erweiterung der Medienöffentlichkeit in Gerichtsverfahren... vom 27.3.2017, S. 2, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/blob/500950/3287353c09411dcb3368baa05ea924e0/alwart-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 23.7.2018): „stigmatisierendes Fotoshooting“; siehe auch *DAV*, Stellungnahme Nr. 38/2016, S. 4; *Schlothauer*, StV 2015, 665 (666 f.).

nen hat der Gesetzgeber von der ursprünglichen Idee Abstand genommen, die zeithistorisch bedeutsame Dokumentation auch audiovisuell, d.h. durch kameragesteuerte Filmaufnahmen zu ermöglichen;³⁰ vielmehr wurde diese zunächst erwogene breite Öffnung für Medien durch Beschlussfassung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz auf Tonaufnahmen eingegrenzt.³¹ Die wesentlich höhere Eingriffsdimension infolge einer bildlichen Erfassung ist damit abgewendet worden. Zum zweiten ist der Zugang nur für Einzelpersonen mit nachweislich wissenschaftlicher oder historischer Expertise und nur auf entsprechenden Antrag hin eröffnet (§ 10 Abs. 1 BArchG), der vor Vollzug zunächst eine Abwägung mit evtl. gegenläufigen schutzwürdigen Interessen Betroffener zur Folge hat (zu den Versagungsgründen: § 13 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, S. 2 BArchG)³². Dieses Prozedere unterscheidet sich wesentlich von einer öffentlichen Zurschaustellung des zuvor Aufgenommenen und der darin involvierten Personen. Drittens schließlich wurde diese Nichtzugänglichkeit für die Allgemeinheit im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens durch ein umfassendes, für jedwedes gerichtliche Verfahren geltendes Verwendungs- und Verwertungsverbot abgesichert (§ 169 Abs. 2 S. 3 GVG n.F.)³³. Auch auf einen Beweisantrag hin dürfen die Aufnahmen nicht in ein Verfahren eingeführt werden.³⁴ Die damit erzielte Fokussierung auf eine bloß noch punktuelle Zwecksetzung hat zwangsläufig Rückwirkungen auf das Ausmaß der persönlichkeitsrechtlichen Beeinträchtigung der Betroffenen (insbesondere der Angeklagten): Wissen diese, dass die Dokumentation ausschließlich Wissenschaftlern oder Zeithistorikern offenbar werden kann, reduziert sich deren Beeinträchtigung (etwa im Wege einer erschwerten Konzentration auf den Prozessverlauf) erheblich und lässt anders als bei einem Videomitschnitt nicht ohne Weiteres gesonderte Verhaltensänderungen und damit dysfunktionale Folgen für den jeweiligen Verfahrenszweck befürchten. Vor diesem Hintergrund erscheint dann die abwägende Haltung des Gesetzgebers eingängig, dass die Möglichkeit des Erhalts rechtshistorisch hochbedeutsamer Tondokumente ähnlich der Ausschwitz-Prozesse für die Zukunft nicht ausgeschlossen bleiben sollte.³⁵

Kritisch zu hinterfragen ist jedoch die apodiktisch vorgegebene Unanfechtbarkeit der gerichtlichen Entscheidungen nach dem neuen § 169 Abs. 4 GVG: Auch wenn es sich mit Blick auf evtl. widerstreitende „schutzwürdige Interessen der Beteiligten oder Dritter“ um Ermessent-

scheidungen handelt, lässt sich gerade aufgrund dieser Betroffenheit ein Recht auf fehlerfreie Ermessensausübung nicht rundweg bestreiten. Wie die gesetzestörmliche Unterbindung einer dahingehenden Rechtskontrolle mit der Rechtsschutzgarantie aus Art. 19 Abs. 4 GG vereinbar sein soll,³⁶ bleibt das Geheimnis der Entwurfsverfasser – denn ein die Tonband- oder (im Falle der Urteilsverkündung eines obersten Bundesgerichts) gar Fernseh-/Filmaufnahmen zulassender Gerichtsbeschluss greift als Akt hoheitlicher Gewalt in das Recht der Privatpersonen am eigenen Wort (im Falle der Urteilsverkündung je nach Einzugsbereich der Kamera u.U. auch das Recht am eigenen Bild) ein und gestattet demzufolge nach Maßgabe der Grundrechtsbindung aller Hoheitsgewalt (vgl. Art. 1 Abs. 3 GG) keinen „gerichtsfreien Raum“. Zwar galt über lange Zeit hinweg die Formel (nahezu) unangefochten, dass Art. 19 Abs. 4 GG nur mehr „Schutz durch den Richter“, nicht aber „Schutz gegen den Richter“ gewähre;³⁷ davon ist das heute vorherrschende verfassungsrechtliche Verständnis aber weithin abgekommen und erkennt in Art. 19 Abs. 4 GG die Gewähr eines „sekundären Kontrollanspruchs auf Überprüfung erstinstanzlicher Richterakte hinsichtlich der Rechtsfrage“³⁸, mithin auf Wahrung der rechtlichen Ermessensgrenzen. Wollte man diese – wortsinngetreue – Interpretation des Art. 19 Abs. 4 GG nicht teilen, ergäbe sich im Lichte des allgemeinen Justizgewährungsanspruchs dennoch nichts anderes.³⁹ Eine die Rechte der Verfahrensbeteiligten bewahrende Rechtskontrolle als entbehrlich anzusehen, um evtl. Verzögerungen im Verfahrensablauf zu unterbinden,⁴⁰ kann vor diesem verfassungsrechtlichen Hintergrund nicht überzeugen, sofern es – wie vorliegend – auch keine anderweitige Überprüfungsmöglichkeit (etwa innerhalb der Sachentscheidung, Rechtsgedanke des § 210 Abs. 1 StPO) gibt. Zu fordern ist daher eine baldige Abhilfe durch den Gesetzgeber, etwa in Form einer (sofortigen) Beschwerdemöglichkeit.

IV. Zukunftsperspektiven

Die Bewertung im Ganzen fällt jedoch im Kern eher positiv aus: Der Gesetzgeber ist im Wesentlichen nicht dem Zeitgeist einer vollständig alle Lebensbereiche durchdringenden „Medialisierung“⁴¹ und damit auch nicht den durchweg kommerziell motivierten Wünschen der Medien gefolgt, die sich im Wege der „Skandalisierung“⁴² juristischer „Fälle“ – vorzugsweise mit strafrechtlichen Bezügen – nur allzu gerne ein neues „Marktsegment“ erschließen würden. Recht und Justiz sind eine zu wichtige

³⁰ Siehe noch BT-Drs. 18/10144, S. 7, 19.

³¹ Vgl. BT-Drs. 18/12591, S. 3, 5.

³² Zu diesen näher *Partsch/Koschmieder*, NJW 2017, 1616 (1620 f.).

³³ Siehe BT-Drs. 18/12591, S. 5.

³⁴ In diesem Sinne noch die Sorge des Deutschen Richterbundes, Stellungnahme Nr. 12/16, abrufbar unter: <http://www.drbb.de/stellungnahmen/2016/medienoeffentlichkeit.html> (zuletzt abgerufen am 23.7.2018).

³⁵ Vgl. BT-Drs. 18/12591, S. 5.

³⁶ So der Gesetzgeber, vgl. BT-Drs. 18/10144, S. 28.

³⁷ Frühere st. Rspr., vgl. BVerfGE 4, 74 (96); 11, 263 (265); 15, 275 (280); 22, 106 (110); 25, 352 (375); 49, 329 (340); 76, 93 (98); begründet von *Dürig*, GG-Kommentar, Erstbearbeitung 1958, Art. 19 GG Rn. 17.

³⁸ *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, Stand: 82. Erg.Lfg. (Januar 2018), Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 96; siehe auch *Voßkuhle*, NJW 1995, 1377 (1382 ff.) und NJW 2003, 2193 ff.; differenzierend BVerfGE 107, 395 ff. (allerdings im Kontext des Art. 103 I GG).

³⁹ Siehe z.B. *Sachs*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 8. Aufl. (2018), Art. 19 Rn. 121 (m.w.N.).

⁴⁰ So BT-Drs. 18/10144, S. 28.

⁴¹ Zu deren Ambivalenzen, wenn sich „gesellschaftliche Subsysteme mediale Logiken anpassen“, näher *Bösch/Frei*, in: dies. (Hrsg.), *Medialisierung und Demokratie im 20. Jahrhundert*, 2006, S. 7 ff.

⁴² Treffend *Imhof*, in: *Medien & Kommunikationswissenschaft* 54 (2006), 191 (203): „Die alarmistische Empörungsbewirtschaftung ist zu einem zentralen Mittel des Aufmerksamkeitswettbewerbs geworden“.

Sache, um sie den unaufgeklärten Umtriebigkeiten und autistischen Zügen der modernen Medienwelt zu überlassen. Die zentrale Aufgabe der Vermittlung rechtlicher Gegebenheiten zählt heute mehr denn je zu den eigenen Aufgaben des Rechtssystems, das sich längst nicht mehr wie zu alten Zeiten darauf beschränken kann, dass mit Verlautbarung in Gesetzesblättern und (beschränkt auf die Prozessbeteiligten) Abfassung von Urteilschriften den berechtigten Informationsbedürfnissen der Gesellschaft schon hinreichend Genüge getan sei – bei weitem gefehlt: In Zeiten einer zunehmenden „Ligation-PR“⁴³ bedarf es dringlich einer Professionalisierung der Gerichtsberichterstattung in den Händen der Justiz; die inzwischen etablierten Kurzberichte der Pressesprecher können dabei nur ein erster Anfang sein.

Aufgabe der Politik ist es nicht zuletzt, die Justiz auch mit den dazu benötigten Finanzmitteln auszustatten und nicht den allzu bequemen Weg zu gehen, der Medienwelt Schritt für Schritt ungehindert Entree zu verschaffen. Von einer Gefahr der Ausweitung auszugehen erfordert zwar begründete tatsächliche Anhaltspunkte und nicht bloß die spekulative Denkmöglichkeit einer „schiefen Bahn“⁴⁴; im hiesigen Kontext ist eine solche aber durchaus nicht fernliegend, schon weil unter den Etiketten der Moderne mit allseitiger Zustimmung (jenseits des Rechtssystems) zu rechnen wäre. Konkret zur Dokumentation zeithistorischer Dokumente wird schon heute der „Anachronismus“ beklagt, warum diese am Ende auf Tonaufnahmen begrenzt wurde und nicht sogleich Bildaufnahmen zugelassen hat.⁴⁵ Wie *Alwart* mit großem Recht herausgestrichen hat, ist die Schlüsselfrage nicht etwa jene nach der Quantität („mehr Öffentlichkeit“, „mehr Bilder“), sondern vielmehr die nach der Qualität, also: „welche Form die Gerichtsöffentlichkeit annehmen sollte, damit die Sache der

Justiz im Gerichtssaal auch zum Ausdruck gelangen kann“⁴⁶. Es bedarf mit der nötigen Ernsthaftigkeit und gedanklichen Tiefenschärfe einer konzeptionellen Klärung und rechtspraktischen Wegbereitung, wie sich „die moderne [d.h. komplexe und hochdifferenzierte, rechtsstaatlich aufgeklärte, systematisch fundierte usw., *Zusatz der Autoren*] Rechtskultur innerhalb des Bürgerhorizonts besser verankern lässt als bisher“, ohne „primitiver Unterhaltungslust und Sensationsgier Vorschub [zu] leisten“⁴⁷. Dazu einfach gerichtsautonom erstellte Aufzeichnungen „einer breiteren Öffentlichkeit auf der Homepage des Gerichts durch die Pressestelle zugänglich [zu] machen“⁴⁸, verkennt schon im Ansatz die Grundlegendimension der Frage nach der „Öffentlichkeit“ des Rechts und seiner Institutionen. Solange der zweite Schritt – die praktisch-organisatorische Dimension – vor dem zentralen ersten getan wird, liegt im minimalinvasiven Charakter des „Gesetzes zur Erweiterung der Medienöffentlichkeit“ sein größter Vorzug.

Wer weiter in die Zukunft blicken will, sollte bei aller zeitgeisttypischen Modernisierungseuphorie nicht ganz die Lehren der „Alten“ vergessen. So findet sich schon bei *Mittermaier* der wichtige Hinweis, dass die Frage der Öffentlichkeit der Gerichtsverfahren einzig und allein „vom rechtlichen Standpunkt“ aus sachgerecht zu beantworten ist: Es geht schließlich – in welcher Facette der facettenreichen Rechtsordnung auch immer – letztlich immer um den „Ernst der Gerechtigkeit“⁴⁹ und nicht um ein Schauspiel „in Theatern oder Gauklerbuden“⁵⁰; diene die Rechtspflege nur noch dazu, „die Neugier [zu] beschäftige[n], die gähnende Langeweile [zu] zerstreue[n], dem Müßiggang ein Ruheplätzchen“⁵¹ [zu] eröffnen“⁵², dann verfehle das Öffentlichkeitsprinzip von Grund auf seinen Sinn.

⁴³ Zu Begriff und Herkunft siehe z.B. *Heinrich*, in: Rademacher/Schmidt-Geiger (Hrsg.), *Ligation-PR: Alles was recht ist. Zum Stand der strategischen Rechtskommunikation*, 2012, S. 23 (27): öffentlichkeitswirksame PR von Prozessbeteiligten.

⁴⁴ Grundlegende methodische Analyse zur „Schiefe-Bahn“-Argumentation: *Hegselmann*, in: ders./Merkel (Hrsg.), *Zur Debatte über Euthanasie*, 1991, S. 197 ff.

⁴⁵ Z.B. *Schrader* (o. Fn. 15), S. 12: „Bei Archivstudien in 50 Jahren dann nur Tonaufnahmen auswerten zu können klingt bereits heute anachronistisch und beschränkt die Möglichkeiten künftiger Forscher.“

⁴⁶ *Alwart*, Stellungnahme (o. Fn. 29), S. 3.

⁴⁷ A.a.O., S. 1.

⁴⁸ So der Vorschlag *Moosbachers*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Erweiterung der Medienöffentlichkeit in Gerichtsverfahren... v. 27.3.2017, S. 4, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/blob/500956/b86d2c56f7406e285de40b60c847ed60/mosbacher-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 23.7.2018).

⁴⁹ *C.J.A. Mittermaier*, Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Öffentlichkeit und das Geschwornengericht in ihrer Durchführung in den verschiedenen Gesetzgebungen, 1845, S. 333 und 340.

⁵⁰ *J.P.A. von Feuerbach*, Betrachtungen über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege, 1821, S. 178.

⁵¹ In der Moderne natürlich auf der heimischen Wohnzimmercouch!

⁵² *J.P.A. von Feuerbach* (o. Fn. 50), S. 179.

Streit um die Werbung ist (nicht) Streit um den Abbruch der Schwangerschaft. Zugleich eine Besprechung der Gesetzentwürfe zu einer Aufhebung oder Änderung des § 219a StGB

von Akad. Rätin a.Z. Dr. Gloria Berghäuser*

Abstract

Mit der Verurteilung einer Allgemeinmedizinerin wegen Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft hat das AG Gießen den Anstoß für eine engagierte Diskussion über die Kriminalisierung des einschlägigen ärztlichen Anerbietens gemäß § 219a Abs. 1 Nr. 1 StGB gegeben, die zwischenzeitlich das Parlament, ebenso wie die Koalition, in gegensätzliche Lager gespalten hat. Vor dem Hintergrund einer einseitigen bis fehlenden Thematisierung der Verschränkung der §§ 218, 219a StGB will der Beitrag aufzeigen, dass die positiv-generalpräventive Wirkweise des Gesetzes verlangt, den in den §§ 218 ff. StGB formulierten Kompromiss im hieran angegliederten Werbeverbot (einstweilen) fortzuschreiben, und wie auf diese Weise nicht nur die Interessen aller von einem Werbeverbot Betroffenen berücksichtigt, sondern auch eine Einigung im laufenden Gesetzgebungsverfahren herbeigeführt werden könnte.

I. Einleitung

Am 24.11.2017 ist eine Allgemeinmedizinerin vom AG Gießen wegen Werbung für den Schwangerschaftsabbruch gemäß § 219a Abs. 1 Nr. 1 StGB zu einer Geldstrafe von 40 Tagessätzen verurteilt worden.¹ Vorgeworfen wurde ihr die Gestaltung ihrer Praxis-Homepage, welche das Leistungsspektrum der Arztpraxis dergestalt abbildet, dass sie in einer Aufzählung verschiedener medizinischer Dienstleistungen (wie dem EKG und der Lungenfunktionsuntersuchung, der Blutegel- und Reittherapie) auch den Schwangerschaftsabbruch nennt.² Ausweislich

des amtsgerichtlichen Urteils hat die Medizinerin damit öffentlich ihres Vermögensvorteils wegen ihre Dienste zur Vornahme eines Schwangerschaftsabbruchs angeboten. An dieses Verfahren schloss sich nicht nur in der Presse und in sozialen Netzwerken, sondern auch im Deutschen Bundestag eine bis heute andauernde, erhitzte Diskussion über die Berechtigung der Kriminalisierung eines solchen ärztlichen Anerbietens an.

1. Uneinigkeit im Parlament und in der Koalition

Noch im Vorfeld des Urteils legte die Fraktion Die Linke den ersten Gesetzentwurf zur ersatzlosen Aufhebung des strafgesetzlichen Werbeverbots vor³ – eine Forderung, die sich nach dem Urteil sukzessive auch Entwürfe der Fraktionen Bündnis 90/ Die Grünen⁴ und SPD⁵ zu eigen machten.⁶ Unter Rücksichtnahme auf die Große Koalition und in Erwartung eines gemeinsamen Entwurfs der Bundesregierung hat sich die SPD jedoch entschlossen, ihren Entwurf nicht zur Abstimmung im Bundestag zu stellen. Eine grundlegende Uneinigkeit zwischen den koalierenden Fraktionen CDU/ CSU und SPD dürfte es der Regierung dabei mutmaßlich erschweren, bis zum kommenden Herbst (d.h. innerhalb der von der SPD öffentlich gesetzten Frist) einen solchen gemeinsamen Entwurf vorzulegen.⁷ Denn anders als die SPD will die Fraktion CDU/ CSU nach eigenem Bekunden am Werbeverbot festhalten (insoweit in Übereinstimmung mit der AfD⁸) und etwaigen Informationsdefiziten allein mit einer Stärkung der Konfliktberatung begegnen.⁹ Zwischen diesen

* Die Verfasserin ist Akademische Rätin a.Z. am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschafts- und Medizinstrafrecht (Prof. Dr. Christian Jäger) an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.

¹ AG Gießen, medstra 2018, 126 m. Anm. Wörner, NStZ 2018, 416; ähnl. bereits LG Bayreuth, ZfL 2007, 16 m. Anm. Goldbeck, ZfL 2007, 14; krit. jeweils Hillenkamp, Hessisches Ärzteblatt 2/2018, 92 (94); weitere Nachw. zu Urteilsbesprechungen und Vorschlägen de lege ferenda bei Berghäuser, JZ 2018, 497-504.

² Der Internetauftritt der Allgemeinmedizinerin kann eingesehen werden unter: http://www.kristinahaanel.de/page_infos.php (zuletzt abgerufen am 13.7.2018). Zum Tatvorwurf s. ferner auch AG Gießen, medstra 2018, 126; Berghäuser, JZ 2018, 497.

³ Entwurf vom 22.11.2017 (Die Linke), BT-Drs. 19/93; vgl. auch den Redebeitrag der BT-Abgeordneten Möhring v. 22.2.2018, BT-Plenarprotokoll 19/14, S. 1228; Antrag vom 24.11.2017, Hess-LT-Drs. 19/5455; Antrag vom 6.12.2017, HH-LT-Drs. 21/11248.

⁴ Entwurf vom 2.2.2018 (Bündnis 90/ Die Grünen), BT-Drs. 19/630; vgl. auch den Redebeitrag der BT-Abgeordneten Schauws v. 22.2.2018, BT-Plenarprotokoll 19/14, S. 1221.

⁵ Entwurf vom 2.3.2018 (SPD), BT-Drs. 19/1046; vgl. auch die Redebeiträge (jeweils v. 22.2.2018) der BT-Abgeordneten Högl und Fechner, BT-Plenarprotokoll 19/14, S. 1224 und 1230.

⁶ Für eine ersatzlose Aufhebung des § 219a StGB haben sich nach dem Urteil außerdem verschiedene Bundesländer im Bundesrat stark gemacht; s. Antrag vom 12.12.2017 (Berlin, Brandenburg, Hamburg, Thüringen, nachträglicher Beitritt Bremens), BR-Drs. 761/17 (neu).

⁷ Zusf. etwa ein Beitrag auf Zeit online vom 17.3.2018, welcher den Disput als „das erste Problem der großen Koalition“ betitelt; <https://www.zeit.de/politik/deutschland/2018-03/schwangerschaftsabbruch-werbung-paragraf-219a-katharina-barley-justizministerin> (zuletzt abgerufen am 13.7.2018); ferner Aktuelle Nachrichten, medstra 3/2018, S. V.

⁸ Vgl. etwa den Redebeitrag der BT-Abgeordneten Harder-Kühnel (AfD) v. 22.2.2018, BT-Plenarprotokoll 19/14, S. 1225.

⁹ S. aus jüngster Zeit Winkelmeier-Becker, in: Pressemitteilung der CDU/CSU-Bundestagsfraktion v. 28.6.2018, abrufbar unter: <https://www.cdusu.de/presse/pressemitteilungen/werbung-fuer-die-beratung-nicht-den-abbruch> (zuletzt abgerufen am 13.7.2018). Vgl. außerdem die Redebeiträge (jeweils v. 22.2.2018) der BT-Abgeordneten Harbarth und Winkelmeier-Becker (beide CDU), BT-Plenarprotokoll 19/14, S. 1223 u. 1229; Launert (CSU), BT-Plenarprotokoll 19/14, S. 1231.

beiden diametral gegensätzlichen Positionen von Aufhebung oder Aufrechterhaltung des umstrittenen Straftatbestandes sucht schließlich ein Gesetzentwurf der FDP einen Mittelweg zu beschreiten, indem er das Verbot des § 219a StGB auf die grob anstößige Werbung und auf eine solche für strafbare Schwangerschaftsabbrüche beschränken will.¹⁰ Es ist nicht ausgeschlossen, dass dieser oder ein ähnlich vermittelnder Vorschlag letztlich (nämlich wenn der jeweils eigene Entwurf nicht die notwendige Mehrheit finden sollte) auch die Unterstützung der Fraktionen Die Linke und SPD erfahren könnte. Immerhin erwägen jene als Alternative zur vollständigen Aufhebung des Werbeverbots, die Tathandlungen des Anbietens und Ankündigens zu streichen, um den strafgesetzlichen Vorwurf so auf eine anpreisende bzw. (in den Worten der Linken) „anstößige“ Werbung zu reduzieren.¹¹

Noch aber, d.h. zum gegenwärtigen Zeitpunkt des Gesetzgebungsverfahrens, in dem auf die erste Lesung der Entwürfe der Fraktionen Die Linke, Bündnis 90/ Die Grünen und FDP gerade erst (am 27.6.2018) die öffentliche Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz gefolgt ist,¹² wird man festhalten müssen, dass sich das Parlament, ebenso wie die Koalition, in gegensätzliche Lager gespalten sieht, zwischen denen man bis dato keine Anzeichen einer auch nur vorsichtigen Annäherung vernehmen kann.

2. Konstruktiver Umgang mit der Uneinigkeit

Um konstruktiv mit dieser Uneinigkeit umzugehen, bedürfte es einer präzisen Identifizierung des Streitgegenstands, vor allem aber einer Vergewisserung über die Prämissen, welche die verschiedenen Fraktionen ihrer jeweiligen Argumentation zugrunde legen. Nur wenn alle Beteiligten ihre Haltung in diesem Sinne reflektieren und offenlegen, besteht die Aussicht, dass ein „Stellvertreterkrieg“¹³ abgewendet werden kann, in dem der Streit um das Werbeverbot dazu verwendet wird, um einen anderen – unbenannten und ungeklärten – Disput auszutragen.

II. Die (ignorierte) Verschränkung der §§ 219a, 218 Abs. 1 StGB

Insoweit unterlassen es die Fraktionen bislang aber verschiedentlich, den Weg für einen fruchtbaren Ausgang der Debatte zu bereiten. Was man in den Gesetzentwürfen zunächst vermisst, ist irgendeine (so für die Entwürfe der Fraktionen Die Linke, Bündnis 90/ Die Grünen, SPD) oder jedenfalls eine vollständige (so für den Entwurf der

FDP) Erörterung des Verhältnisses des strafgesetzlichen Werbeverbots zum Verbot des Schwangerschaftsabbruchs. Soweit die §§ 218, 219a StGB dasselbe Rechtsgut schützen und die Tathandlungen des § 219a StGB den nach § 218 Abs. 1 StGB verbotenen Schwangerschaftsabbruch zum Bezugspunkt haben, ist ein Ineinandergreifen der Vorschriften offenkundig. Den Gesetzesmaterialien lässt sich außerdem, wie noch gezeigt werden wird, ein gemeinsames Telos von Abbruchs- und Werbeverbot entnehmen. Diese Verschränkung mit den §§ 218 ff. StGB lassen die Entwürfe mehrheitlich außer Acht, wenn sie § 219a StGB als ein in sich geschlossenes Gebilde behandeln wollen, dessen Aufhebung oder Änderung diskutiert werden könnte, ohne dass man einen Bezug zum gesetzgeberischen Gesamtkonzept zum Schutz des ungeborenen menschlichen Lebens herstellen muss. Zugleich versäumen die Fraktionen so eine Gelegenheit, sich mit dem politischen Gegner über ihre einschlägigen Annahmen (vom Wert menschlichen Lebens in seinen vorgeburtlichen Entwicklungsstadien, Unwert des Schwangerschaftsabbruchs und jeweiligem Wirkmechanismus des § 218 StGB wie § 219a StGB) zu verständigen, die sie ihrem Ansinnen nach einer Gesetzesänderung vorausgeschickt haben.

1. Geschütztes Rechtsgut: Das Leben des postnidaliven Embryos/ Fetus

Vergegenwärtigt man sich zunächst das Rechtsgut, welches § 219a StGB schützt, stellt man fest, dass jenes – wie schon im Verletzungsdelikt des § 218 StGB – mit dem ungeborenen menschlichen Leben ab dem Zeitpunkt seiner abgeschlossenen Einnistung in der Gebärmutter-schleimhaut (vgl. § 218 Abs. 1 S. 2 StGB; sog. Nidation) zu identifizieren ist.¹⁴ Diesbezüglich berufen sich die Fraktionen CDU/ CSU und AfD, welche am strafgesetzlichen Werbeverbot festhalten wollen, auf die verfassungsgerichtliche Diktion aus den 1970er und 1990er Jahren, nach der menschliches Leben bereits in seinen vorgeburtlichen Entwicklungsstadien am objektiven Schutzgehalt der grundrechtlichen Lebens- und Würdegarantie (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG und Art. 1 Abs. 1 GG) teilhat.¹⁵ Jedenfalls ab dem 14. Tage nach der Empfängnis, der mit dem Zeitpunkt vollendeter Einnistung des Embryos in der Gebärmutter-schleimhaut gleichgesetzt wird,¹⁶ ist der Embryo (später: Fetus¹⁷) demnach ein menschliches Individuum, das als solches einen eigenständigen, d.h. von der Mutter losgelösten, Lebens- und Würdeschutz erfahren müsse, der überdies gleichwertig zum Schutz des geborenen

¹⁰ Entwurf v. 20.2.2018 (FDP), BT-Drs. 19/820; vgl. auch den Redebeitrag des BT-Abgeordneten *Thomae* v. 22.2.2018, BT-Plenarprotokoll 19/14, S. 1227; zusf. zu den Gesetzentwürfen *Kubiciel*, jurisPR-StrafR 5/2018, Anm. 1.

¹¹ BT-Drs. 19/93 (Die Linke), S. 2 u. 4; BT-Drs. 19/1046 (SPD), S. 2 u. relativierend S. 4 f.; vgl. auch Kriminalpolitischer Kreis, ZfL 2018, 31 (32) zu einer Ordnungswidrigkeit des Anpreisens.

¹² Die bislang vorliegenden schriftlichen Fassungen der Stellungnahmen der Sachverständigen werden nachfolgend mit „Stellungnahme“ zitiert und sind abrufbar unter <https://www.bundestag.de/recht?url> (zuletzt abgerufen am 13.7.2018).

¹³ Zutreffend so benannt v. *Dutige*, medstra 2018, 129.

¹⁴ Siehe etwa *Eser*, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. (2014), § 219a Rn. 1, § 218 Rn. 5 u. 6, Vor §§ 218-219b Rn. 9; *Fischer*, StGB, 65. Aufl. (2018), Vor §§ 218-219b Rn. 2; *Gropp*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 219a Rn. 1, § 218 Rn. 5, Vor § 218 Rn. 45.

¹⁵ BVerfGE 39, 1 (37 u. 41). Siehe die hieran anschließenden Redebeiträge der BT-Abgeordneten *Harbarth* und *Winkelmeier-Becker* (beide CDU), BT-Plenarprotokoll 19/14, S. 1223 u. 1230; *Launert* (CSU), BT-Plenarprotokoll 19/14, S. 1232; *Harder-Kühnel* (AfD), BT-Plenarprotokoll 19/14, S. 1225 f.

¹⁶ BVerfGE 39, 1 (37).

¹⁷ Bis zum Ende der achten Entwicklungswoche seit der Empfängnis wird ungeborenes menschliches Leben als Embryo, im Anschluss als Fetus bezeichnet; *Moore/Persaud/Torchia*, Embryologie, 6. Aufl. (2013), S. 2.

Menschen auszugestalten sei.¹⁸ Etwas verhaltener tritt bereits die Fraktion FDP in ihrem Gesetzentwurf auf, der wiederholt von einem „hohen Wer[t] ungeborenen Lebens“, ebenso wie von einem darauf bezogenen gesetzgeberischen „Schutzauftrag“ (interessanterweise nicht von einer Schutzpflicht), schreibt, diesen Wert aber selbst nicht näher ausführt, sondern einen weiterführenden Verweis auf die Rechtsprechung des *BVerfG* setzt.¹⁹ Dass bei einer auf diesem Wege behaupteten Identifikation mit der Rechtsprechung des *BVerfG* der Teufel im Detail liegen mag, kann für den Redebeitrag des Abgeordneten *Thomae* in der 14. Sitzung des Deutschen Bundestags vom 22.2.2018 nachvollzogen werden, der – anlässlich seines Eintretens für den Gesetzentwurf der FDP – systematisch vom „werdenden Leben“ spricht,²⁰ damit aber einen Begriff verwendet, den das *BVerfG* selbst jedenfalls in seiner zweiten Schwangerschaftsabbruchsentscheidung vermieden hat:²¹ Denn geschützt wird, wie das Gericht ebenda ausführt, nicht etwa erst die Potenzialität einer Entwicklung „zum [erst werdenden] Menschen“, sondern die kontinuierliche Entwicklung „als [bereits seiender] Mensch“.²² Der (gegebenenfalls auch nur intuitiv) abweichende Sprachgebrauch des Abgeordneten wirft die Frage auf, inwieweit man den zitierten verfassungsgerichtlich festgestellten Wert des postnidalen Embryos/ Fetus in den Reihen der FDP nachvollzogen hat.

Schließlich stellt man für die Gesetzentwürfe der Fraktionen Die Linke, Bündnis 90/ Die Grünen und SPD gar fest, dass jene das von § 219a StGB geschützte Rechtsgut nicht an einer einzigen Stelle auch nur zur Erwähnung bringen²³ – ein selektives Schweigen, das wiederum jedenfalls in der diesjährigen 14. Sitzung des Deutschen Bundestags das Redeverhalten der Abgeordneten dieser Fraktionen geprägt hat.²⁴ Dies gibt deshalb Anlass zur Verwunderung, weil die vorstehend genannten Entwürfe nicht weniger als die ersatzlose Aufhebung des abstrakten Gefährdungsdelikts fordern, mithin entweder bereits die Schutzbedürftigkeit des Embryos/ Fetus vor werbenden Verhaltensweisen verneinen oder jedenfalls die Abwägung der von einem Werbeverbot betroffenen Rechtsgüter in Abweichung vom historischen Gesetzgeber beurteilen müssen. Gleichwohl eine solche Einschätzung (mangelnder Schutzbedürftigkeit) wie auch eine solche Entschließung (zu einer abweichenden Abwägung) eine inhaltliche Auseinandersetzung mit dem von § 219a StGB geschützten Rechtsgut und der diesbezüglichen Schutzpflicht des

Staates erforderlich gemacht haben sollte, blenden die Gesetzentwürfe eine solche ausnahmslos aus und treten damit erstmals in einen markanten Gegensatz zu den Positionen von CDU/ CSU, AfD und FDP, welche das von einer möglichen Gesetzesaufhebung oder -änderung betroffene Rechtsgut wenigstens benennen oder im Anschluss an das *BVerfG* sogar mit Nachdruck unterstreichen.

2. *Telos und Schutz vor abstrakter Lebensgefährdung*

Diese divergente (Nicht-)Kommunikation über das geschützte Rechtsgut setzt sich fort, wenn man seinen Blick weiter auf eine erwartete Beschäftigung mit dem Telos des strafgesetzlichen Werbeverbots richtet. In den Gesetzentwürfen der Fraktionen Die Linke, Bündnis 90/ Die Grünen und SPD bleibt sie gänzlich aus, womit die Fraktionen eine Einbindung der Vorschrift in das gesetzgeberische Gesamtkonzept zum Schutz des ungeborenen menschlichen Lebens andauernd ignorieren.²⁵ Demgegenüber bejaht der Entwurf der FDP ein Ineingreifen der Vorschriften, versäumt es aber, eine solche Verbindung des Werbeverbots mit der positiv-generalpräventiven Wirkweise des § 218 StGB nachzuvollziehen, die auch ein Verbot der nicht grob anstößigen Werbung legitimiert. CDU/ CSU und AfD schließlich überschätzen die Verschränkung mit den §§ 218 ff. StGB, wenn sie das Werbeverbot zur Wirksamkeitsbedingung der Schwangerschaftskonfliktberatung erheben wollen.

a) *Das Werbeverbot als Annexvorschrift*

Im Einzelnen: Ausweislich der Materialien zum 5. Strafrechtsreformgesetz (welches die §§ 219, 220 StGB a. F. zu einem mit dem heutigen § 219a StGB im Wesentlichen identischen Werbeverbot zusammenfasste)²⁶ sucht § 219a StGB das embryonale und fetale menschliche Leben vor offen oder auch versteckt werdenden Verhaltensweisen zu schützen, durch die „der Schwangerschaftsabbruch in der Öffentlichkeit als etwas Normales dargestellt und kommerzialisiert wird“.²⁷ Insbesondere soll der Abbruch keine Darstellung als eine normale medizinische Dienstleistung erfahren²⁸ – die der Schwangerschaftsabbruch deshalb nicht sein kann, weil er nicht nur in die Rechtsgüter der Schwangeren eingreift (über welche jene im Wege der rechtfertigenden Einwilligung disponieren kann), sondern die physische Existenz des in der Gebärmutterhöhle eingenisteteten Embryos/ Fetus vernichtet, dessen Leben

¹⁸ Zum Schutzpflichtkonzept siehe BVerfGE 39, 1 (1 u. 41 f.); ferner etwa *Müller-Terpitz*, Der Schutz des pränatalen Lebens, 2007, S. 101 ff. Zur Art des postulierten Schutzniveaus (eigenständig, individuell, gleichwertig) vgl. etwa BVerfGE 39, 1 (1 u. 36, 59); BVerfGE 88, 203 (203 u. 252, 267); zuseh. *Berghäuser*, Das Ungeborene im Widerspruch, 2015, S. 117 ff. m.w.N.

¹⁹ Hierzu und vorstehende Zitate aus BT-Drs. 19/820, S. 2 u. 4, 5 jeweils m. Verweis auf BVerfGE 88, 203 (252 f.).

²⁰ BT-Plenarprotokoll 19/14, S. 1227.

²¹ S. dazu *Berghäuser*, S. 97.

²² BVerfGE 88, 203 (251 f.): „Jedenfalls in der so bestimmten Zeit der Schwangerschaft handelt es sich bei dem Ungeborenen um individuelles, in seiner genetischen Identität und damit in seiner Einmaligkeit und Unverwechselbarkeit bereits festgelegtes, nicht mehr teilbares Leben, das im Prozess des Wachsens und Sich-Entfaltens sich nicht erst zum Menschen, sondern als Mensch entwickelt“; *Hervorhebungen* nicht im Original.

²³ BT-Drs. 19/93 (Die Linke); 19/630 (Bündnis 90/ Die Grünen); 19/1046 (SPD); auf „eine – gerne verschwiegene – manifeste Drittbetroffenheit“ des ungeborenen Lebens gleichsam hinweisend: *Duttge*, medstra 2018, 129.

²⁴ Vgl. die Redebeiträge der BT-Abgeordneten *Schauws* (Bündnis 90/ Die Grünen), *Möhring* (Die Linke), *Fechner* und *Högl* (beide SPD), BT-Plenarprotokoll 19/14, S. 1221-1223, 1228-1229, 1230-1231 u. 1224-1225. Einzig die Abgeordnete *Högl* fasste das geschützte Rechtsgut im Schlusssatz ihres Beitrags einmalig in Worte.

²⁵ BT-Drs. 19/93 (Die Linke); 19/630 (Bündnis 90/ Die Grünen); 19/1046 (SPD).

²⁶ 5. StrRG vom 18.6.1974, BGBl. I, S. 1297; zur Genese des Gesetzes *Rogall*, in: SK-StGB, 9. Aufl. (2017), § 219a Rn. 2.

²⁷ Dazu u. vorstehendes Zitat aus BT-Drs. 7/1981 (neu), S. 17 f.; s. auch *Eser*, in: Schönke/Schröder, § 219a Rn. 1; *Kühl*, in: Lackner/Kühl, 28. Aufl. (2014), § 219a Rn. 1.

²⁸ Vgl. BT-Drs. 7/1981 (neu), S. 17 f.; dazu bereits *Berghäuser*, JZ 2018, 497 (499 f.).

sich nach der verfassungsgerichtlichen Diktion (s. o.) der Verfügungsbefugnis der Schwangeren entzieht.²⁹

Von dieser in den Materialien zu § 219a StGB bekundeten Zielsetzung des Gesetzgebers lässt sich für das heutige Gesamtkonzept zum Schutz des ungeborenen Lebens eine Verbindungslinie zum Strafzweck der positiven Generalprävention ziehen, dessen Bedeutung das *BVerfG* bereits in den 1970er,³⁰ insbesondere aber in den 1990er Jahren für die Regelung des Schwangerschaftsabbruchs besonders hervorgehoben hat.³¹ Indem der Gesetzgeber den Abbruch unter Strafandrohung verbietet (§ 218 Abs. 1 StGB) und nur für den Fall der Feststellung einer Indikationenslage (§ 218a Abs. 2, Abs. 3 StGB) ausnahmsweise rechtfertigt, soll ein Bewusstsein vom Wert des menschlichen Lebens in seinen vorgeburtlichen Entwicklungsstadien und vom grundsätzlichen Unrecht seiner physischen Vernichtung vermittelt werden.³² Wenn § 219a StGB im Anschluss hieran werbende Verhaltensweisen für den Abbruch, die geeignet wären, das durch § 218 Abs. 1 StGB beförderte Wert- und Unrechtsbewusstsein zu unterlaufen, untersagt, unterstützt die Vorschrift diese positiv-generalpräventiven Bemühungen.³³ In teleologischer Hinsicht kann man das Verbot der Werbung damit als einen Annex zum Verbot des Abbruchs der Schwangerschaft beschreiben.

Dass das Gesetz einen solchen Annex für die Tötung vorgeburtlichen Lebens ausdrücklich vorsieht, nicht hingegen für die Tötung des geborenen Menschen (§§ 211 ff. StGB) kennt, vermag man mit der unterschiedlichen Strafbedürftigkeit einschlägiger werbender Verhaltensweisen zu erklären: Denn insoweit ist das allgemeine Bewusstsein vom Wert des Lebens eines geborenen Menschen und Unrecht seiner Tötung ebenso ausgeprägt, wie die denkbaren Sachverhalte hierzu gegenläufiger Werbung begrenzt sind, sodass man eine Schwächung des Rechtsbewusstseins jedenfalls aktuell nicht zu fürchten braucht. Anders aber verhält es sich für den Schwangerschaftsabbruch, der sich bereits in seinen Fallzahlen erheblich von den allgemeinen Tötungsdelikten unterscheidet.³⁴ Wenn – wie das *BVerfG* bereits in seiner ersten Schwangerschaftsabbruchsentscheidung festgehalten hat – wenigstens „in einem Teil der Bevölkerung der Wert des ungeborenen Lebens nicht mehr voll erkannt wird“³⁵ und werbende

Verhaltensweisen aufgrund der Einbindung in den Kontext medizinischer Dienstleistungen alltäglich zu erwarten sind, ist die Verstärkung der positiv-generalpräventiven Wirkweise des § 218 Abs. 1 StGB durch ein Werbeverbot ein plausibles gesetzgeberisches Bemühen, um einem im Schwinden begriffenen Rechtsbewusstsein immerhin keinen weiteren Vorschub zu leisten.³⁶

b) Verbot „normalisierender“, nicht nur grob anstößiger Werbung

Eine solche Unterstützung der positiv-generalpräventiven Wirkweise des § 218 Abs. 1 StGB hat zur Folge, dass entgegen des FDP-Entwurfs³⁷ nicht etwa erst ein anreißerisch formuliertes oder explizit verharmlosendes Angebot eine abstrakte Lebensgefährdung für den Embryo/ Fetus schafft. Im Gegenteil vermittelt aus einem solchen Blickwinkel gerade das gewöhnliche ärztliche Angebot, welches den Schwangerschaftsabbruch unterschiedslos in eine Aufzählung mit anderen medizinischen Dienstleistungen einstellt, den für das nach dem *BVerfG* zu bestätigende Wert- und Unrechtsbewusstsein abträglichen Eindruck, dass der Schwangerschaftsabbruch ein „normaler“ oder „alltäglicher“ Bestandteil des Spektrums gebührender medizinischer Dienstleistungen sei.³⁸

Eben diesem Eindruck hat der Gesetzgeber auch bereits an anderer Stelle der Rechtsordnung entgegenzuwirken versucht, wenn er es im Anschluss an die zweite Schwangerschaftsabbruchsentscheidung des *BVerfG* ausgeschlossen hat, dass die Kosten eines nicht indizierten, d.h. nicht durch eine Gefahrenlage für Leben oder Gesundheit der Schwangeren gerechtfertigten, Abbruchs von den gesetzlichen Krankenkassen übernommen werden (§ 24b Abs. 3 SGB V).³⁹ Dass die Patientin selbst oder im Falle ihrer Bedürftigkeit das Bundesland ihres Wohnsitzes (§§ 19 Abs. 1, 22 SchKG) für die Kosten aufkommen muss, wird ausdrücklich – und in Gleichklang mit der Gesetzesbegründung zu § 219a StGB – damit begründet, dass der Abbruch von anderen, dem „normalen Versicherungsrisiko“ zuzuordnenden Sacherhalten unterschieden werden und der Anschein eines „in diesem Sinne alltäglichen, also der Normalität entsprechenden Vorgang[s]“ vermieden werden soll.⁴⁰ Das Werbeverbot des § 219a Abs. 1 StGB steht

²⁹ Dies gilt selbst im Falle des indizierten Abbruchs; vgl. etwa *Kröger*, in: LK-StGB, 11. Aufl. (2005), Vorbem. §§ 218 ff. Rn. 29: Rechtfertigung nicht durch die Einwilligung der Schwangeren, sondern mit Rücksicht auf den notstandsähnlichen Konflikt.

³⁰ S. etwa BVerfGE 39, 1 (57 f. u. 66).

³¹ Demnach ist es Teil der an den Gesetzgeber gerichteten Schutzpflicht, dass er „den rechtlichen Schutzanspruch des ungeborenen Lebens im allgemeinen Bewusstsein zu erhalten und zu beleben“ habe; BVerfGE 88, 203 (204 u. 261); ähnl. a.a.O., S. 272. „Die von der Verfassung geforderte rechtliche Missbilligung des Schwangerschaftsabbruchs muss auch in der Rechtsordnung unterhalb der Verfassung deutlich in Erscheinung treten“; so schon BVerfGE 39, 1 (53); ähnl. a.a.O. S. 44; entsprechend BVerfGE 88, 203 (272 ff.). Weiterführend *Berghäuser*, S. 124 ff., 245 ff. m.w.N.

³² Vgl. BVerfGE 88, 203 (253, 258 u. 273 f.); zuzf. *Berghäuser*, S. 125 f.

³³ Dazu bereits *Hillenkamp*, Hessisches Ärzteblatt 2/2018, 92 (93); *Berghäuser*, JZ 2018, 497 (499 f.); zust. *Kubicjel*, Stellungnahme, S. 3 u. 6 m. Ziff. II.1 u. II.2.a a. E.; s. ferner auch Kommissariat der deutschen Bischöfe, Kath. Büro in Berlin, Stellungnahme, S. 5 m. Ziff. 2.

³⁴ Rund 101.200 gemeldete Schwangerschaftsabbrüche im Jahr 2017; Statistisches Bundesamt, Pressemitteilung 074 vom 6.3.2018.

³⁵ BVerfGE 39, 1 (66).

³⁶ Zur bestätigenden Abbildung eines (noch) vorhandenen Wert- und Rechtsbewusstseins – statt Bildung eines nicht (mehr) vorhandenen Bewusstseins – vgl. *Berghäuser*, S. 127 ff. m.w.N.

³⁷ BT-Drs. 19/820, S. 4 u. 5.

³⁸ Dazu bereits *Berghäuser*, JZ 2018, 497 (502); *Duttge*, medstra 2018, 129 (130); Kommissariat der deutschen Bischöfe, Stellungnahme, S. 5 m. Ziff. 2 a. E.; a. A. der Entwurf der FDP, BT-Drs. 19/820, S. 4 u. 5; Kriminalpolitischer Kreis, ZfL 2018, 31; *Frommel*, JR 2018, 239 (240 f.).

³⁹ Hierzu und zum Nachfolgenden *Berghäuser*, JZ 2018, 497 (500). Zum Anschluss dieser gesetzlichen Regelung an die zweite Schwangerschaftsabbruchsentscheidung vgl. BVerfGE 88, 203 (319 ff., ferner 205, 312).

⁴⁰ Hierzu und vorstehende Zitate aus BVerfGE 88, 203 (319 f., ferner 205, 312). Dazu bereits *Hillenkamp*, Hessisches Ärzteblatt 2/2018, 92 (93); im Anschluss hieran *Kubicjel*, Stellungnahme, S. 6 m. Ziff. II.2.a; s. ferner auch Kommissariat der deutschen Bischöfe, Stellungnahme, S. 5 m. Ziff. 2.

also mitnichten alleine da, sondern ist Ausdruck eines positiv-generalpräventiv orientierten Gesamtkonzeptes, das an verschiedenen Stellen der Rechtsordnung zu verhindern sucht, dass die Erfahrung einer Normalisierung das Bewusstsein vom Wert des ungeborenen Lebens, ebenso wie vom Unrecht des Abbruchs, beeinträchtigt.

c) Keine Exklusivität oder Priorität der Konfliktberatung, oder: Kein allgemeines Rede- und Diskussionsverbot

Demgegenüber reichte es zu weit, mit CDU/CSU und AfD über die positiv-generalpräventive Verschränkung der §§ 218, 219a StGB hinaus eine solche Verbindung ziehen zu wollen, nach welcher das Werbeverbot eine Wirksamkeitsbedingung der gesetzlich verpflichtenden Konfliktberatung sein soll.⁴¹ § 219a StGB ist ebenso wenig ein „allgemeines Verbot der öffentlichen Diskussion über Schwangerschaftsabbrüche“,⁴² wie die Vorschrift garantieren kann, dass die Frau nur oder zuerst in einem bestimmten (der Rechtsordnung genehmen) Sinn beraten wird. Die Rechtsordnung verpflichtet zwar zur Wahrnehmung des Angebots einer in den §§ 218a Abs. 1, 219 StGB, § 5 SchKG geregelten Konfliktberatung,⁴³ bestimmt aber gerade nicht deren Exklusivität oder auch nur zeitliche Priorität im Verhältnis zu anderen Informationsangeboten.⁴⁴ Dass es dem Gesetzgeber fernliegt, betroffene Frauen auch nur zeitweise von ergänzender beratender Einflussnahme abzuschirmen, welche der von ihm angestrebten Ausrichtung der Konfliktberatung am Schutz des ungeborenen Lebens zuwiderlaufen könnte, erschließt sich außerdem aus der gesetzlichen Anerkennung der Beratungsstellen (§ 9 SchKG) von pro familia.⁴⁵ Denn pro familia spricht sich nicht nur offen für eine Abschaffung der §§ 218, 219 StGB aus,⁴⁶ sondern führt in eigenen medizinischen Zentren Abbrüche durch⁴⁷ und orientiert sich bei der Wahl der Beratungsinhalte dergestalt

an den individuellen Belangen der Frau, dass sich ein Beratungsgespräch unter den Umständen des konkreten Einzelfalls auch auf die Information über die Abwicklung des Abbruchs beschränken kann.⁴⁸ Selbst den gesetzlich anerkannten Beratungsstellen wird so eine weitgehende Freiheit in der Gestaltung des jeweiligen Beratungsgesprächs zuerkannt, das u.a. die in § 5 Abs. 2 SchKG enumerativ aufgeführten Inhalte in keiner bestimmten Reihenfolge abzuarbeiten, mithin die Abbruchsgründe, wenn überhaupt,⁴⁹ nicht zwingend vor den Abbruchsmodalitäten zu erörtern hat. Ein Gesetzgeber, der dergleichen zulässt,⁵⁰ hätte schwerlich einen Grund, die begleitende oder zeitlich vorgelagerte Aufklärung durch einen Arzt – als wemöglich abträglich für das Ziel der Konfliktberatung – verhindern zu wollen.⁵¹ Erst recht wird ein Exklusivitätsanspruch für die Vermittlung einer bestimmten Weltanschauung vielleicht noch postuliert,⁵² aber jedenfalls nicht durchgesetzt.⁵³

3. Tathandlung: Bezugspunkt Schwangerschaftsabbruch

Resultat der fehlenden inhaltlichen Auseinandersetzung mit einer Verschränkung der §§ 219a, 218 StGB ist schließlich, dass die Fraktionen verschiedentlich eine „Straffreiheit“, „Legalität“ oder „Erlaubtheit“ des Abbruchs bemühen können, um einen vermeintlichen Widerspruch zwischen der gesetzlichen Regelung des Schwangerschaftsabbruchs und dem Werbeverbot heraufzubeschwören. Ein bestenfalls undifferenzierter Sprachgebrauch lässt überdies Bedenken aufkommen, ob die Fraktionen in ihrer Bewertung des Werbungsgegenstands noch der verfassungsgerichtlich diktierten Konzeption von gerechtfertigten oder zwar rechtswidrigen, aber straffreien

⁴¹ S. etwa Harbarth und Winkelmeier-Becker (beide CDU), BT-Plenarprotokoll 19/14, S. 1223 u. 1230; Launert (CSU), BT-Plenarprotokoll 19/14, S. 1232; Harder-Kühnel (AfD), BT-Plenarprotokoll 19/14, S. 1226. Unterstützung erfährt diese Einschätzung aber etwa durch Kubiciel, Stellungnahme, S. 5 f. m. Ziff. II.2.a; ders., ZRP 2018, 13 (14), u. jurisPR-StrafR 5/2018, Anm. 1 m. Ziff. II.1.; Kommissariat der deutschen Bischöfe, Stellungnahme, S. 4 m. Ziff. 2.; zu Recht abl. Merkel, Stellungnahme, S. 6.

⁴² So aber u. Zitat aus Kriminalpolitischer Kreis, ZfL 2018, 31; a. A. auch Preuß, medstra 2018, 131 (133); Dt. Juristinnenbund, Stellungnahme, S. 5 unten u. 12 f.; zutreffend hingegen Dutge, medstra 2018, 129.

⁴³ Ausführlich zu den §§ 219 StGB, 5 SchKG Berghäuser, S. 624 ff.

⁴⁴ Dazu auch Wörner, NSTz 2018, 417 (418); vgl. auch Dt. Juristinnenbund, Stellungnahme, S. 8.

⁴⁵ Ausführlich zu den gesetzlich anerkannten Beratungsstellen Berghäuser, S. 635 ff.; zu pro familia und AWO, ebda., S. 641 ff.

⁴⁶ Pro familia, Für selbstbestimmte Sexualität: Ziele und Programm, 4. Aufl. (2010), S. 4; Standpunkt Schwangerschaftsabbruch, 4. Aufl. (2006), S. 4. Für eine Straffreiheit von Schwangerschaftsabbrüchen und insbesondere Fristenlösung ohne Pflichtberatung tritt auch die Arbeiterwohlfahrt (AWO) ein; s. AWO, Standards Schwangerschaftsberatungsstellen, 2010, S. 3 m. Standard 5 u. S. 7; Grundsatzprogramm, 2005, S. 21.

⁴⁷ S. dazu etwa pro familia, Satzung, § 2 Nr. 1 Abs. 1 S. 3; Broschüre Schwangerschaftsabbruch, 6. Aufl. (2015), S. 10; Standpunkt Schwangerschaftsabbruch, S. 17; Für selbstbestimmte Sexualität: Ziele und Programm, S. 14. Ebenda auch zur in BVerfGE 88, 203 (287 u. 302 f.) eingeforderten organisatorischen und wirtschaftlichen Trennung von Beratungsstellen und Abbruchseinrichtungen.

⁴⁸ Vgl. pro familia, Standpunkt Schwangerschaftsabbruch, S. 19 f.; dazu Berghäuser, S. 647 f.

⁴⁹ Zum Schweigen über die Abbruchsgründe in der Konfliktberatung ausdrücklich etwa das Diakonische Werk der Evangelischen Kirche in Deutschland (EKD), Diakonie Korrespondenz 4/2001, S. 16; näher Berghäuser, 629 ff. m.w.N.

⁵⁰ Vor dem Hintergrund von BVerfGE 88, 203 (282 f.) ist eine solche Beratungspraxis jedenfalls bedenkenswert; dazu Berghäuser, S. 648, 655 f., 656 ff.

⁵¹ So aber wohl Kubiciel, Stellungnahme, S. 5 f. m. Ziff. II.2.a; ders., jurisPR-StrafR 5/2018, Anm. 1 m. Ziff. II.1.

⁵² Nach der zweiten Schwangerschaftsabbruchsentscheidung darf der Staat nur solchen Einrichtungen die Beratung anvertrauen, die u.a. „nach ihrer Grundeinstellung zum Schutz des ungeborenen Lebens [...] die Gewähr dafür bieten, dass die Beratung im Sinne der verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Vorgaben erfolgt“; BVerfGE 88, 203 (287).

⁵³ Zusf. Berghäuser, 654 ff. Insofern geht Kubiciel (Stellungnahme, S. 9 m. Ziff. III.2) zu weit, wenn er für den Fall einer Streichung des § 219a StGB auf die Gefahr hinweist, dass Ärzte rechtliche Implikationen verzerren könnten, indem sie z.B. nicht von einem Fetus, sondern von „Schwangerschaftsgewebe“ sprechen. Entgegen seiner Zitierung eines Beitrags der Verfasserin (vgl. a.a.O., Fn. 34 den Verweis auf Berghäuser, JZ 2018, 497 [503]) sind solche versachlichenden Beschreibungen nicht von der Schutzrichtung des § 219a StGB erfasst, sodass die Gefahr eines solchen Sprachgebrauchs (der i. Ü. auch in den Informationsmaterialien von pro familia nachvollzogen werden kann; vgl. pro familia, Standpunkt Schwangerschaftsabbruch, S. 13 u. 14, u. Broschüre Schwangerschaftsabbruch, S. 15 u. 18, jeweils zum Absaugen oder Abbluten eines „Schwangerschaftsgewebes“) auch kein Argument gegen eine Streichung des Werbeverbots begründet.

Abbrüchen folgen.⁵⁴

So liest man im Gesetzentwurf der Fraktion Die Linke – wie im Entwurf der FDP⁵⁵ und dem Gesetzesantrag der Länder Berlin, Brandenburg, Hamburg, Thüringen, Bremen⁵⁶ – davon, dass „Schwangerschaftsabbrüche in Deutschland unter bestimmten Voraussetzungen straffrei“ sind.⁵⁷ Dies ist sachlich zutreffend, verfehlt aber den Ansatzpunkt des in § 219a StGB normierten Werbeverbots: Denn bereits mit der Normierung des Straftatbestandes in § 218 Abs. 1 StGB hat der Gesetzgeber ein positiv-generalpräventiv orientiertes Wert- und Unrechtsurteil über den verbotenen Abbruch getroffen, dessen Außenwirkung durch werbende Verhaltensweisen nicht unterlaufen werden soll (s. o.). Dies sieht man in den Gesetzesmaterialien bestätigt, wenn jene ausdrücklich klarstellen, dass sich das Verbot des § 219a StGB auf jede Art des Abbruchs bezieht, sei er rechtmäßig oder rechtswidrig, strafbar oder straflos.⁵⁸ Maßgeblich für § 219a StGB ist damit bereits der tatbestandliche Unwert des Abbruchs, der durch eine wie auch immer begründete Straffreiheit nicht in Frage gestellt wird.⁵⁹ Eine entsprechende Kritik richtet sich gegen den Entwurf der Fraktion Bündnis 90/ Die Grünen, soweit dieser von „legalen“, also dem Gesetz gemäßen, Abbrüchen spricht,⁶⁰ was sowohl auf eine von vornherein fehlende Tatbestandsmäßigkeit des vorsätzlichen Abbruchs Bezug nehmen könnte (dann aber unzutreffend wäre) oder aber auf eine ausnahmsweise Rechtfertigung oder Strafflosigkeit, die für § 219a StGB aus den angeführten Gründen unerheblich ist.

Der (in Aussicht auf eine Einigung in der Großen Koalition nicht zur Abstimmung gestellte) Entwurf der SPD schließlich schreibt gar davon, dass der Abbruch der Schwangerschaft „eine medizinische Leistung für Frauen in einer Notlage“⁶¹ sei und bezeichnet den ärztlichen Abbruch nach der Beratungslösung (§ 218a Abs. 1 StGB) als „erlaubt“⁶². Beides trifft nach den Schwangerschaftsabbruchsentscheidungen des *BVerfG* aber nicht immer bzw. nicht zu: Erstens wird die bemühte „Notlage“ nur in den Fällen des medizinisch-sozial oder kriminologisch indizierten Abbruchs festgestellt und zweitens sind nur diese nach § 218a Abs. 2 und Abs. 3 StGB gerechtfertigten Abbrüche „erlaubt“, während das *BVerfG* für Abbrüche nach

der Beratungslösung eine rechtfertigende „Selbstindikation“ ausdrücklich ausgeschlossen hat.⁶³ Schließlich und vor allem aber hindern selbst „Notlage“ und Erlaubnistatbestand ein Verbot der Werbung für die notstandsähnliche Hilfe des Arztes nicht.

4. *Conclusio: Uneins nicht erst im Ergebnis, sondern bereits in den Prämissen*

Damit beschränkt sich die Uneinigkeit in Parlament wie Koalition also nicht nur auf das jeweils gewünschte Ergebnis im Umgang mit werbender Information über den Schwangerschaftsabbruch; die verschiedenen Fraktionen haben bereits über ihre Prämissen keine Einigung herbeigeführt. Wer aber in seinen Prämissen voneinander abweicht, dem bleibt der Weg zu einer gemeinsamen logischen Schlussfolgerung versperrt.

Dieser Gegensatz spitzt sich im Gegenüber von CDU/ CSU, AfD auf der einen Seite, Die Linke, Bündnis 90/ Die Grünen und SPD auf der anderen Seite denkwürdig zu: Wer sich – wie die zuerst genannten Fraktionen – auf die verfassungsgerichtliche Verlautbarung von der gleichwertigen Teilhabe des postnativem ungeborenen Leben am objektiven Schutzgehalt der Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG und Art. 1 Abs. 1 GG, ebenso wie auf den tatbestandlichen Unwert des Schwangerschaftsabbruchs und die Verschränkung des § 219a StGB mit §§ 218 ff. StGB fokussiert, der kann das (nur durch § 219a Abs. 2 StGB eingeschränkte) Werbeverbot unschwer als eine „folgerichtige Ergänzung“ des Abbruchsverbots begreifen.⁶⁴ Wer diesbezüglich hingegen – wie die zuletzt genannten Fraktionen – eine inhaltliche Auseinandersetzung vermeidet, für den muss die Forderung nach einer Abschaffung des § 219a StGB allzu eingängig sein. Auf beiden Seiten des auszutragenden Streits verkürzt sich der Blick: auf das einseitig hervorgehobene Rechtsgut des ungeborenen Lebens oder aber auf einen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der Ärzte – welche durch § 219a StGB z.B. daran

⁵⁴ Vgl. *BVerfGE* 88, 203 (270): „Allerdings ist es nicht zulässig, nicht indizierte Schwangerschaftsabbrüche für gerechtfertigt (nicht rechtswidrig) zu erklären [...]“; a.a.O., S. 274: „Werden [...] Schwangerschaftsabbrüche unter bestimmten Voraussetzungen aus dem Straftatbestand ausgeklammert, so bedeutet dies lediglich, dass sie nicht mit Strafe bedroht sind“; a.a.O., S. 210: „Das grundsätzliche Verbot des Schwangerschaftsabbruchs bleibt auch in diesen Fällen unberührt“. Ausführl. m.w.N. *Berghäuser*, S. 548 ff.; s. auch *Kubiciel*, *jurisPR-StrafR* 5/2018, Anm. 1, Ziff. II.3; krit. *Frommel*, *ZfL* 2018, 17; *Merkel*, in: *NK-StGB*, 5. Aufl. (2017), § 218a Rn. 63.

⁵⁵ BT-Drs. 19/820, S. 1 u. 4.

⁵⁶ BR-Drs. 761/17 (neu), S. 3 u. 5.

⁵⁷ Dazu und vorstehendes Zitat aus BT-Drs. 19/93, S. 1, 4 u. 5 (unter fälschlicher Zitierung des § 218 StGB für die bemühte Straffreiheit des Abbruchs).

⁵⁸ BT-Drs. 7/1981 (neu), S. 17 f.; BT-Drs. 7/1983, S. 19 f. Vgl. dazu auch § 219a Abs. 2 StGB u. s. *Berghäuser*, *JZ* 2018, 497 (498 f.); *Eser*, in: *Schönke/Schröder*, § 219a Rn. 1 u. 3; *Gropp*, in: *MüKo-StGB*, § 219a Rn. 1; krit. aber *Merkel*, Stellungnahme, S. 3 ff.

⁵⁹ An dieser Beurteilung änderte sich auch für den Fall nichts, dass man § 218a Abs. 1 StGB buchstäblich als Ausschluss von der Tatbestandsmäßigkeit verstehen will. Denn selbst dann wäre zunächst ein tatbestandsmäßiges Verhalten i. S. d. § 218 Abs. 1 StGB und damit der für § 219a StGB maßgebliche Unwertgehalt gegeben, der erst in einem zweiten nachfolgenden Schritt (der Gesetzssystematik folgend: ausnahmsweise) wieder verneint wird; vgl. zu § 218a StGB *Gropp*, in: *MüKo-StGB*, § 218a Rn. 10; *Schulz*, *StV* 1994, 38 (44 f.).

⁶⁰ BT-Drs. 19/630, S. 1 u. 4.

⁶¹ BT-Drs. 19/1046, S. 1 u. 4.

⁶² BT-Drs. 19/1046, S. 4 u. 6; krit. bereits *Kubiciel*, *jurisPR-StrafR* 5/2018, Anm. 1 m. Ziff. II.3.

⁶³ *BVerfGE* 88, 203 (275); dazu *Berghäuser*, S. 550 f. m.w.N.

⁶⁴ Zitat aus einem Beitrag der *Verfasserin*, die aber nur von einer „jedenfalls prima facie“ folgerichtigen Ergänzung schreibt und i. Ü. von einer begrenzten positiv-generalpräventiven Wirkweise des Abbruchsverbots auf die Notwendigkeit einer entsprechenden Einschränkung des § 219a StGB schlussfolgert; vgl. *Berghäuser*, *JZ* 2018, 497 (499 f.) u. s. dazu noch unten III.2.; insoweit verkürzt zitiert von *Kubiciel*, Stellungnahme, S. 3 m. Ziff. II.1 m. Fn. 12.

gehindert werden, ihr Leistungsspektrum in ihrem Internetauftritt vollständig zu benennen⁶⁵ – und eine angebliche Beeinträchtigung des Informationszugangs betroffener Frauen,⁶⁶ welchen ein Weg (von vielen denkbaren Alternativen⁶⁷) genommen wird, um sich der Bereitschaft bestimmter Ärzte, einen Schwangerschaftsabbruch vorzunehmen, zu vergewissern. Die Waage der Justitia senkt sich jeweils einseitig auf einer Seite herab, weil ihr das abzuwägende Gegengewicht genommen wird.

III. Die Reflektion des dilatorischen Formelkompromisses

Am Ende steht die Erkenntnis, dass der Streit um die Werbung für den Abbruch nach den vorliegenden Gesetzentwürfen gerade kein Streit um den Abbruch, für den geworben wird, sein soll. Dabei wäre es im Gegenteil gerade die Reflektion der Gesetzgebung zum Schwangerschaftsabbruch, die eine Entscheidung über § 219a StGB ermöglichen würde, ohne dass man die §§ 218 ff. StGB neu diskutieren müsste: Denn nur wer § 219a StGB als diejenige Annexvorschrift erkennt und anerkennt, die sie ist, der kann sich in der Debatte über eine Revision der Vorschrift darauf beschränken, den in den §§ 218 ff. StGB formulierten Kompromiss fortzuschreiben, ohne die einstmals so erbitert verhandelten Grundsatzfragen neu aufwerfen zu müssen. Im Streit um die Werbung für den Abbruch könnte – wie einst im Streit um den Abbruch – so eine vorläufige Lösung gefunden werden, die vielleicht weder ideologisch noch dogmatisch zufrieden stimmt, welche in Annäherung der von den Fraktionen unterschiedlich eingenommenen Positionen aber allen Interessen Rechnung trüge, die von einem Verbot der Werbung für den Schwangerschaftsabbruch betroffen sind.

1. Die Produktion eines „Stellvertreterkriegs“

Vor diese Einsicht wäre die Akzeptanz der in den §§ 218 ff. StGB niedergeschriebenen Kompromissgesetzgebung gestellt, die es über Jahrzehnte hinweg geschafft hat, einen für unlösbar befundenen Konflikt zu befrieden. Ohne dass dies an dieser Stelle näher ausgeführt werden kann, ist doch weitgehend anerkannt, dass die in sich widersprüchliche Regelung des Schwangerschaftsabbruchs

wenigstens nicht nur dem manifesten Zweck des Rechtsgüterschutzes dient.⁶⁸ Vielmehr ermöglicht gerade die Widersprüchlichkeit dieser Regelung, dass sich divergente politische Gruppen – Konservative wie Progressive – in einem sog. dilatorischen Formelkompromiss einstweilig kohärent repräsentiert fühlen können.⁶⁹ In grober Vereinfachung lässt sich sagen, dass ein mehrdeutig formuliertes Gesetz den Vertretern widerstreitender gesellschaftlicher Ansichten ermöglicht, sich mit ihm zu identifizieren, obwohl es sich tatsächlich einer verbindlichen Stellungnahme entzieht. Derweil jede der Streitparteien sich darauf beruft, die (vermeintliche) Bestätigung des – von ihnen jeweils nur selektiv ausgelegten – Gesetzes erfahren zu haben, vermag man so die eigentliche Konfliktlösung aufzuschieben, bis sich die widerstreitenden Positionen zu einem unbestimmten künftigen Zeitpunkt womöglich angenähert haben sollten und ein gemeinsames allgemeines Rechtsbewusstsein in der Rechtsordnung abgebildet werden kann. Gleichzeitig bleibt es – und das ist der Konstruktion eines dilatorischen Formelkompromisses wesensimmanent – bei einer nur vorläufigen Befriedung statt nachhaltigen Lösung des Konflikts.

Der Gesetzgeber hat dies in der Vergangenheit wiederholt erfahren müssen, wenn etwa Änderungen des Schwangerschaftskonfliktgesetzes (zur Einführung eines zusätzlichen Beratungsangebots im Vorfeld des Schwangerschaftsabbruchs wegen pränatal diagnostizierter Schädigung des Ungeborenen gemäß § 2a SchKG⁷⁰) oder auch Embryonenschutzgesetzes (zur Ermöglichung der Präimplantationsdiagnostik an pluripotenten embryonalen Stammzellen gemäß § 3a ESchG⁷¹) zu diskutieren waren und man stets auf denselben, in den §§ 218 ff. StGB mehr kaschierten denn entschiedenen Konflikt zurückgeworfen war. Er erfährt dies aktuell wieder, wenn die unausgesprochenen Prämissen im Streit um das Werbeverbot Raum für eben jenes unterschiedliche Wert- und Unrechtsbewusstsein lassen, das es in den 1970er und 1990er Jahren schon einmal nahezu unmöglich gemacht hatte, zu einer gemeinsamen Entschließung auf dem Gebiet des Ungeborenen schutzes zu gelangen. Dass die Gefahr eines solchen „Stellvertreterkriegs“ gegenwärtig ist, belegen u.a. Aussagen aus der Fraktion Die Linke, deren frauenpolitische Sprecherin jüngst verlauten ließ, dass die Aufhebung des § 219a StGB nach dem Willen ihrer Fraktion nur ein erster

⁶⁵ Vgl. BT-Drs. 19/93 (Die Linke), S. 1 u. 4; BT-Drs. 19/630 (Bündnis 90/Die Grünen), S. 4; BT-Drs. 19/1046 (SPD), S. 1, 4 u. 6; BR-Drs. 761/17 (neu), S. 2 f. u. 5 (Berlin, Brandenburg, Hamburg, Thüringen, Bremen). Von einem nicht gerechtfertigten Eingriff gehen u.a. aus: *Frommel*, ZfL 2018, 17; Dt. Juristinnenbund, Stellungnahme, S. 11; *Merkel*, Stellungnahme, S. 4; *Preuß*, medstra 2018, 131 (133); krit. auch *F.-C. Schroeder*, ZRP 1992, 409 (410).

⁶⁶ Vgl. BT-Drs. 19/93 (Die Linke), S. 2 u. 4; ebenso HH-LT-Drs. 21/11248, S. 1; Hess-LT-Drs. 19/5455; BT-Drs. 19/630 (Bündnis 90/Die Grünen), S. 4; BT-Drs. 19/1046 (SPD), S. 1, 4 u. 6; BR-Drs. 761/17 (neu), S. 2 u. 5 (Berlin, Brandenburg, Hamburg, Thüringen, Bremen); so auch Dt. Juristinnenbund, Stellungnahme, S. 11 f.

⁶⁷ Vgl. nur § 219a Abs. 2 StGB; zutreffend ferner *Duttge*, medstra 2018, 129; *Kubicicel*, Stellungnahme, S. 8 f. m. Ziff. III.2.; *ders.*, jurisPR-StrafR 5/2018, Anm. 1 m. Ziff. II.2.; Kommissariat der deutschen Bischöfe, Stellungnahme, S. 7 f. m. Ziff. 4.a.; *Fischer*, Unangenehme Unordnungen, in: Spiegel online v. 12.5.2018, abrufbar unter: <http://www.spiegel.de/panorama/thomas-fischer-zu-karlmarx-219a-gewalt-a-1207274.html> (zuletzt abgerufen am 13.7.2018).

⁶⁸ Zu einer (symbolischen) Kompromissgesetzgebung s. bereits *F.-C. Schroeder*, ZRP 1992, 409 (410) bzgl. § 218a Abs. 1 StGB i. d. F. des Schwangeren- und Familienhilfegesetzes v. 27.7.1992; ferner u.a. *Fischer*, §§ 218-219b Rn. 10a ff.; *Gärditz*, ZfL 2018, 18 (19); *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht BT/1, 10. Aufl. (2009), § 6 Rn. 1; ausführlich *Berghäuser*, insb. S. 531 ff. (zu § 218a Abs. 2 StGB) u. 667 ff. (zu § 218a Abs. 1 StGB).

⁶⁹ Hierzu und zum Nachstehenden *Berghäuser*, S. 798 ff., 817 ff. Zu einem dilatorischen Formelkompromiss in der Notlagenindikation früheren Rechts vgl. *Frommel*, ZRP 1990, 351 (354); allgemein zu Begriff und Funktion eines solchen Kompromisses *Neves*, Symbolische Konstitutionalisierung, 1998, S. 42 u. 88; *Schmitt*, Verfassungslehre, 5. Aufl. (1970), S. 31 f.

⁷⁰ Gesetz zur Änderung des Schwangerschaftskonfliktgesetzes (SchKGÄndG) v. 26.8.2009, BGBl. I, S. 2990; zusf. hierzu *Berghäuser*, S. 821 ff.

⁷¹ Gesetz zur Regelung der Präimplantationsdiagnostik (PräimpG) v. 21.11.2011, BGBl. I, S. 2228; vgl. hierzu *BGH*, ZfL 2010, 87 (91); zusf. u. krit. *Berghäuser*, S. 838 ff. Anders als nach dem SchKGÄndG war hier jedoch allenfalls die Frage eines pränidativen statt postnidativen Ungeborenen schutzes betroffen.

Schritt sei, dem nach der Sommerpause des Deutschen Bundestags ein Antrag auf Abschaffung der Beratungspflicht folgen solle und der langfristig in eine Aufhebung des strafgesetzlichen Abbruchsverbots münden solle.⁷²

2. Mögliches Ende des „Stellvertreterkriegs“ (zugleich eine Schlussbemerkung)

Soweit realisiert sich also neuerlich die Gefahr des in den §§ 218 ff. StGB geregelten dilatorischen Formelkompromisses, dass er einen „Stellvertreterkrieg“ zu produzieren vermag. Gleichzeitig gibt er aber wiederholt auch die Marschroute vor, auf der man den Disput – wie schon anlässlich der erwähnten Änderungen des SchKG⁷³ und ESchG⁷⁴ – beilegen kann: Es gilt, den Konflikt aufzuschieben, indem man den vor Jahrzehnten gefundenen Kompromiss in § 219a StGB vorläufig fortschreibt.⁷⁵ Dies ist möglich, indem man zunächst anerkennt, dass ein Werbeverbot die positiv-generalpräventive Wirkweise des Abbruchsverbots unterstützt. Diese Anerkennung wird verbunden mit dem Befund, dass § 219a StGB ein Annex zum Abbruchsverbot nach § 218 StGB ist und als solcher über die von ihm unterstützten positiv-generalpräventiven Bemühungen des Gesetzgebers nicht (quasi „im Exzess statt als Annex“) hinausreichen darf. Für die Frage nach der Strafbedürftigkeit eines öffentlichen ärztlichen Anerbietens zum Schwangerschaftsabbruch ist dies entscheidend: Denn insoweit ist es zwar zutreffend, dass die ärztliche Mitwirkung mit dem tatbestandlichen Unwertgehalt des § 218 Abs. 1 StGB behaftet ist. So, wie das *BVerfG* aber bereits 1992 geschrieben hat, dass „um der Wirkung des Beratungskonzeptes willen nicht jede Folge der Rechtswidrigkeit gezogen“ werden kann,⁷⁶ verlangt die Einbindung der ärztlichen Mitwirkung in das Verfahren nach § 218a StGB vom Gesetzgeber auch, sein Ziel der Förderung eines bestimmten Wert- und Unrechtsbewusstseins hintanzustellen, weil er die rechtlichen Rahmenbedingungen für jene (erwünschte) ärztliche Mitwirkung am (für sich genommen unerwünschten) Abbruch schaffen muss. Wenn der Gesetzgeber insoweit aber auf die positiv-generalpräventive Wirkweise seines Abbruchsverbots weitgehend verzichtet, um eine ärztliche Durchfüh-

rung des Abbruchs garantieren zu können, muss dies für die Annexvorschrift des § 219a StGB entsprechend gelten. Dass ein Arzt seine Bereitschaft zur Vornahme eines Schwangerschaftsabbruchs (§ 12 SchKG) öffentlich macht, kann und darf § 219a StGB schwerlich unterbinden, weil jene Bereitschaft zwar auf ein Verhalten von tatbestandlichem Unwertgehalt gerichtet, gleichzeitig aber ein integraler Bestandteil des gesetzlichen Schutzkonzeptes ist.⁷⁷ Die Zielsetzung der Vorschrift muss vor diesem Hintergrund wesentlich bescheidener sein und beschränkt sich darauf, eine irreführende Gleichstellung des Abbruchs mit anderen medizinischen Dienstleistungen zu unterbinden. Dem aber würde bereits durch eine entsprechende Klarstellungsobliegenheit ärztlicher Anbieter Genüge getan, welche – wie an anderer Stelle ausgeführt – in § 219a Abs. 2 StGB unschwer eingefügt werden könnte.⁷⁸

Um sich im Parlament auf eine solche – oder auch eine andere kompromisshafte – Lösung zu verständigen, bedürfte es freilich einer doppelten Akzeptanz des Status quo: zum einen einer (vorläufigen) Akzeptanz der in den §§ 218 ff. StGB formulierten Kompromissgesetzgebung, zum anderen einer Akzeptanz des § 219a StGB als hieran anschließenden Annex. Ob die verschiedenen Fraktionen sich hierzu überwinden können, dürfte fraglich sein. Ein etwaiges Unbehagen wäre nachvollziehbar und wird auch von der *Verfasserin* geteilt,⁷⁹ bedeutet es doch, dass man mit der Fortschreibung der widersprüchlichen Regelung des Schwangerschaftsabbruchs „eine Konsequenz in der Inkonsequenz zu erreichen versucht und folglich etwaige Fehlentwicklungen nicht mehr hinterfragt, sondern hin nimmt“⁸⁰. Jedoch wäre derjenige, dessen Wirken auf eine Revision der §§ 218 ff. StGB abzielt, gehalten, die von ihm gewünschte Diskussion (zum richtigen Zeitpunkt) auch ebenda zu beginnen statt „das Pferd von hinten aufzuzäumen“, indem er Änderungen einer bloßen Annexvorschrift verlangt, die *volens volens* stets dem in den §§ 218 ff. StGB gefällten Werturteil folgen muss. Es wäre zu wünschen, dass die Fraktionen nach der abzuwartenden Sommerpause des Deutschen Bundestags noch zu dieser Einsicht gelangen.

⁷² Nachzulesen auf taz.de vom 18.6.2018, Abtreibungen sollen straf- frei sein, abrufbar unter: <https://www.taz.de/Archiv-Suche/!5513523&s=patricia%2Bhecht/> (zuletzt abgerufen am 13.7.2018); in diesem Sinne auch bereits Die Linke Hamburg, BT-Drs. 21/11248, S. 1.

⁷³ Ausführlich dazu *Berghäuser*, S. 822 ff.; s. außerdem *Duttge/Bernau*, ZfL 2009, 42 (46) m. These 12.

⁷⁴ Krit. noch *Berghäuser*, S. 838 ff. m.w.N.; vgl. exemplarisch aus der Diskussion im Vorfeld der Einfügung des § 3a Abs. 2 ESchG *LG Berlin*, ZfL 2009, 93 (96 f.); *Schroth*, NSTz 2009, 233 (235 f. u. 238); auch nach Inkrafttreten noch *Frommel*, JZ 2013, 488 (491).

⁷⁵ Hierzu und zum Nachfolgenden bereits *Berghäuser*, JZ 2018, 497 (502 f.).

⁷⁶ BVerfGE 88, 203 (270 u. 280).

⁷⁷ Insoweit verfängt der Hinweis u.a. des Dt. Juristinnenbundes auf die Einbindung der ärztlichen Abbruchstätigkeit in das gesetzliche Schutzkonzept; vgl. Dt. Juristinnenbund, Stellungnahme, S. 7 oben u. 19.

⁷⁸ Weiterführend dazu *Berghäuser*, JZ 2018, 497 (503 f.), nebst Eintreten für die Normierung einer sog. Informationsgarantie im SchKG.

⁷⁹ Vgl. etwa *Berghäuser*, S. 843 ff., insb. S. 847 ff. und 856 ff. Ebenda plädiert die *Verfasserin* selbst für eine transparente gesetzliche Regelung in den §§ 218 ff. StGB, die sich in offener Abkehr von der These eines gleichwertigen Schutzniveaus in allen Entwicklungsstadien menschlichen Lebens zu einem nur prozeduralen Ungeborenen-schutz bekennen sollte. Eine solche Aufkündigung der Kompromissgesetzgebung setzte jedoch die (gegenwärtig noch wenig wahrscheinliche) Bereitschaft voraus, das Gesamtkonzept und nicht nur einen Annex in Frage zu stellen.

⁸⁰ Zitat aus *Böckenförde-Wunderlich*, Präimplantationsdiagnostik als Rechtsproblem, 2002, S. 230.

Taten nach § 177 StGB in der Polizeilichen Kriminalstatistik Zusammenhänge mit Zuwanderung

von Prof. Dr. Tatjana Hörnle*

Abstract

Die Frage, ob es in den letzten Jahren mehr Vergewaltigungen und sexuelle Nötigungen gab, und ob dies ggf. auf Taten von Zuwanderern zurückzuführen ist, ist Gegenstand öffentlicher Debatten. Es lohnt sich, die Daten in der Polizeilichen Kriminalstatistik (PKS) auszuwerten, auch wenn diese nur begrenzt Rückschlüsse auf die tatsächlich begangenen Taten zulassen. Die dort erfassten Fallzahlen zeigen keinen dramatischen Anstieg, aber einige Auffälligkeiten. Unter den polizeilich ermittelten Tatverdächtigen findet sich ein überproportional hoher Anteil an Zuwanderern, und zwar auch dann, wenn man Faktoren wie Alters- und Geschlechtsverteilung kontrolliert und unterschiedliche Anzeigenhäufigkeit auf Opferseite berücksichtigt.

I. Einleitung

Nimmt die Zahl der Sexualdelikte zu, und besteht ggf. ein Kausalzusammenhang mit der großen Zahl an Flüchtlingen, die in den letzten Jahren, vor allem 2015 und 2016, nach Deutschland kamen? Auch ohne Twitter-Botschaften des US-Präsidenten kann der Eindruck entstehen, dass es mehr Vergewaltigungen und sexuelle Nötigungen gibt und dass dies auf Zuwanderung zurückzuführen sein könnte. Lokalzeitungen enthalten nicht selten relevante Artikel, und über Sexualmorde wie die an *Maria Ladenburger* und *Susanna Feldmann* berichtete auch die überregionale Presse. Eine zuverlässige Grundlage für quantitative Aussagen sind Presseartikel allerdings nicht. Der Bestand an systematisch erhobenen Daten ist unbefriedigend, vor allem auch deshalb, weil regelmäßig wiederholte, repräsentative Befragungen fehlen, die das Dunkelfeld der nicht angezeigten Vorfälle erfassen könnten. Indizien sind aber der Polizeilichen Kriminalstatistik (PKS) zu entnehmen. Dabei sind zwei unterschiedlichen Fragen von Interesse: erstens, ob die Fallzahlen für Delikte nach § 177 StGB in den Jahren 2016 und 2017 gestiegen sind; zweitens, was über die Herkunft der Tatverdächtigen bekannt ist.

Jedem Leser und jeder Leserin wird bewusst sein, dass sich auf vermintes Gelände begibt, wer die zweite Frage stellt. Die Positionen dazu, ob und ggf. wie Zuwanderung kontrolliert und beschränkt werden sollte, trennen die deutsche Bevölkerung in sich anfeindende Lager. Dies beeinflusst auch die Rezeption von Informationen über Straftaten, insbesondere zu Sexualdelikten, die in besonderem Maße angstbesetzte Reaktionen hervorrufen. Am rechten Ende des Meinungsspektrums wird Zuwanderern pauschal und undifferenziert eine Neigung zu sexuellen Gewalttaten zugeschrieben. Gegenreaktionen aus dem linksliberalen Lager neigen dazu, Auffälligkeiten bei der Tatenhäufigkeit oder bei der Herkunft der Täter zu verneinen, wobei zwei Hypothesen vertreten werden. Die erste Hypothese lautet, dass eine Zunahme polizeilich registrierter Sexualdelikte allein darauf zurückzuführen sei, dass seit November 2016¹ eine erweiterte Fassung des § 177 StGB gilt, die den Bereich strafbaren Verhaltens um die (bisher teilweise nicht strafbaren)² „sexuellen Übergriffe“ erweitert hat.³ Die zweite Hypothese ist, dass eine erhöhte Tatverdächtigenzahl für Zuwanderer nur auf die Zusammensetzung dieser Gruppe nach Alter und Geschlecht (zu hohen Anteilen jung und männlich) zurückzuführen sei.⁴ Diesen beiden Hypothesen gehe ich im Folgenden anhand der (beschränkten) Informationen nach, die aus der PKS zu gewinnen sind.

Ein Vorbehalt ist voranzustellen. Die Qualität der vom Bundeskriminalamt veröffentlichten PKS hängt davon ab, wie zuverlässig Polizeidienststellen Daten erheben und an die Landeskriminalämter weiterleiten. Dabei dürften sich (mindestens) zwei Umstände bei der polizeilichen Datenerfassung verzerrend auswirken. Erstens sind niedrige Zahlen in der Statistik eines Jahres nicht immer ein zwingendes Indiz dafür, dass in diesem Zeitraum auch weniger Strafanzeigen eingingen. Die PKS ist eine Ausgangsstatistik,⁵ weshalb bei einem Stau unbearbeiteter Anzeigen Sachverhalte nicht statistisch erfasst werden. Es kann ein paradoxer Effekt entstehen, falls Straftaten schnell zunehmen und lokale Bearbeitungskapazitäten überfordern:

* Die Verfasserin ist Professorin für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsphilosophie und Rechtsvergleichung an der Humboldt-Universität zu Berlin.

¹ 50. StrÄndG vom 4.11.2016, in Kraft seit dem 10.11.2016, BGBl. I, S. 2460.

² Delikte, die in § 177 Abs. 1 und Abs. 2 StGB als sexuelle Übergriffe beschrieben werden, waren teilweise schon nach altem Recht strafbar, etwa sexuelle Handlungen an bewusstlosen, volltrunkenen oder stark geistig behinderten Opfern, die unter den aufgehobenen § 179 StGB a.F. fielen. Außerdem ist nunmehr aber Verhalten strafbar, das zuvor weder unter § 177 StGB a.F. noch unter § 179 StGB a.F. zu subsumieren war.

³ Diese Hypothese vertritt *Marlene Grunert* in der FAZ v. 22.6.2018: „Die erhebliche Zunahme angezeigter Straftaten ist vielmehr auf eine Reform des Sexualstrafrechts zurückzuführen...“.

⁴ *Grunert* (Fn. 3) vertritt auch diese These: Zuwanderer seien „etwa so kriminell wie deutsche junge Männer“.

⁵ Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat und Innenministerkonferenz (Hrsg.), Bericht zur Polizeilichen Kriminalstatistik 2017, S. 7. Sowohl dieser Bericht als auch alle ausgewerteten Tabellen der PKS sind auf der Homepage des BKA zu finden.

Dann werden besonders wenig Fälle in der Statistik auftauchen. Zweitens ist § 177 StGB infolge der Reform im Jahr 2016 ein sehr komplexer Tatbestand geworden. Für Polizeibeamte erschwert dies die korrekte Zuordnung von Lebenssachverhalten zu den sog. Straftatenschlüsseln, mit denen in der PKS Delikte erfasst werden.⁶ Ein weiterer wichtiger Grund dafür, Fallzahlen der PKS nicht ohne Weiteres mit tatsächlich geschehenen Straftaten gleichzusetzen, liegt in der unterschiedlich ausgeprägten Anzeigebereitschaft der Geschädigten, die u.a. von der ethnischen Nähe bzw. Differenz zu den Tätern abhängt.⁷ Trotz solcher Probleme ist es aber unvermeidbar, auf die PKS zurückzugreifen, wenn Aussagen überprüft werden sollen, die Politiker und Journalisten (nach einem meist nur oberflächlichen Blick auf diese Statistik) treffen.

II. Die Häufigkeit von registrierten Taten nach § 177 StGB von 2013 bis 2017

In der Tabelle unten sind Angaben aus der PKS zu Fällen nach § 177 StGB und § 178 StGB (mit Todesfolge) zusammengefasst. Was ist aus dieser Tabelle abzuleiten? Zunächst ist festzuhalten, dass die Gesamtzahl polizeilich registrierter Delikte *nicht in drastischer Weise* angestiegen ist. Insbesondere ist ein positiver Befund hervorzuheben, der Delikte mit dem für viele als typisch geltenden Tatbild der Vergewaltigung betrifft (ein Tatbild, das auch die Ängste von Frauen prägt): die Vergewaltigung als überfallartiges Ereignis, meist durch einen fremden Mann. Für *diese* Form einer Tat nach § 177 StGB ergibt die Statistik nicht nur keine Zunahme, sondern im Gegenteil rückläufige Fallzahlen.

Tabelle 1: Fallzahlen

	2013	2014	2015	2016	2017
Gesamtzahl: Sexuelle Nötigung und Vergewaltigung (111000 + 112000) ⁸	12.276	11.967	11.808	13.838	14.260 (10.473 ohne sexuelle Übergriffe)
Sexuelle Übergriffe (111600; seit 2017 erfasst)	-	-	-	-	3.787
Vergewaltigung, überfallartig, Einzeltäter (111100)	1.305	1.316	1.134	1.132	946
Vergewaltigung, Gruppen (111300)	287	294	254	524	258
Sexuelle Nötigung/Vergewaltigung mit Todesfolge (111500)	1	0	0	0	11

⁶ Bundeskriminalamt (Hrsg.), Polizeiliche Kriminalstatistik für das Berichtsjahr 2017, Straftatenkatalog 2017.

⁷ Pfeiffer/Baier/Kliem, Zur Entwicklung der Gewalt in Deutschland. Schwerpunkte: Jugendliche und Flüchtlinge als Täter und Opfer, 2018, S. 75.

⁸ Um alle Taten nach § 177 StGB n.F. und a.F. zu erfassen, müssen zwei Spalten in der PKS addiert werden, nämlich die Zahlen für den Straftatenschlüssel „111000“ (dort werden Vergewaltigungen und ähnliche besonders schwere Fälle sowie seit 2017 auch sexuelle Übergriffe erfasst) und „112000“ (sonstige sexuelle Nötigung). Die Zählung der „sonstigen sexuellen Nötigungen“ als separate Kategorie in 112000 wurde nach der Neufassung von § 177 StGB in der PKS 2017 beibehalten, obwohl dies für den geänderten § 177 StGB weniger Sinn ergibt als für § 177 StGB a.F.

Allerdings fällt ein zwar nicht dramatischer, aber doch bemerkenswerter Anstieg auf, wenn man die Gesamtzahlen für alle Taten nach § 177 StGB a.F. in den Jahren 2015 und 2016 vergleicht. 2016 wurden 2.030 Strafanzeigen mehr bearbeitet. Das bedeutet einen Zuwachs von 17,2 %, der aus dem Rahmen der erwartbaren Schwankungen fällt (Straftaten werden nicht mit der Präzision eines Uhrwerks in jährlich exakt gleichbleibender Zahl begangen). Die Zeitreihen-Tabelle in der PKS 2017⁹, die mehr Jahre umfasst als die von mir erstellte Tabelle, zeigt, dass es einen Zuwachs oder eine Abschmelzung in der Größenordnung von einigen Hundert Fällen von Jahr zu Jahr mehrfach in den letzten zwei Jahrzehnten gab. Aber ein Zuwachs von 2.030 Fällen ist als erklärungsbedürftig anzusehen.

Ähnliches gilt für die Tatvariante „sexuelle Übergriffe und Vergewaltigungen durch Gruppen“: Auch für diese Delikte gab es 2016 im Vergleich zu 2015 eine (besonders) auffällige Häufung, nämlich mehr als doppelt so viele registrierte Fälle. Eine mögliche Erklärung könnte bei den sexuellen Angriffen in der Silvesternacht 2015/2016 in Köln gesucht werden.¹⁰ Aber es ist nicht sonderlich überzeugend, die Hintergründe des Zuwachses von 2015 auf 2016 ganz oder überwiegend auf diese Weise zu rekonstruieren. Von den 477 Anzeigen mit Sexualbezug, die nach der Kölner Silvesternacht im Jahr 2016 erstattet wurden,¹¹ wurde wahrscheinlich nur ein kleiner Teil bei den Fallzahlen für § 177 StGB erfasst. Viele Fälle des Grapschens sowie Überraschungsangriffe fallen erst seit der Gesetzesänderung vom 4.11.2016 unter § 177 StGB oder die neuen §§ 184i, 184j StGB. Die Zunahme sowohl bei sexuellen Nötigungen als auch bei der Tatmodalität „Vergewaltigung durch Gruppen“ war mit

⁹ Bundeskriminalamt (Hrsg.), Polizeiliche Kriminalstatistik für das Berichtsjahr 2017, Zeitreihen-Übersicht Falltabellen.

¹⁰ Diese wurden vorwiegend von Migranten begangen; s. zu den Täterbeschreibungen durch die betroffenen Opfer das Gutachten von Egg, in: Schlussbericht des Parlamentarischen Untersuchungsausschusses I, Landtag Nordrhein-Westfalen, Drs. 16/14450, S. 1243.

¹¹ Egg (Fn. 10), S. 1233.

großer Wahrscheinlichkeit geographisch breiter gestreut.

Die Gesamtzahl aller registrierten Fälle nach § 177 StGB war 2017 nochmals etwas höher als 2016: 14.260 Fälle stehen für dieses Jahr in der PKS. Allerdings muss *dieser* Zuwachs vor dem Hintergrund der Gesetzesänderung gesehen werden, die seit dem 10.11.2016 in Kraft ist. Seither sind nicht mehr nur sexuelle Nötigungen und Vergewaltigungen strafbar, sondern *zusätzlich* Vergehen in der Form von sexuellen Übergriffen, s. § 177 Abs. 1, 2 StGB. Die erläuternden Hinweise zur PKS 2017 geben an, dass „der Vergleich der Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung mit den Vorjahren nicht bzw. nur eingeschränkt möglich“ ist.¹² Zu warnen ist vor allem davor, Änderungen beim *gesamten* Straftatenschlüssel 111000 zu vergleichen – man muss die Untergruppen genauer auswerten. Die PKS 2017 weist Zahlen für sexuelle Übergriffe (also die Modalitäten, die bislang nicht unter § 177 StGB fielen) separat aus (unter dem neuen Schlüssel 111600: 3.787 Fälle). Unter Abzug dieser 3.787 sexuellen Übergriffe blieben 10.473 in 2017 polizeilich bearbeitete Taten übrig, die auch schon nach § 177 StGB a.F. als sexuelle Nötigungen und Vergewaltigungen zu bestrafen gewesen wären. *Diese* Zahl ist etwas niedriger als die für 2015 verzeichnete und deutlich niedriger als die Zahlen für 2016. Allerdings wäre eine optimistische Interpretation im Sinne von „wieder weniger sexuelle Nötigungen und Vergewaltigungen“ verfrüht. Es ist nämlich fraglich, ob Polizeibeamte ihre erledigten Fälle für die statistische Erfassung juristisch korrekt eingeordnet haben. Wegen der Komplexität des neuen § 177 StGB und wegen der schwierigen Zuordnung zum richtigen Straftatenschlüssel der PKS ist das eher unwahrscheinlich. Es ist vorstellbar, dass die Kategorie „sexuelle Übergriffe“ (Straftatenschlüssel 111600) teilweise als Auffangkategorie genutzt wurde, der Polizeibeamte auch Fälle zuordneten, die schon nach altem Recht strafbar gewesen wären. Aber das sind Hypothesen; an dieser Stelle enden die Informationen, die sich aus der PKS ableiten lassen.

Eine besorgniserregende Veränderung zeigt sich beim schwersten Delikt in der Tabelle: die Taten mit Todesfolge, § 178 StGB. 11 solcher Fälle tauchen in der PKS 2017 auf. Das ist, als absolute Zahl gesehen, nicht sehr viel. Ihre Auffälligkeit zeigt sich erst im Vergleich mit den vorausgehenden Jahren: Für diese ist der Eintrag „0“ bzw. einmal „1“. Dies könnte als Hinweis dafür gedeutet werden, dass es mehr Täter gibt, die mit äußerster Brutalität agieren.

III. Zuwanderer als Tatverdächtige

Fallzahlen der PKS erlauben keine Rückschlüsse auf die Eigenschaften von Tätern oder gar die Ursachen von Kriminalität. Hinter im Saldo ähnlichen Fallzahlen können unterschiedliche Entwicklungen stehen. So würde Sexualdelinquenz von Zuwanderern in den Gesamtzahlen nicht sichtbar, wenn zeitgleich aufgrund der demographischen Entwicklung innerhalb der bereits ansässigen Bevölkerung weniger entsprechende Delikte begangen werden.¹³ An dieser Stelle ist deshalb von Fallzahlentwicklungen zu Tatverdächtigen zu wechseln. Die Standardtabellen der PKS ordnen Tatverdächtige nur in die Kategorien deutsch/nichtdeutsch ein. Im Bericht zur PKS 2017 findet sich aber auch ein kurzes Kapitel zur Kriminalität von Zuwanderern.

Der Begriff „Zuwanderer“ kann zu Missverständnissen führen. In soziologischen Kontexten werden damit alle Personen bezeichnet, die in ein Land einwandern, in dem sie zuvor nicht heimisch waren. In diesem weiten, soziologischen Sinn gehören zu den Zuwanderern insbesondere die großen Gruppen der angeworbenen Arbeitskräfte (darunter sog. Gastarbeiter) und der EU-Bürger, die vom Recht auf Freizügigkeit Gebrauch machen.¹⁴ In der PKS wird dagegen ein engeres Begriffsverständnis zugrunde gelegt, das sich am Asyl- und Flüchtlingsrecht orientiert. Die so verstandene Gruppe der Zuwanderer umfasst nur: „Asylbewerber, international/national Schutzberechtigte und Asylberechtigte, Duldung, Kontingentflüchtlinge und unerlaubten Aufenthalt“.¹⁵

Die wenigen Angaben zu Zuwanderern im Bericht zur PKS 2017 führen für die Delikte „Vergewaltigung und sexuelle Nötigung/Übergriffe, Straftatenschlüssel 111000“ einen Anteil von 15,9 % an allen Tatverdächtigen an (1.495 von insgesamt 9.414 Tatverdächtigen).¹⁶ Wie ist ein Anteil von 15,9 % zu bewerten? Ob eine Personengruppe im Vergleich zu anderen Gruppen überproportional viele Straftaten begeht, ist nur dann festzustellen, wenn die Zahl der Tatverdächtigen in Relation zur jeweiligen Gruppengröße gesetzt wird. Aus diesem Grund ist die Angabe von Tatverdächtigenbelastungsziffern (TVBZ, pro 100.000 der Gesamtpopulation) üblich.¹⁷ Für die deutschen Tatverdächtigen weist die PKS diese Werte aus. Die entsprechende Tabelle differenziert dabei nach Geschlecht und Altersgruppen – die Kriminalitätsbelastung variiert stark in Abhängigkeit von Alter und Geschlecht.¹⁸ Bezogen auf alle Personen in der deutschen Bevölkerung, die älter als 8 Jahre sind, liegt die TVBZ für Delikte nach dem Straftatenschlüssel 111000 bei 8,7 pro 100.000, begrenzt auf männliche Personen bei 17,7 pro 100.000. Wenn man die nach Alter und Geschlecht am

¹² Bundeskriminalamt (Hrsg.), Polizeiliche Kriminalstatistik für das Berichtsjahr 2017, Wichtige Hinweise zu den Tabellen.

¹³ S. zum Rückgang der Fallzahlen für Vergewaltigung in Relation zum Jahr 1998 Pfeiffer/Baier/Kliem (Fn. 7), S. 9.

¹⁴ Glaubitz/Bliesener, Analyse der Entwicklung der Kriminalität von Zuwanderern in Schleswig-Holstein, Forschungsbericht Nr. 137, Kriminologisches Forschungsinstitut Niedersachsen, 2018, S. 13.

¹⁵ Bericht des BMI (Fn. 5), S. 23.

¹⁶ Bericht des BMI (Fn. 5), S. 25. Das erfasst nicht alle Delikte nach § 177 StGB n.F. und a.F.: In die kürzere Darstellung zu Zuwanderern wurde der Schlüssel 112000 „Sonstige sexuelle Nötigung“ nicht aufgenommen.

¹⁷ S. dazu PKS 2017, Ergänzende Informationen, Richtlinien für die Führung der Polizeilichen Kriminalstatistik, S. 8.

¹⁸ S. Bundeskriminalamt (Hrsg.), Polizeiliche Kriminalstatistik für das Berichtsjahr 2017, Standardtabellen, Belastungszahlentabellen, Tabelle 40.

stärksten belastete Untergruppe der männlichen Heranwachsenden (18 bis 21 Jahre) erfasst, ergibt sich für die deutschen Tatverdächtigen eine TVBZ von 61,5.¹⁹

Für die Gruppe der Zuwanderer findet sich keine TVBZ in der PKS 2017, und sie ist auch nicht mit Anspruch auf Genauigkeit zu errechnen. Das gewichtigste Problem ist, dass für Zuwanderer die Gesamtgruppengröße nicht bekannt ist; außerdem wird für Zuwanderer im Bericht zur PKS 2017 nicht aufgeschlüsselt, wie Taten den unterschiedlichen Altersgruppen zuzuordnen sind. Was die Größe der Gesamtpopulation an Zuwanderern in 2017 betrifft, kann man nur mit ungefähren Größenordnungen rechnen. Im Bericht zur PKS 2017 werden folgende Zahlen für die Einreise genannt: 890.000 Personen 2015, im Jahr 2016 etwa 280.000 und 2017 nochmals 187.000 Personen,²⁰ zusammen also 1.357.000 Einreisen. Für Belastungszahlen ist allerdings die Zahl der Zuwanderer relevant, die sich im Jahr 2017 in Deutschland *aufhielten*. Diese hängt von einer Vielzahl weiterer Faktoren ab: vor allem von der Zahl der schon *vor 2015* eingereisten Zuwanderer sowie der Zahl der Ausreisen und möglichen Doppelzählungen. Keine belastbaren Erkenntnisse bestehen außerdem zur Zahl der nicht registrierten Zuwanderer, die sich von den Labyrinthen des Asylverfahrens fernhalten und stattdessen nach einer Einreise über unkontrollierte Grenzen auf familiäre oder sonstige Immigrantennetzwerke bauen. Mir scheint es als Schätzung einigermaßen realitätsnah zu sein (aber darüber lässt sich natürlich streiten), für das Jahr 2017 davon auszugehen, dass sich ca. 1.500.000 bis 2.000.000 Zuwanderer i.S. der PKS-Definition in Deutschland aufhielten.²¹

Als nächster Punkt ist die Zahl der männlichen Zuwanderer zu berechnen.²² Hinweise zur Verteilung der Geschlechter bei Zuwanderern können den Asylanträgen entnommen werden, die im Jahr 2016 gestellt wurden: Männliche Antragssteller machten ca. 2/3 der Gesamtgruppe aus.²³ Schließlich müssen in einem weiteren Schritt für Vergleichbarkeit zwischen deutschen Tatverdächtigen

und tatverdächtigen Zuwanderern Kinder herausgerechnet werden.²⁴ Ausgehend von meinen Schätzungen und den Anhaltspunkten in der Asylstatistik (Schätzung: zwischen 1.500.000 und 2.000.000 Zuwanderer hielten sich 2017 in Deutschland auf; Asylantragsstatistik 2016: 2/3 männlich; davon 18,5 % männliche Kinder bis 10 Jahre²⁵) ergibt sich für die Gruppe der männlichen Zuwanderer (älter als 10 Jahre) eine Zahl zwischen 815.000 und 1.086.666. Mit dieser Ausgangszahl für die relevante Gesamtgruppe lässt sich berechnen, was die absolute Zahl von 1.495 tatverdächtigen Zuwanderern in der relativen Größe der TVBZ bedeutet: eine TVBZ zwischen 138 und 183. Verglichen mit der TVBZ für deutsche Männer über 8 Jahre (17,7) ist der Unterschied gewaltig.

Bei diesem Vergleich wirkt sich allerdings noch ein verzerrender Faktor aus. Je höher der Anteil der älteren Männer in der jeweiligen Grundpopulation, umso niedriger fällt die TVBZ für alle Männer aus. Auch an dieser Stelle besteht ein deutlicher Unterschied zwischen der deutschen Bevölkerung und Zuwanderern: Nach der Asylantragsstatistik finden sich unter Letzteren so gut wie keine älteren Männer.²⁶ Geht es um Belastungsziffern für Taten nach § 177 StGB, sollte deshalb der Wert für männliche Zuwanderer nicht mit dem für die Gesamtheit aller deutschen Männer verglichen werden, da der hohe Anteil an Senioren in der deutschen Bevölkerung die Belastungsziffer deutlich nach unten verschiebt. Um diesem Umstand Rechnung zu tragen, kann man folgendermaßen vorgehen: Ein Vergleich ohne gravierende Verzerrungen durch den Faktor „Senioren in der Grundpopulation“ ist möglich, wenn man die TVBZ für jüngere männliche deutsche Tatverdächtige (diese werden in der PKS im Einzelnen aufgeschlüsselt) kontrastiert mit der TVBZ für alle männlichen Zuwanderer, die älter als 15 Jahre sind.²⁷

¹⁹ S. Fn. 18 sowie unten Tabelle 2.

²⁰ Bericht des BMI (Fn. 5), S. 20.

²¹ Wenn man diese Zahl niedriger ansetzt, fallen die unten errechneten TVBZ für Zuwanderer noch höher aus.

²² Bei Taten nach § 177 StGB gibt es so gut wie keine registrierten weiblichen Täter, s. Bundeskriminalamt (Hrsg.), Polizeiliche Kriminalstatistik für das Berichtsjahr 2017, Standardtabellen, Tatverdächtigtentabellen, Tabelle 20: 107 von 9.414 Tatverdächtigen nach dem Schlüssel 111000, das sind 1,14 %. Der Faktor „Geschlecht“ verringert deshalb Tatverdächtigenbelastungsziffern (TVBZ) beträchtlich, wenn die Hälfte der Gesamtpopulation aus Frauen besteht, während ein geringer Frauenanteil in einer Gruppe zu deutlich höheren TVBZ für Sexualdelikte führt. Diese Verzerrungen sind zu vermeiden, wenn man die TVBZ nur in Relation zur männlichen Population errechnet.

²³ S. dazu Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, Das Bundesamt in Zahlen 2016, S. 22 (zu finden auf der Homepage des BAMF). Auch an dieser Stelle kommt Unschärfe in die von mir angestellten Berechnungen, weil die vom BAMF erfasste Männerquote nicht repräsentativ für die Gesamtgruppe *aller* Zuwanderer, auch der nicht registrierten und der vor 2015 eingereisten, sein muss.

²⁴ Insoweit gilt Ähnliches wie für den Frauenanteil: Ein hoher Anteil an Kindern in der Gesamtzahl für eine Population senkt die TVBZ. Die Tabelle in der PKS mit den Belastungsziffern für deutsche Tatverdächtige (Fn.18) beruht auf einer Berechnung, die bei der Größe der deutschen Bevölkerung Kinder unter 8 Jahren nicht berücksichtigt.

²⁵ Die Daten des BAMF für die Asylanträge 2016 ergeben, dass Jungen bis einschließlich 10 Jahre 18,5 % aller männlichen Antragssteller ausmachten (Fn. 23, S. 22).

²⁶ Nur 1,7 % der männlichen Asylantragsteller waren 2016 55 Jahre und älter, s. Fn. 23, S. 22.

²⁷ Dieser Modus des Vergleichs wirkt sich begünstigend für die Gruppe der Zuwanderer aus, da unter den männlichen Asylantragstellern (Gesamtgruppe, einschl. Kinder) 2016 immerhin 23,2 % zwischen 30 und 55 Jahre alt waren (Fn. 23, S. 22) – diese Untergruppe dürfte eine geringere Belastung mit Sexualdelikten aufweisen als die jungen Männer zwischen 14 und 30 Jahren auf der Seite „deutsche Tatverdächtige“, die ich in die folgende Tabelle 2 aufgenommen habe. Rechnet man nicht nur junge Menschen, sondern auch Männer mittleren Alters auf der Seite „Gesamtgruppe Zuwanderer“ heraus, ergeben sich noch höhere TVBZ. Würde man z.B. unterstellen, dass Taten nach § 177 StGB weitgehend von Männern zwischen 14 und 39 Jahren begangen werden, und ordnete man alle von Zuwanderern begangenen Taten nur dieser Altersgruppe zu (= 65,4 % aller männlichen Asylantragsteller, s. Fn. 23, S. 22, demnach etwa 654.000 bis 872.000 männliche Zuwanderer zwischen 16 und 39 Jahren), würden sich TVBZ zwischen 171 und 229 ergeben.

Tabelle 2: Tatverdächtigenbelastungsziffer (TVBZ) für deutsche Tatverdächtige und Zuwanderer 2017; Straftatenschlüssel 111000 (Vergewaltigung und sexuelle Nötigung/Übergriffe §§ 177 Abs. 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8 und 9, 178 StGB)

	TVBZ deutsche Tatverdächtige (absolute Zahl: 5.931) pro 100.000 der deutschen Männer dieses Alters	Größenordnung TVBZ Zuwanderer als Tatverdächtige (absolute Zahl: 1.495) pro 100.000 männliche Zuwanderer ohne Jungen (1) < 11 Jahre (2) < 16 Jahre
Alle männlichen Tatverdächtigen	17,7	(1) 138 bis 183 ²⁸ (2) 150 bis 200 ²⁹
Männliche Tatverdächtige 14 bis 17 Jahre	50,2	
Männliche Tatverdächtige 18 bis 20 Jahre	61,5	
Männliche Tatverdächtige 21 bis 24 Jahre	46,8	
Männliche Tatverdächtige 25 bis 29 Jahre	36,1	

Nach diesen Überlegungen kann die TVBZ von 36,1 bis 61,5 für männliche deutsche Tatverdächtige zwischen 14 und 29 Jahren mit der TVBZ von 150 bis 200 kontrastiert werden, errechnet für die männliche Zuwandererpopulation ab 16 Jahren. Die Unterschiede der TVBZ sind so groß, dass kleinere Abweichungen von den hier zugrunde gelegten Annahmen zur Grundpopulation der Zuwanderer sie nicht eliminieren würden. Auch die plausible Annahme, dass deutsche Opfer von Sexualdelikten einen höheren Anteil dieser Delikte anzeigen, wenn es sich bei den Tätern erkennbar um Zuwanderer handelt, als sie dies bei deutschen Tätern tun würden,³⁰ erklärt die beträchtlichen Unterschiede bei den TVBZ nicht erschöpfend. Die Hypothese, dass Zuwanderer im gleichen Umfang wie gleichaltrige deutsche Männer Sexualtaten begehen (s. die eingangs erwähnte Hypothese 2), ist zurückzuweisen.³¹

IV. Folgerungen

Eine verhalten positive Folgerung aus den vorstehenden Auswertungen ist: Weder die Gesamtzahlen der Taten nach § 177 StGB noch die Tatverdächtigenbelastungszahlen eignen sich für Dramatisierungen. Sexualdelikte durch

Zuwanderer sind kein Massenphänomen. Auch wenn eine TVBZ für männliche Zuwanderer von 150 bis 200 deutlich über den Werten für die männliche deutsche Bevölkerung liegt, ist ins Gedächtnis zu rufen: Diese Zahlen beziehen sich auf 100.000 der jeweiligen Population. Dass im Jahr 2017 etwa 0,15 % bis 0,2 % der männlichen Zuwanderer ab 16 Jahren als Täter eines Delikts nach § 177 StGB erfasst wurden, bedeutet umgekehrt auch, dass dies bei 99,85 bis 99,8 % nicht der Fall war. Pauschalisierende, undifferenzierte Urteile über männliche Zuwanderer sind daher eindeutig unangebracht.

Aber es wäre auch nicht angemessen, das Thema als nicht weiter untersuchungswürdig einzuordnen. Die höheren Kriminalitätsbelastungszahlen deuten darauf hin, dass es bei *manchen* Männern aus der sehr heterogenen Gruppe der Zuwanderer kriminogene Faktoren gibt. Diesen Hintergründen, konkreter: der Sozialisation im herkunftsgprägten sozialen und kulturellen Umfeld und den aktuellen Lebensumständen, sollte noch mehr Aufmerksamkeit gewidmet werden.³² Eine plausible Hypothese ist, dass Faktoren, die den Rückgang von Jugenddelinquenz in Deutschland erklären (höhere Schulabschlüsse, weniger Gewalt in der Erziehung, mehr Zuwendung und positive Erziehungsstile, Gewaltmissbilligung in der peer group),³³ in der *umgekehrten* Form (niedriges Bildungsniveau, Gewalterfahrung, Gewaltakzeptanz und Machokultur im Umfeld³⁴) ebenfalls Erklärungskraft haben. Was die aktuellen Lebensumstände betrifft, ist unter anderem der Faktor „ungesicherter Aufenthaltsstatus“ als kriminogener Umstand von Bedeutung. Eine Studie aus den Niederlanden, die zwischen unterschiedlichen Gruppen der Zuwanderer differenziert, zeigt einen klaren Zusammenhang zwischen Aufenthaltsstatus und Kriminalitätsbelastung: Personen, deren Asylantrag abgelehnt worden ist, begehen nicht nur mehr an instrumentell erklärbaren, d.h. Einkommen generierenden Eigentums- und Drogenhandelsdelikten, sondern auch mehr durch Stress und Frustrationen beförderte Gewaltdelikte.³⁵

Für die kriminologische Forschung bleibt die Aufgabe, im Einzelnen die verschiedenen Umstände zu beleuchten, die (evtl. auch im Unterschied zu anderen Delikten) Sexualdelikte begünstigen, wobei insbesondere zu untersuchen ist, welche Rolle tradierte Einstellungen gegenüber Frauen spielen. Zu vermuten ist, dass die in der PKS verwendete Unterscheidung zwischen „nichtdeutsch“ und „Zuwanderer“ für kriminologische Erklärungen nur be-

²⁸ Errechnet auf der Basis einer geschätzten Gruppengröße in 2017 zwischen 1.500.000 und 2.000.000, davon 2/3 männlich, abzüglich 18,5 % männliche Kinder unter 11 Jahren (Fn. 25).

²⁹ Errechnet auf der Basis einer geschätzten Gruppengröße in 2017 zwischen 1.500.000 und 2.000.000, davon 2/3 männlich, abzüglich 25,4 % männliche Kinder unter 16 Jahren (Anhaltspunkt für den Anteil der Kinder und 14- bis 15-jährigen Jugendlichen: die Zahlen für männliche Asylbewerber 2016, s. Fn. 23).

³⁰ Pfeiffer/Baier/Kliem (Fn. 7), S. 76, betonen (auf der Basis von Schülerbefragungen) die Abhängigkeit des Anzeigeverhaltens von der ethnischen Zugehörigkeit des Täters. Unterschiede in den TVBZ in der hier ermittelten Höhe können aber nicht in plausibler Weise ganz oder überwiegend auf Unterschiede bei den Anzeigen zurückgeführt werden.

³¹ S. zur höheren Kriminalitätsbelastung bei Sexualdelikten für Männer aus Afghanistan, Irak und Iran Glaubitz/Bliesener (Fn. 14), S. 78 f., sowie dazu, dass Alter und Geschlecht nicht alles *restlos* erklärende Faktoren sind, Walburg, Migration und Kriminalität – Erfahrungen und neue Entwicklungen, in: Bundeszentrale für politische Bildung (im Erscheinen).

³² S. zum (begrenzten) Forschungsstand in Deutschland, der sich zudem nicht auf Sexualdelinquenz bezieht, Glaubitz/Bliesener (Fn. 14), S. 28 ff., und zur größeren Bedeutung von sozialen gegenüber kulturellen Faktoren Hällsten/Szulkin/Sarnecki, British Journal of Criminology 53 (2013), 456 ff.

³³ Pfeiffer/Baier/Kliem (Fn. 7), S. 54.

³⁴ S. zur Akzeptanz gewaltlegitimierender Männlichkeitsnormen Pfeiffer/Baier/Kliem (Fn. 7), S. 74.

³⁵ Leerkes u.a., Crime, Law and Social Change 69 (2018), 41 ff.

dingt aufschlussreich ist. Nicht nur individualpsychologische, sondern auch manche sozial und kulturell kriminogenen Faktoren dürften quer zu dieser Kategorienbildung liegen. Dass der junge Mann aus Afghanistan, der in Freiburg missbrauchte und tötete, in die PKS-Kategorie „Zuwanderer“ fiel, der rumänische Täter eines Sexualmords in der Nachbargemeinde dagegen nicht, ist vielleicht wenig bedeutsam – die beiden Männer dürften nach Einstellung und Lebenssituation mehr miteinander gemeinsam haben als mit beliebigen anderen Männern aus den Gruppen „Asylbewerber“ oder „in Deutschland arbeitende EU-Bürger“.

Der genauere Blick ist ebenso für die Kategorie „deutsche Staatsangehörigkeit“ zu empfehlen. Zum einen ist die Zahl der Personen „mit Migrationshintergrund“ hoch (für

2016: 18,6 Millionen).³⁶ Zum anderen gibt es innerhalb der Gruppe „deutsche Staatsangehörigkeit ohne Migrationshintergrund“ nicht nur einzelne Personen, sondern auch Gruppen mit verfestigten instrumentellen Einstellungen und grob empathie- und rücksichtslosem Verhalten gegenüber Frauen, s. die Informationen über die Angeklagten im gegenwärtig am Landgericht Essen geführten Prozess wegen Gruppenvergewaltigungen.³⁷ Insgesamt ist festzuhalten, dass nicht nur für die kriminologische Forschung, sondern auch für gesellschafts- und migrationspolitische Debatten der Weg zwischen Dramatisierung und Dämonisierung von Gruppen einerseits und Verharmlosung und Verdrängung der negativen Begleiterscheinungen von Einwanderung andererseits gesucht werden sollte.

³⁶ S. die Homepage des Statistischen Bundesamts, Rubrik „Gesellschaft & Staat – Bevölkerung – Migration & Integration“, <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Bevoelkerung/MigrationIntegration/MigrationIntegration.html>.

³⁷ Über Jahre zurückliegende Verfahren wegen Sexualdelikten gegen andere Angehörige der Familienverbände, der auch einige der gegenwärtig Angeklagten angehören, berichtete die WAZ, s. *Stefan Wette*, WAZ online v. 13.7.2018.

Organisierte Kriminalität als kriminelle Vereinigung – Eine kritische Auseinandersetzung mit der Reform des § 129 StGB

von Ass. iur. Nicole Selzer*

Abstract

Nachdem gegen Deutschland bereits ein Vertragsverletzungsverfahren mangels vollständiger Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2008/841/JI des Rates vom 24.10.2008 eingeleitet wurde, ist mit dem 54. Gesetz zur Änderung des Strafrechts vom 21.7.2017 nunmehr eine Legaldefinition der Vereinigung in § 129 Abs. 2 StGB aufgenommen worden. Obwohl Ziel des Rahmenbeschlusses der Kampf gegen grenzüberschreitende Organisierte Kriminalität ist, erscheint diskussionswürdig, ob dieses Ziel auch bei der Umsetzung in deutsches Recht verfolgt wurde. Die bisherigen Anforderungen, dass eine Vereinigung ein organisatorisches und voluntatives Element aufweisen muss, scheinen zwar auf den ersten Blick überwunden. Auch werden künftig Mafia-Gruppierungen erfasst. Die Anwendung der Norm auf die in Deutschland weitaus häufiger vorkommenden loseren Verbindungen scheint dagegen ungewiss. Ein besonderes Problem stellt dabei die Überschneidung mit dem Begriff der „Bande“ dar, die durch die Umsetzung des Rahmenbeschlusses verschärft wurde.

I. Wie alles begann

Der Wortlaut „kriminelle Vereinigung“ lässt vermuten, dass durch die Norm vorwiegend Gruppierungen der Organisierten Kriminalität adressiert werden. Tatsächlich konnten derartige Gruppierungen bislang aber kaum unter den Anwendungsbereich der kriminellen Vereinigung gem. § 129 StGB gefasst werden.¹ Dies lässt sich nur anhand der historischen Entwicklung der Norm erklären.²

Die von der Rechtsprechung geprägte Definition der Vereinigung lautet: „Eine Vereinigung im Sinne des § 129 Abs. 1 StGB [ist] ein auf Dauer angelegter organisatorischer Zusammenschluß von mindestens drei Personen, die

bei Unterordnung des Willens des Einzelnen unter den Willen der Gesamtheit gemeinsame kriminelle Ziele verfolgen und unter sich derart in Beziehung stehen, daß sie sich untereinander als einheitlicher Verband fühlen [...]“³

Die Definition weist vier Merkmale auf: Das personelle Element verlangt einen Zusammenschluss von mindestens drei Personen. Dieser Zusammenschluss muss auf eine gewisse Dauer angelegt sein – zeitliches Element.⁴ Das voluntative Element wird charakterisiert durch: die Verfolgung gemeinsamer krimineller Ziele, die Unterordnung des Einzelnen unter den Willen der Gesamtheit und das Verständnis als einheitlicher Verband („Gruppen-Identität“).⁵ Das organisatorische Element zeichnet sich dagegen durch verbindliche Regeln über die Willensbildung aus und verlangt ein Mindestmaß an fester Organisation mit gegenseitiger Verpflichtung der Mitglieder.⁶

Bislang scheiterten Verurteilungen von Gruppierungen der Organisierten Kriminalität – seien es Mafiastrukturen oder netzwerkartige Zusammenschlüsse – nach § 129 StGB vor allem an den Voraussetzungen des voluntativen und organisatorischen Elements. Gerade hierarchisch strukturierte Organisationen, wie bspw. Mafia-Gruppierungen⁷ und Rockergruppen⁸, die durch einen autoritären Anführerwillen geprägt sind, bei denen sich der Einzelne statt einem in der Gruppe entwickelten Willen dem Führungswillen unterordnet, konnten nach der Rechtsprechung nicht unter § 129 StGB gefasst werden.⁹ Die spezifische Gefährlichkeit solcher von § 129 StGB erfassten Gruppierungen zeichnet sich durch die in der Gruppe innewohnende Eigendynamik aus, die durch eine autoritäre Führung unterbunden werde.¹⁰ Zudem führen einseitige Befehlswege und strikt getrennte Informationsbereiche dazu, dass keine „Gruppen-Identität“ aufgebaut werden kann.¹¹ Andererseits genügt auch der Zusammenschluss mehrerer mit dem Willen, gemeinsam Straftaten zu verüben, nicht, wenn der Wille des Einzelnen maßgeblich

* Die Verfasserin ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Strafrecht und Kriminologie von Prof. Dr. Kai-D. Bussmann an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

¹ Bei den Entscheidungen *Holtz*, MDR 1980, 984 (988); *BGH*, NStZ 1981, 303; *BGHSt* 57, 14; *BayObLG*, StV 1998, 265 lagen die Tatbestandsvoraussetzungen des § 129 StGB vor, bei der letztgenannten erfolgte mangels erheblicher Gefahr für die öffentliche Sicherheit allerdings keine Verurteilung; dagegen wurde die Einschlägigkeit der Norm in den folgenden Fällen verneint: *Holtz*, MDR 1977, 281 (282); *BGH*, NStZ 1982, 68; *BGHSt* 31, 202 (205); *BGH*, StV 1999, 424; *BGH*, Beschl. v. 8.8.2006 - 5 StR 273/06, Rn. 2-, juris.

² *Kinzig*, Die rechtliche Bewältigung von Erscheinungsformen organisierter Kriminalität, 2004, S. 164.

³ *BGHSt* 31, 202 (204f.); *BGH*, Beschl. v. 22.4.2003 - 3 StB 3/03-, juris.

⁴ *Schäfer*, in: MüKo-StGB, Bd 3, 3. Aufl. (2017), § 129 Rn. 14 ff.; *Maletz*, Kriminalistik 2010, 428 (430).

⁵ *BGHSt* 31, 202 (206 f.); *BGH*, NJW 2010, 1979 (1982) m.w.N.

⁶ *BGHSt* 31, 202 (206); *Maletz*, Kriminalistik 2010, 428 (430).

⁷ *Ostendorf*, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 129 Rn. 8, 12.

⁸ Vgl. *Nickel*, Kriminalistik 2015, 145.

⁹ *BGHSt* 31, 202 (205); *BGH*, StV 1991, 14; *BGH*, NJW 1992, 1518; *BGH*, StV 1999, 424; *BGH*, Beschl. v. 8.8.2006 - 5 StR 273/06, Rn. 2-, juris; *Schäfer*, in: MüKo-StGB, § 129 Rn. 23; *Fischer*, StGB, 64. Aufl. (2017), § 129 Rn. 8.; *Sieber/Bögel*, Logistik der Organisierten Kriminalität, 1993, S. 358 f.; so auch die Bundesregierung, vgl. BT-Drs. 16/12346, S. 7; BT-Drs. 18/11275, S. 7.

¹⁰ *BGHSt* 31, 202 (205); *BGH*, NJW 1992, 1518.

¹¹ *Kress*, JA 2005, 220 (224); *Fischer*, § 129 Rn. 8.

bleibt.¹² So ließen sich die in Deutschland häufiger vorkommenden netzwerkartigen Zusammenschlüsse¹³ kaum unter § 129 StGB fassen.¹⁴ Neben dem voluntativen Element scheitern derartige Gruppierungen aber auch am Grad der Organisation. Nur wenige der Organisierten Kriminalität zurechenbare Gruppierungen erfüllten bislang die Voraussetzungen des § 129 StGB.¹⁵ Als Anknüpfungstat für strafprozessuale Maßnahmen bei der Verfolgung der Organisierten Kriminalität spielte § 129 StGB dagegen eine größere Rolle.¹⁶

Abhilfe sah der Rahmenbeschluss 2008/841/JI des Rates der Europäischen Union vor, der am 11.11.2008 mit dem Ziel der Verbesserung der gemeinsamen Fähigkeiten der Europäischen Union im Kampf gegen grenzüberschreitende Organisierte Kriminalität in Kraft getreten ist.¹⁷ Mit einer Angleichung des materiellen Strafrechts in den Mitgliedstaaten sollte sowohl die gegenseitige Anerkennung von Urteilen und anderen gerichtlichen Entscheidungen als auch die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit erleichtert werden.¹⁸ Zur Vereinheitlichung sah der Rahmenbeschluss Begriffsbestimmungen für die kriminelle Vereinigung und den organisierten Zusammenschluss vor. Nach Art. 1 Nr. 1 des Rahmenbeschlusses ist eine „kriminelle Vereinigung“ „ein auf längere Dauer angelegter organisierter Zusammenschluss von mehr als zwei Personen, die, um sich unmittelbar oder mittelbar einen finanziellen oder sonstigen materiellen Vorteil zu verschaffen, in Verabredung handeln, um Straftaten zu begehen, die mit einer Freiheitsstrafe oder einer freiheitsentziehenden Maßregel der Besserung und Sicherung im Höchstmaß von mindestens vier Jahren oder einer schwereren Strafe bedroht sind.“¹⁹ Ein „organisierter Zusammenschluss“ wird gem. Art. 1 Nr. 2 des Rahmenbeschlusses angenommen, wenn dieser nicht zufällig zur unmittelbaren Begehung eines Verbrechens gebildet wird und der auch nicht notwendigerweise förmlich festgelegte Rollen für seine Mitglieder, eine kontinuierliche Mitgliedschaft oder eine ausgeprägte Organisationsstruktur hat.²⁰

Durch dieses Begriffsverständnis würden die Probleme um das organisatorische und voluntative Element der Definition der Rechtsprechung entschärft und der Anwendungsbereich auf Gruppierungen der Organisierten Kriminalität erweitert.²¹ Auch bedarf es nach diesem Begriffsverständnis „keiner Unterordnung des Einzelwillens unter den Willen der Gesamtheit“ oder einer Gruppenidentität, also eines „Verständnisses als einheitlicher

Verband“,²² sodass hierarchische Gruppierungen erfasst sind. Aber auch netzwerkartige Zusammenschlüsse wären nach diesem Begriffsverständnis umfasst, da es auf eine „kontinuierliche Mitgliedschaft“ nicht mehr ankommt. Allerdings könnte diesbezüglich die Dauer des Zusammenschlusses²³ bzw. die Nachweisbarkeit kritisch sein. Maßgeblich ist die Ausgestaltung des Netzwerkes.

Der Rahmenbeschluss 2008/841/JI wurde jedoch nicht vollständig umgesetzt. Zwar verpflichtet der Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit aus Art. 4 Abs. 3 des Vertrages über die Europäische Union (EUV) die Union und die Mitgliedstaaten, sich gegenseitig bei der Erfüllung der Aufgaben, die sich aus den Verträgen ergeben, zu unterstützen. Hierzu zählt insbesondere neben der einheitlichen Anwendung des EU-Rechts gerade auch die europarechtskonforme Auslegung von Richtlinien und Rahmenbeschlüssen durch die nationalen Strafgerichte.²⁴ Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 3.12.2009 allerdings eine rahmenbeschlusskonforme Auslegung des Merkmals „Vereinigung“ abgelehnt und den Gesetzgeber zur Handlung ermahnt.²⁵ Nach Ansicht des BGH sei eine richterliche Rechtsfortbildung i.S.e. „europarechtsfreundlichen“ Modifikation des Begriffsverständnisses der „Vereinigung“ nicht möglich.²⁶ Als Begründung führte der BGH aus, dass eine entsprechende Umsetzung „zu einem unauflösbaren Widerspruch zu wesentlichen Grundgedanken des Systems der Strafbarkeit mehrerer zusammenwirkender Personen führen [würde], auf dem das deutsche materielle Strafrecht beruht“.²⁷ Das Begriffsverständnis des Rates der EU unterscheide sich nur unwesentlich vom deutschen Begriffsverständnis der Bande.²⁸ Nach deutschem Recht grenze sich die kriminelle Vereinigung von der Bande durch einen besonderen Gefährlichkeitsgrad ab, der sich gerade in der Organisationsstruktur und in einem verbindlichen Gesamtwillen niederschlägt.²⁹ Nach der Rechtsprechung des BGH birgt allein die kriminelle Vereinigung „kraft der ihr innewohnenden Eigendynamik eine erhöhte Gefährlichkeit für wichtige Rechtsgüter in der Gemeinschaft“.³⁰ Im Vergleich zur Bande wird ein Mehr an personeller Geschlossenheit und an instrumenteller Vorplanung gefordert.³¹ Auch ist nach deutschem Recht die Mitgliedschaft in einer Bande ein strafscharfendes Merkmal, während sie in der kriminellen Vereinigung

¹² BGH, Beschl. v. 8.8.2006 - 5 StR 273/06, Rn. 5-, juris.

¹³ Vgl. Weschke, Kriminalistik 1986, 297; Rebscher/Vahlenkamp, Organisierte Kriminalität in der Bundesrepublik Deutschland, 1988, S. 10, 181; Weschke/Heine-Heiß, S. 29; Dörmann/Koch/Risch/Vahlenkamp, S. 18, 26; Wittkämper/Krevert/Kohl, Europa und die innere Sicherheit, 1996, S. 169 – allerdings nur hinsichtlich deutsch geprägter Gruppierungen; Maletz, Kriminalistik 2010, 428 (431); De Maizièrè, Rede vom 19.11.2014, www.bmi.bund.de/Shared-Docs/reden/DE/2014/11/bka-herbsttagung-2014.html (zuletzt abgerufen am 15.6.2018).

¹⁴ Dessecker, NStZ 2009, 184 (187 f.).

¹⁵ Fischer, § 129 Rn. 8; Kinzig, S. 169; BT-Drs. 18/11275 S. 7.

¹⁶ Kinzig, S. 169 f.; Fischer, § 129 Rn. 4; Ostendorf, in: NK-StGB, § 129 Rn. 6.

¹⁷ Abl. EU 2008 Nr. L 300, S. 42.

¹⁸ Maletz, Kriminalistik 2010, 428 (432 f.).

¹⁹ Abl. EU 2008 Nr. L 300, S. 42 (43).

²⁰ A.a.O.

²¹ Vgl. Heintschel-Heinegg, in: BeckOK-StGB, 36. Aufl. (2017), § 129 Rn. 4.

²² Maletz, Kriminalistik 2010, 428 (433); Zöller, JZ 2010, 908 (910).

²³ Vgl. bspw. Computer- und Internetkriminalität, Kochheim, Cybercrime und Strafrecht in der Informations- und Kommunikationstechnik, 2015, Teil 2, Rn. 1306.

²⁴ Tiefergehend: Zöller, KriPoZ 2017, 26 (29).

²⁵ BGHSt 54, 216 (224).

²⁶ A.a.O., S. 223.

²⁷ A.a.O.; Schäfer, in: MüKO-StGB, § 129 Rn. 36.

²⁸ A.a.O.

²⁹ A.a.O., S. 224; Martin, JuS 2001, 925 (926).

³⁰ BGHSt 31, 202 (207); BGH, NJW 1992, 1518.

³¹ Grässle-Münscher, Der Tatbestand der kriminellen Vereinigung (§ 129 StGB) aus historischer und systematischer Sicht, 1982, S. 69 ff.

ein strafbegründendes Merkmal darstelle und damit strafbar ist.³² Würde auf dieses Kriterium bei der kriminellen Vereinigung verzichtet werden, ließe sich die Bande begrifflich kaum noch von der kriminellen Vereinigung unterscheiden.³³

Folglich war der Gesetzgeber gefragt, der jedoch keinen Anpassungsbedarf sah³⁴ und die Umsetzungsfrist, die am 11.5.2010 endete, verstreichen ließ. Auch die Übergangsfrist von fünf Jahren, in der kein Vertragsverletzungsverfahren i.S.d. Art. 258 Abs. 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) angestrengt werden darf, die sich aus Art. 10 Abs. 1 des Protokolls (Nr. 36) über die Übergangsbestimmungen zum Vertrag von Lissabon ergibt, verstrich ergebnislos am 1.12.2014. In der Folge wurde ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland eingeleitet.³⁵

II. Wandel?

Seit Juli 2017 findet sich nun eine Legaldefinition der „Vereinigung“ in § 129 Abs. 2 StGB, wodurch die Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2008/841/JI des Rates vom 24.10.2008 zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität abgeschlossen ist.³⁶

Unter Vereinigung wird nun, *„ein auf längere Dauer angelegter, von einer Festlegung von Rollen der Mitglieder, der Kontinuität der Mitgliedschaft und der Ausprägung der Struktur unabhängiger organisierter Zusammenschluss von mehr als zwei Personen zur Verfolgung eines übergeordneten gemeinsamen Interesses“* verstanden (§ 129 Abs. 2 StGB). Zudem bestimmt § 129 Abs. 1 StGB den Anwendungsbereich, indem der Zweck oder die Tätigkeit der Vereinigung auf die Begehung von Straftaten gerichtet sein muss, die im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren bedroht sind.

Bei einem Vergleich der Definition im Rahmenbeschluss mit der Legaldefinition in § 129 StGB fallen vier Unterschiede auf:

1. Das Motiv des Zusammenschlusses, dass die Mitglieder *„in Verabredung handeln, sich unmittelbar oder mittelbar einen finanziellen oder sonstigen materiellen Vorteil zu verschaffen“*, fehlt.
2. Dafür findet sich in der deutschen Legaldefinition der Zusatz: *„zur Verfolgung eines übergeordneten gemeinsamen Interesses“*.
3. In der deutschen Übersetzung der europäischen Begriffsbestimmung zum organisierten Zusammenschluss (Art. 1 Nr. 2 des Rahmenbeschlusses) wird die *„Begehung eines Verbrechens“* genannt. In der deutschen Legaldefinition findet sich stattdessen die Formulierung *„Straftat“* (§ 129 Abs. 1 StGB).

4. Abschließend unterscheidet sich das deutsche Begriffsverständnis hinsichtlich der Schwere der Tat: Mit einer Freiheitsstrafe im Höchstmaß von zwei Jahren ist die Strafandrohung deutlich niedriger angesetzt.

Hinsichtlich der ersten beiden Punkte findet sich in Erwägungsgrund vier des Rahmenbeschlusses der Hinweis, dass das Recht der Mitgliedstaaten unberührt bleibt, auch andere Gruppierungen, deren Ziel nicht in der Erlangung eines finanziellen Vorteils besteht, als kriminelle Vereinigung einzustufen.³⁷ Die Formulierung *„zur Verfolgung eines übergeordneten gemeinsamen Interesses“* bringt dies zum Ausdruck³⁸ und ermöglicht auch weiterhin die Erfassung von Gruppierungen, die auf die Begehung politisch, ideologisch, religiös oder weltanschaulich motivierter Kriminalität gerichtet sind. Zudem bezieht sich die Legaldefinition der Vereinigung nicht einzig auf die *„kriminelle Vereinigung“*, sondern auch auf die *„terroristische Vereinigung“* (§ 129a StGB), insoweit bedurfte es einer offeneren Formulierung.

Die Voraussetzung der *„Begehung eines Verbrechens“* (Punkt 3) legt die Vermutung eines Übersetzungsfehlers nahe.³⁹ Die englische Fassung spricht sowohl in Art. 1 Nr. 1 als auch Nr. 2 des Rahmenbeschlusses von *„offence“*, womit der Oberbegriff *„Straftat“* und nicht *„Verbrechen“* i.S.d. § 12 Abs. 1 StGB gemeint sein dürfte. Bezüglich der Schwere der Tat (Punkt 4) sieht der Rahmenbeschluss keine weiteren Angaben vor. Das deutsche Strafrecht kennt zwar kein Höchstmaß von vier Jahren Freiheitsstrafe, sehr wohl aber drei und fünf Jahre. Dem Report der Europäischen Kommission zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2008/841/JI vom 7.7.2016 zufolge variiert die Umsetzung in den Mitgliedsstaaten in diesem Punkt erheblich. So ist der Anwendungsbereich in manchen Ländern hinsichtlich aller Straftatbestände eröffnet, während andere Länder eine Straftat, die im Höchstmaß mit einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren bedroht ist, voraussetzen.⁴⁰ Der deutsche Gesetzgeber hat sich für zwei Jahre entschieden.

Die aufgeführten Änderungen durch den Deutschen Gesetzgeber setzen ebenfalls die Anforderungen hinsichtlich des voluntativen und organisatorischen Elements herab, sodass scheinbar Gruppierungen der Organisierten Kriminalität unabhängig von der Ausprägung der Organisationsstruktur dem Anwendungsbereich des § 129 StGB unterfallen. So betonte *Thomas de Maizière* in seiner Rede anlässlich der Antimafia-Konferenz des Vereins *„Mafia? Nein, Danke!“*, dass nun auch die bloße Mitgliedschaft in einer Mafiagruppierung strafbar und dieser Missstand behoben sei.⁴¹

³² BGHSt 54, 216 (224).

³³ A. a. O., S. 223 f.

³⁴ BT-Drs. 16/12346, S. 7 f., BT-Drs. 18/175, S. 2.

³⁵ BT-Drs. 18/11275, S. 8.

³⁶ BGBl. 2017 I, S. 2440.

³⁷ Vgl. Abl. EU 2008 Nr. L 300, S. 42.

³⁸ *Zöller*, KriPoZ 2017, 26 (32 f.) kritisiert zu Recht, dass dieser Erwägungsgrund in der Gesetzesbegründung keinen Niederschlag gefunden und stattdessen unnötig mit der Einschränkung der Wohnraumüberwachung argumentiert wurde.

³⁹ Vgl. *Zöller*, KriPoZ 2017, 26 (28).

⁴⁰ COM(2016) 448 final, S. 4.

⁴¹ *S. de Maizière*, Rede vom 12.7.2017, www.bmi.bund.de/SharedDocs/reden/DE/2017/07/rede-antimafia.html (zuletzt abgerufen am 22.6.2018).

III. Oder doch Stillstand?

Der Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz vom 28.6.2016 sah das tatbestandliche Erfordernis vor, dass der Zweck oder die Tätigkeit der Vereinigung auf die Begehung von Straftaten gerichtet sein müssen, die im *Höchstmaß mit Freiheitsstrafe von mindestens fünf Jahren* bedroht sind.⁴² Die Stellungnahme des Deutschen Richterbunds vom Juli 2016 hat allerdings zu einem Umdenken geführt. Verbliebe die Freiheitsstrafe im Höchstmaß bei fünf Jahren, würden rechtsextremistische Zusammenschlüsse, die die Verbreitung oder das Öffentlichen machen volksverhetzender Schriften planen (§ 130 Abs. 2 StGB), künftig nicht mehr vom Anwendungsbereich des § 129 StGB umfasst sein, da § 130 Abs. 2 StGB im Höchstmaß mit drei Jahren Freiheitsstrafe bedroht ist.⁴³

Unter Berücksichtigung, dass es bei der Umsetzung des Rahmenbeschlusses um die Bekämpfung der Organisierten Kriminalität geht, hätte man auch mit Beispielen trumpfen können, die entfernt die Organisierte Kriminalität berühren, bspw. die Ausbeutung von Prostituierten (§ 180a StGB), die Verbreitung gewalt- und tierpornographischer Schriften (§ 184a StGB) sowie das Ausspähen von Daten (§ 202a StGB) und Datenhehlerei (§ 202d StGB).⁴⁴ Insbesondere der letztgenannte Deliktsbereich der Computer- und Internetkriminalität dürfte von gesteigertem Interesse sein, beachtet man die zunehmende Berichterstattung über die Gefahren durch Organisierte Internetkriminalität.⁴⁵ Hinzu kommt, dass diese Delikte das erhöhte Unrecht durch banden- oder gewerbsmäßige Begehung nicht abfangen.

Zwar richtet sich der Regelungsgehalt des § 129 StGB sowohl gegen *politisch, ideologisch, religiös oder weltanschaulich motivierte Kriminalität*, soweit § 129a StGB

nicht einschlägig ist, als auch gegen rein *wirtschaftlich motivierte Kriminalität*.⁴⁶ Ein Rückblick auf die Historie⁴⁷ der kriminellen Vereinigung zeigt jedoch, dass § 129 StGB weit überwiegend auf politisch motivierte kriminelle Vereinigungen Anwendung fand⁴⁸ und damit gerade nicht auf Gruppierungen der Organisierten Kriminalität. Das preußische Strafgesetzbuch von 1851 sah bereits die „*staatsfeindliche Verbindung*“ vor, die in das von 1871 bis 1945 geltende Reichsstrafgesetzbuch übernommen und in § 129 RStGB verankert wurde.⁴⁹ Aufgrund der sog. Sozialistengesetze gerieten im Deutschen Kaiserreich vor allem Funktionäre der SPD in den Fokus.⁵⁰ In der Weimarer Republik wurden dagegen vorwiegend Verfahren nach § 129 RStGB gegen die KPD in ihrer Gesamtheit geführt.⁵¹ Auch in den 50er-Jahren, als § 129 StGB die Bezeichnung „*Bildung krimineller Vereinigungen*“ erhielt,⁵² richteten sich Verfahren gegen die KPD.⁵³ In den sich anschließenden Jahren fand § 129 StGB vor allem dann Anwendung, wenn die Gruppierung nicht unter die terroristische Vereinigung gem. § 129a StGB subsumiert werden konnte, so bspw. die PKK.⁵⁴ Seit den 1990er-Jahren stehen rechtsextremistische Gruppierungen im Fokus.⁵⁵ Wie häufig Gruppierungen, die der Organisierten Kriminalität zuzurechnen sind, tatsächlich nach § 129 StGB verurteilt werden, lässt sich kaum ermitteln.⁵⁶ Der Strafverfolgungsstatistik zufolge spielt § 129 StGB insgesamt kaum eine Rolle.⁵⁷ Berücksichtigt man die auf „Vereine“ und „parteiähnliche Organisationen“ abstellende Rechtsprechung, dürften Verurteilungen politisch motivierter Gruppierungen weiterhin deutlich überwiegen und Verurteilungen im Bereich der Organisierten Kriminalität Einzelfälle darstellen.⁵⁸ Unter Berücksichtigung des Vorgenannten, erscheint die Anknüpfung an § 129 StGB als strafprozessualer Eingriffsbefugnisse zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität paradox. Bereits *Sieber* und *Bögel* hielten „*diese meist in Widerspruch zur Rechtsprechung des Bun-*

⁴² Referentenentwurf vom 28.6.2016, abrufbar unter: www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Rahmenbeschluss_Bekämpfung_organisierte_Kriminalitaet.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (zuletzt aufgerufen am 22.6.2018).

⁴³ Vgl. Stellungnahme Deutscher Richterbund vom 1.7.2016, abrufbar unter: www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2017/Downloads/07012016_Stellungnahme_DRB_RefE_StGB%20%C3%84ndG%20-%20Rahmenbeschluss%20OK.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (zuletzt aufgerufen am 22.6.2018).

⁴⁴ Ebenso wie § 130 Abs. 2 StGB sind die genannten Delikte mit einer Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bedroht.

⁴⁵ *Europol*, Exploring Tomorrow's Organised Crime 2015, S. 8, 28; *Europol*, Internet Organised Crime Threat Assessment 2016, 2017; *BKA*, Bundeslagebild OK 2016, S. 10, 36; *BKA*, Bundeslagebild Cybercrime 2016, S. 9; *BSI*, Lagebericht 2014, S. 23; *BKA*, Cyber-OC – Scope and manifestations in selected EU member states 2016; *Bulanova-Hristova/Flach/Poerting*, Kriminalistik 2015, S. 3 (5); *Grabosky*, Cybercrime, 2016, S. 85 ff.; *McGuire*, Organised Crime in the Digital Age, 2012, S. 2.; *Kochheim*, Teil 1, Rn. 368 ff.; *Salomon*, MMR 2016, 575.

⁴⁶ BGHSt 54, 216 (230); *BGH*, Beschl. v. 13.9.2011 – 3 StR 262/11, Rn. 16 – juris; *Maletz*, Kriminalistik 2010, 428 (429).

⁴⁷ Siehe hierzu tiefergehend *Kinzig*, S. 164 ff. m.w.N.

⁴⁸ BGHSt 54, 216 (230); BT-Drs. 16/12154, S. 1; *Fischer*, § 129 Rn. 4; *Maletz*, Kriminalistik 2010, 428 (429); *Kinzig*, S. 163 ff.

⁴⁹ *Grässle-Münscher*, (Fn. 31), S. 32; *Bögel*, Strukturen und Systemanalyse der organisierten Kriminalität in Deutschland, 1994, S. 58; *Maletz*, Kriminalistik 2010, 428; BT-Drs. 16/12154, S. 1.

⁵⁰ RGSt 6, 215 ff.; RGSt 13, 273 (277); *Grässle-Münscher* (Fn. 31), S. 23 ff.; *Grässle-Münscher*, Kriminelle Vereinigung, 1991, S. 37.

⁵¹ *Grässle-Münscher* (Fn. 31), S. 57, 65, 75; *Felske*, Kriminelle und terroristische Vereinigungen, 2002, S. 436 ff., 443 ff.

⁵² BGBl. 1951, 739.

⁵³ BT-Drs. 16/12346, S. 1; *Grässle-Münscher* (Fn. 31), S. 96 ff.

⁵⁴ BT-Drs. 16/12154, S. 1; *BGH*, Beschl. v. 20.12.2001 – AK 21/01-, juris.

⁵⁵ *OLG Düsseldorf*, NStZ 1994, 86; BGHSt 41, 47; *BGH*, NJW 2005, 1668; *BGH*, Beschl. v. 17.12.1992 – StB 21 -25/92-, juris.

⁵⁶ Die parlamentarische Anfrage zur Anwendung des § 129 StGB gegen die Organisierte Kriminalität vom 19. März 2009 (BT-Drs. 16/12346, S. 4 f.) könnte darauf schließen lassen, dass lediglich Verfahren gegen politisch motivierte Vereinigungen geführt wurden. Aufgeschlüsselt wurden hier jedoch lediglich Verfahren vor dem OLG als erkennendes Gericht im ersten Rechtszug. Zwar ist die evokative Zuständigkeit des Generalbundesanwalts im Falle der Bildung einer kriminellen Vereinigung gegeben, § 120 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 74a Abs. 1 Nr. 4 VVG. Das Evokationsrecht findet aber grundsätzlich bei Straftaten der allgemeinen Kriminalität, zu der Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität zählen, keine Anwendung. Die Zuständigkeit des Generalbundesanwalts leitet sich von der erstinstanzlichen Zuständigkeit des Bundes ab und liegt lediglich bei Straftaten mit Staatsschutzqualität vor, Art. 96 Abs. 5 Nr. 5 GG. Vgl. *BGH*, NJW 1988, 1474; *Rebammn*, in: FS Walter Odersky, 1996, S. 465 (474); BT-Drs. 16/12346, S. 2 f.; *Schnarr*, MDR 1988, 89 (93); ausdrücklicher Ausschluss für Betäubungsmitteldelikte, vgl. BT-Drs. 8/4267 S. 44; BT-Drs. 8/4283, S. 9.

⁵⁷ Statistisches Bundesamt, Fachserie 10 (Rechtspflege), Reihe 3, Tab. 2.1, S. 26 (2015, 2016); S. 28 (2013, 2014).

⁵⁸ *Grässle-Münscher* (Fn. 31), S. 81; *Ostendorf*, in: NK-StGB, § 129 Rn. 7.

desgerichtshofs stehende Praxis [...] unter rechtstaatlichen Gesichtspunkten [als] nicht befriedigend.“⁵⁹ Nach *Brisach* und *Maletz-Gaal* sei es mit der Neufassung des § 129 StGB nun theoretisch leichter möglich, umfangreiche Ermittlungs- und Strukturverfahren gegen Gruppierungen der Organisierten Kriminalität zu führen.⁶⁰ Dies betont wiederum die strafprozessuale Rolle des § 129 StGB.⁶¹ Immerhin wird künftig die Norm auch im Bundeslagebild OK aufgeführt, die erste Auswertung ist für das Berichtsjahr 2018 geplant.⁶²

Auch wenn über die Auswahl der Delikte, Ausbeutung von Prostituierten (§ 180a StGB); Verbreitung gewalt- und tierpornographischer Schriften (§ 184a StGB) sowie Ausspähen von Daten (§ 202a StGB) und Datenhehlerei (§ 202d StGB) diskutiert werden kann, zeigt der Verweis einzig auf die Verbreitung oder das Öffentlichmachen volksverhetzender Schriften (§ 130 Abs. 2 StGB) den vorherrschenden Anwendungsfokus des § 129 StGB. Dies wird im Rahmen der Gesetzesbegründung durch Formulierungen verstärkt, wie „Auch Tätergruppierungen aus dem Bereich der Organisierten Kriminalität können unter den Begriff der kriminellen Vereinigung fallen.“⁶³ Zudem bekräftigt die Erörterung des „übergeordnete gemeinsamen Interesses“ zunächst bei den politisch motivierten Gruppierungen dieses Verständnis.⁶⁴

IV. Neue Anwendungsprobleme

Der Gesetzgeber ist der Stellungnahme des Deutschen Richterbundes gefolgt und sogar darüber hinausgegangen. Der Deutsche Richterbund forderte eine Herabsetzung auf Straftaten, die im Höchstmaß mit einer Freiheitsstrafe von drei Jahren bedroht sind, gesetzlich verankert wurden hingegen Straftaten, die im Höchstmaß eine Freiheitsstrafe von zwei Jahren vorsehen. Positiv hervorzuheben ist, dass so auch weitere Computer- und Internetdelikte⁶⁵ erfasst werden. Kritisch anzumerken ist jedoch die mit den Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Bande und krimineller Vereinigung verbundene ausufernde Vorverlagerung der Strafbarkeit.

Der Gesetzesbegründung entnehmend, „[unterscheidet sich] die Vereinigung [...] von der Bande durch eine – möglicherweise nur rudimentäre – Organisationsstruktur und [der] Verfolgung eines übergeordneten gemeinsamen Interesses.“⁶⁶ Diejenigen Delikte, die eine Strafschärfung für die bandenmäßige Begehung vorsehen, betreffen weit

überwiegend Delikte, die auf einen finanziellen oder materiellen Vorteil gerichtet sind. Zwar wurden Bandendelikte ursprünglich nicht mit dem Ziel der Bekämpfung von Organisierter Kriminalität eingeführt. Dies änderte sich jedoch mit dem Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität vom 15.7.1992⁶⁷ und den Folgegesetzen. Das übergeordnete gemeinsame Interesse einer Bande, auch wenn ein solches nicht gefordert wird,⁶⁸ dürfte in der Erlangung unmittelbarer oder mittelbarer finanzieller oder sonstiger materieller Vorteile zu sehen sein. Das liegt an der Natur der Delikte. *Martin* verweist auf eine 2006 ergangene Entscheidung gegen Zigaretten-schmuggler⁶⁹ und führt aus, dass auch nach der Reform des Vereinigungsbegriffs die kriminelle Vereinigung nach der Gesetzesbegründung in derartigen Fällen zu verneinen, aber die Positionierung der Rechtsprechung abzuwarten sei.⁷⁰ Ursächlich hierfür sei der Mangel an einem „übergeordneten gemeinsamen Ziel“,⁷¹ denn dieses Weise nur die kriminelle Vereinigung, nicht aber die Bande auf.⁷² Seitens der Kriminologie⁷³ als auch seitens der Strafverfolgungsbehörden⁷⁴ zählt der Schmuggel und Absatz unverteuerter Zigaretten jedoch zum Phänomenbereich der Organisierten Kriminalität, der überwiegend von hierarchischen Gruppierungen betrieben wird. Es wäre also erstaunlich, wenn derartige Gruppierungen künftig nicht umfasst wären. Verfehlt wäre es jedenfalls, ein über die finanzielle Motivation hinausgehendes übergeordnetes Interesse zu verlangen. Lediglich bei mafiösen Gruppierungen könnte ein solches durch Machtstreben angenommen werden. Zwar leben nach Erkenntnissen des BKA in Deutschland ca. 570 Mafia-Angehörige,⁷⁵ die OK-Landschaft in Deutschland wird aber vorrangig von Netzwerkstrukturen geprägt.⁷⁶ Das heißt, ein solches Verständnis würde den Anwendungsbereich des § 129 StGB im Rahmen der Verfolgung der Organisierten Kriminalität erheblich begrenzen. Eine Beschränkung auf Mafiastrukturen sah der Rahmenbeschluss aber gerade nicht vor. So wurde auf eine kontinuierliche Mitgliedschaft und eine ausgeprägte Organisationsstruktur verzichtet und dies vom Gesetzgeber auch übernommen.

Die – möglicherweise nur rudimentäre – Organisationsstruktur ist der zweite Anknüpfungspunkt, um die kriminelle Vereinigung von Banden zu unterscheiden. Es ist jedoch zu bezweifeln, dass Banden völlig unorganisiert

⁵⁹ Bereits *Sieber/Bögel*, Logistik der Organisierten Kriminalität, 1993, S. 359.

⁶⁰ *Brisach/Maletz-Gaal*, Kriminalistik 2018, 300 (303).

⁶¹ Vgl. *Heintschel-Heinegg*, in: BeckOK-StGB, § 129 Rn. 3; *Fischer*, § 129 Rn. 4; *Ostendorf*, in: NK-StGB, § 129 Rn. 6; aber Kritik von *Schäfer*, in: MüKo-StGB, § 129 Rn. 6 – § 129 werde nicht nur für das Ermittlungsverfahren ausgenutzt.

⁶² *Brisach/Maletz-Gaal*, Kriminalistik 2018, 300 (303).

⁶³ BT-Drs. 18/11275, S. 11.

⁶⁴ A.a.O.

⁶⁵ Bspw. §§ 202b, 202c StGB.

⁶⁶ BT-Drs. 18/11275, S. 11.

⁶⁷ BGBl. 1992 I, S. 1302; BT-Drs. 12/989.

⁶⁸ BGHSt 46, 321.

⁶⁹ BGH, Beschl. v. 8.8.2006 - 5 StR 273/06, Rn. 2-, juris.

⁷⁰ *Martin*, Kriminalistik 2018, 269 (271).

⁷¹ A.a.O.

⁷² BT-Drs. 18/11275, S. 11.

⁷³ *Von Lampe*, Crime, Law and Social Change 2004, S. 227 ff.; *ders.*, Journal of Financial Crime 2006, Bd. 13 Nr. 2, S. 235 ff.; *ders.*, in: van Duyn/von Lampe/Newell, Criminal Finances and Organising Crime in Europe, 2003, S. 44 ff.; *ders.*, Trends in Organized Crime 2016, S. 329 ff.; *Coker*, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 2003, S. 350 ff.; *Antonopoulos*, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 2006, S. 239 ff.; *ders.*, European Journal of Criminology 2008, S. 263 ff.

⁷⁴ BKA, Bundeslagebild OK, S. 30; *Koziolek*, Kriminalistik 2015, 211 ff.; *ders.*, Kriminalistik 2015, 719 ff.

⁷⁵ *Brisach/Maletz-Gaal*, Kriminalistik 2018, 300 (303).

⁷⁶ Vgl. Fn. 11.

sind, nicht vorausplanen und keine Koordination erfordern.⁷⁷ So sprach selbst der *BGH* vereinzelt von „bandenmäßig organisierten Gruppen“.⁷⁸ Zudem finden sich in der Strafprozessordnung Vorschriften, die in Bezug auf die Bande von „Organisation“ sprechen.⁷⁹ Vor dem Hintergrund, dass die „Bande“ in der Vergangenheit „*lediglich als mögliche Keimzelle der Organisierten Kriminalität*“ betrachtet wurde,⁸⁰ fragt sich, was nunmehr die kriminelle Vereinigung darstellt.⁸¹ Worin besteht das *Mehr* an rudimentärer Organisationsstruktur, berücksichtigt man, dass es auf die Ausprägung der Struktur nicht ankommt. Steht die kriminelle Vereinigung nicht vielmehr ebenfalls auf der Stufe der Keimzelle, sodass eine Konvergenz⁸² von Vereinigungs- und Bandenbegriff vorliegt?

Im Unterschied zu den Bandendelikten stellt § 129 StGB die *Bildung* einer kriminellen Vereinigung unter Strafe, d.h. die Strafbarkeit setzt nicht an der Verwirklichung eines Delikts an – so die Bandendelikte –, sondern an der Bildung der Gruppierung, die darauf gerichtet ist Straftaten zu begehen, die im Höchstmaß mit einer Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren bedroht⁸³ sind. Straftaten mussten bislang weder konkret geplant noch vorbereitet sein,⁸⁴ noch mussten bei den Taten alle bzw. die gleichen Mitglieder der Vereinigung aktiv werden.⁸⁵ Insoweit handelt es sich bei § 129 StGB um ein Vorfelddelikt, also um eine Vorverlagerung des Rechtsgüterschutzes.⁸⁶ Die Vorverlagerung der Strafbarkeit rechtfertigte sich bislang aus der besonderen Gefährlichkeit, die aus der Gruppendynamik und dem Gruppendruck, der Verantwortungsnegierung⁸⁷ und Arbeitsteilung resultiert.⁸⁸ Merkmale, die einzig der kriminellen Vereinigung zugeschrieben wurden. Durch die Herabsetzung der Anforderungen an das voluntative und organisatorische Element, bedarf es aber keiner

als besonders gefährlich eingestuften Organisationsstruktur mehr.⁸⁹

Die nunmehr weite Begriffsfassung der kriminellen Vereinigung öffnet den Anwendungsbereich der Norm erheblich. Um die Vorfelddeliktbarkeit einzugrenzen, sah die Begriffsbestimmung des Rahmenbeschlusses eine Beschränkung auf schwere Straftaten, die im Höchstmaß mit einer Freiheitsstrafe von mindestens vier Jahren bedroht sind, vor. Die vom deutschen Gesetzgeber gewählte „Begrenzung“ stellt dagegen keine dar.⁹⁰ Schon die Strafdrohung Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe – das sind die ausgeschlossenen Delikte – suggeriert, dass es sich um absolute Bagatelldelikte⁹¹ handelt.⁹² Aber selbst diese Grenze wurde gelegentlich als noch zu hoch erachtet.⁹³ Einzig der Referentenentwurf⁹⁴ sah eine tatsächliche Beschränkung für schwere Straftaten vor, der immerhin auch am Strafmaß für Bandendelikte⁹⁵ angeknüpft hätte.

Rechtsgut des § 129 StGB ist die öffentliche Sicherheit und staatliche Ordnung einschließlich des öffentlichen Friedens.⁹⁶ Öffentliche Sicherheit meint u.a. die Unverletzlichkeit der Rechtsordnung.⁹⁷ Zu kurz gegriffen wäre es, jeglichen Rechtsverstoß als Rechtsgutsverletzung zu verstehen. Vielmehr müssen die Straftaten eine erhebliche Gefahr für die öffentliche Sicherheit bedeuten.⁹⁸ Zwar herrscht Einigkeit darüber, dass § 129 StGB grundsätzlich bei allen strafbaren Handlungen denkbar ist,⁹⁹ Bagatelldelikte sollten aber ausgeschlossen werden,¹⁰⁰ selbst wenn diese in großer Anzahl begangen werden.¹⁰¹ Gleichwohl wurde § 129 StGB bereits vor der Reform bei Delikten bejaht, die als Einzelstraftaten dem unteren Kriminalitätsbereich zuzuordnen sind, so bspw. Ladendiebstahl und Sachbeschädigung.¹⁰² Die erhebliche Gefahr konnte bis-

⁷⁷ Ebenso Zöller, KriPoZ 2017, 26 (33).

⁷⁸ BGHSt 50, 160 (164); *BGH*, Urt. v. 24.1.2008 – 5 StR 253/07, Rn. 16-, juris.

⁷⁹ Vgl. bspw. §§ 98a Abs. 1 S. 1 Nr. 6, 110a Abs. 1 S. 1 Nr. 4 StPO.

⁸⁰ BGHSt 46, 321 (329), *Martin*, JuS 2001, 925.

⁸¹ Vgl. tiefergehend zur eigenständigen Stellung des Bandenbegriffs: *Dessecker*, NStZ 2009, 184 (187).

⁸² Vgl. BGHSt 54, 216 (223f.) und tiefergehend m.w.N.: *Kress*, JA 2005, 220 (225 ff.).

⁸³ § 129 Abs. 1 StGB n. F.

⁸⁴ *BGH*, NJW 2005, 80 (81); BGHSt 54, 216 (224).

⁸⁵ BGHSt 31, 202 (206).

⁸⁶ *Heitschel-Heinegg*, in: BeckOK-StGB, § 129 Rn. 1; *Ostendorf*, in: NK-StGB, § 129 Rn. 4.

⁸⁷ BGHSt 28, 147 (148 f.).

⁸⁸ *Schroeder*, ZIS 9/2014, 389 (390).

⁸⁹ *Heitschel-Heinegg*, in BeckOK-StGB, § 129 Rn. 4.

⁹⁰ a.A. *Brisach/Maletz-Gaal*, Kriminalistik 2018, 300 (302).

⁹¹ Hierzu zählen: §§ 106b Abs. 1, 123 Abs. 1, 131, 132a, 134, 136, 145 Abs. 1, 145c, 148 Abs. 2, 183 Abs. 1, 183a, 184 Abs. 1, 184g, 185, 186, 202, 203, 241, 265a, 277, 279, 281, 284 Abs. 4, 287 Abs. 2, 290, 316, 323b, 323c StGB – nicht aufgeführt wurden Fahrlässigkeitsdelikte, Amtsdelikte und Delikte im Zusammenhang mit einem Schwangerschaftsabbruch.

⁹² Ebenso Zöller, KriPoZ 2017, 26 (32).

⁹³ Vgl. dazu beispielhaft die Kritik von *Ullrich* (Rede vom 9.3.2017), der bemängelt, dass Gruppen nicht erfasst würden, die ein Klima von systematischer Einschüchterung und Bedrohung schaffen. Es kann allerdings bezweifelt werden, dass für § 129 StGB relevante Gruppierungen einzig die Bedrohung anderer bezwecken. Die Bedrohung stellt eher eine Begleiterscheinung als den Kernbereich der Organisierten Kriminalität oder politisch motivierter Gruppierungen dar. Rede von Ullrich abrufbar unter: www.educsu.de/themen/innen-recht-sport-und-ehrenamt/dr-volker-ullrich-eine-effektiver-straferfolgung-von-kriminellen-vereinigungen (zuletzt aufgerufen am 22.6.2018).

⁹⁴ Vgl. Referentenentwurf vom 28.6.2016 (Fn. 30).

⁹⁵ Zu den Bandendelikten mit dem geringsten Strafmaß (Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren) zählen: §§ 184c Abs. 2 Var. 2, 265c und 265d i.V.m. 265e S. 1 Nr. 2 Var. 2, 275 Abs. 2 Var. 2, 276 Abs. 2 Var. 2, 284 Abs. 3 Nr. 2, 299, 299a und 299b i.V.m. 300 S. 1, 2 Nr. 2 Var. 2 StGB.

⁹⁶ BGHSt 30, 328 (331); BGHSt 41, 47 (51, 53); *Federle*, ZStW 1998, 767 (793); *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 129 Rn. 1; *Ostendorf*, JZ 1995, 55; a.A.: *Rudolphi*, ZRP 1979, 215.

⁹⁷ Vgl. bspw. § 3 Nr. 1 SOG LSA; *Ullrich*, in: BeckOK Polizei- u. Ordnungsrecht Niedersachsen, 8. Aufl. (2017), § 2 Rn. 9.

⁹⁸ BGHSt 31, 202 (207); *BGH*, NStZ 1982, 68; *BayObLG*, StV 1998, 265 (266); *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, § 129 Rn. 6.

⁹⁹ a.A. *Rübenstahl*, wistra 2014, 166 (168).

¹⁰⁰ *BGH*, NStZ 1982, 68; *BayObLG*, StV 1998, 265 (266).

¹⁰¹ *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, § 129 Rn. 6.

¹⁰² BGHSt 57, 14 (17); BGHSt 41, 47 (51f.) – hinsichtlich der zuletzt genannten Entscheidung wurden zwar zutreffende aber außerhalb des Straftatbestandes liegende Erwägungen bei der Bestimmung der Gefährdung der öffentlichen Sicherheit einbezogen, krit. hierzu *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, § 129 Rn. 6.

lang aber auf die bloße Existenz krimineller Vereinigungen auf Grund der inneren Struktur und Zielsetzung gestützt werden, die das Sicherheitsgefühl der Allgemeinheit und damit die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährden.¹⁰³ Durch den Wegfall dieser Voraussetzung und verstärkt durch die Beschränkung auf Straftaten, die im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe von zwei Jahren bedroht sind, hat der Gesetzgeber das Verständnis von öffentlicher Sicherheit verändert und das Rechtsgut weiter gefasst. Das trägt dem Charakter der Norm kaum noch Rechnung. Hinzu kommt, dass der Strafrahmen des § 129 Abs. 1 StGB mit der Androhung einer Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren (Satz 1) bzw. drei Jahren (Satz 2) oder Geldstrafe, einen höheren Strafrahmen androht als einige seiner Bezugsdelikte. Eine Regel zur Strafrahmenanpassung, wie sie bspw. § 323a Abs. 2 StGB vorsieht, ist dem § 129 StGB allerdings nicht zu entnehmen.

Zugegebenermaßen werden im Umfeld der Organisierten Kriminalität sowohl leichte als auch schwere Straftaten begangen.¹⁰⁴ Auch handelt es sich bei der Organisierten Kriminalität um eine „komplexe Erscheinungsform abweichenden Verhaltens“, sodass die Eingrenzung auf Straftaten Schwierigkeiten bereitet.¹⁰⁵ Gleichwohl hätte ein Straftatenkatalog, wie er bspw. bei der Geldwäsche vorgesehen ist (§ 261 Abs. 1 S. 2 StGB), weniger willkürlich angemessen. So wird stattdessen für eine Vielzahl an „irrelevanten“ Delikten die Vorfeldstrafbarkeit eingeführt. Hinzukommt, dass dies auch den Anwendungsbereich der Norm für politisch, ideologisch, religiös oder weltanschaulich motivierte Gruppierungen erheblich erweitert. Der ausufernde Anwendungsbereich birgt daher die erhebliche Gefahr einer erneuten restriktiven Auslegung durch die Rechtsprechung.

Daneben besteht zwar grundsätzlich die Möglichkeit, von § 129 Abs. 3 Nr. 2 StGB Gebrauch zu machen, wonach Abs. 1 nicht anzuwenden ist, wenn die Begehung von Straftaten nur ein Zweck oder eine Tätigkeit von untergeordneter Bedeutung ist. Damit sollen gelegentliche oder eher beiläufige kriminelle Betätigungen ausgeschlossen werden.¹⁰⁶ Diese Tatbestandsausnahme scheint aber jedenfalls im Bereich der Organisierten Kriminalität keine Rolle zu spielen.

V. Fazit

Angesichts der vermittelten Bedrohungslage und der Schwierigkeit, der Organisierten Kriminalität Herr zu werden, ist die Umsetzung des Rahmenbeschlusses und in diesem Zusammenhang die Harmonisierung in den Mit-

gliedstaaten, um die Anerkennung von Urteilen und anderen gerichtlichen Entscheidungen als auch die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit zu erleichtern, eine begrüßenswerte und überfällige Entwicklung.

Das Hinauszögern bis zur Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens ließ den Unmut des Gesetzgebers und die Alternativlosigkeit erkennen. Immerhin hat er sich mit dem OrgKG für die Bandendelikte als materiell-rechtlichen Anknüpfungspunkt für die Verfolgung Organisierter Kriminalität entschieden.¹⁰⁷ Zudem wurden bislang vor allem politisch motivierte Gruppierungen unter § 129 StGB gefasst. Die Gesetzesbegründung lässt vermuten, dass an dieser bisherigen Ausrichtung der Norm auch weiterhin festgehalten werden soll.

Der reformierte § 129 StGB erscheint konturlos und einschränkungsbedürftig, denn durch die Art und Weise der Umsetzung des Rahmenbeschlusses ergeben sich Probleme: einerseits ist die Norm nicht auf Organisierte Kriminalität begrenzt, weil auch nicht wirtschaftlich motivierte Kriminalität umfasst wird. Zudem ist zweifelhaft, ob alle als OK-Gruppierung gelabelten Organisationen dem Anwendungsbereich unterfallen. Andererseits wird durch die Begrenzung auf Straftaten, die im Höchstmaß lediglich mit einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren bedroht sind, der Anwendungsbereich erheblich erweitert. Dies gilt nicht nur für wirtschaftlich motivierte, sondern auch für politisch, ideologisch, religiös oder weltanschaulich motivierte Gruppierungen. Zwar bestand auch in der alten Fassung des § 129 StGB keine Beschränkung auf bestimmte Delikte. Durch die Voraussetzungen des voluntativen und organisatorischen Elements war der Anwendungsbereich der Norm, wie dargestellt, jedoch erheblich begrenzt.

Schon jetzt dürfte es zweifelhaft sein, zu behaupten: „eine OK-Gruppierung ist eine kriminelle Vereinigung – eine kriminelle Vereinigung muss keine OK-Gruppierung sein.“¹⁰⁸ In diesem Sinne dürfen wir gespannt darauf sein, was sich hinter „rudimentärer Organisationsstruktur“ verbirgt und wie das „übergeordnete gemeinsame Interesse“ von der Rechtsprechung ausgelegt wird. Zu vermuten ist, dass Gruppierungen der Organisierten Kriminalität materiell-rechtlich zwar immer Banden aber nicht immer kriminelle Vereinigungen sein werden. Damit einher geht die Gefahr, dass § 129 StGB lediglich als Anknüpfungsnorm für strafprozessuale Eingriffsbefugnisse dient, materiell-rechtlich aber ein Schattendasein fristet. Vor allem bei netzwerkartigen Zusammenschlüssen ist dies zu befürchten.

¹⁰³ BGHSt 31, 202 (207); BGHSt 41, 47 (51); Ostendorf, in: NK-StGB, § 129 Rn. 4; Schäfer, in: MüKo-StGB, § 129 Rn. 1f.; Rübenthal, wistra 2014, 166 (167).

¹⁰⁴ BVerfG, Urt. v. 3.3.2004 – 1 BvR 2378/98, Rn. 241-, juris.

¹⁰⁵ A.a.O., Rn. 218.

¹⁰⁶ Schäfer, in: MüKo-StGB, § 129 Rn. 72; Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, § 129. Rn. 10.

¹⁰⁷ BT-Drs. 12/989, S. 24.

¹⁰⁸ Brisach/Maletz-Gaal, Kriminalistik 2018, 300 (304).

AUSLANDSRUBRIK

Videokonferenz im türkischen Strafprozessrecht

von Dr. Erdal Yerdelen*

Abstract

Durch die aufkommende Technologie entstehen im Bereich der Rechtswissenschaft sowohl Entlastungen als auch Gefahren. Der Einsatz der Videokonferenztechnik im Bereich des Strafverfahrens bietet große Vorteile, insbesondere, wenn sich die zuständige Institution und der Angeklagte an verschiedenen Orten befinden. Die Tatsache, dass der Angeklagte bei der Vernehmung physisch nicht anwesend sein muss, wirft allerdings einige Fragen bezüglich des Unmittelbarkeitsprinzips auf. Außerdem ist der rechtliche Charakter der Videokonferenztechnik im Strafverfahren umstritten. Dazu existieren drei Ansichten. Die erste Ansicht sieht darin ein Amtshilfeersuchen an ein anderes Gericht. Nach der zweiten Ansicht soll die Situation genauso betrachtet werden, wie wenn der Angeklagte persönlich vor Gericht erschienen wäre. Des Weiteren wird es auch als prozessrechtliches System sui generis bezeichnet. Im Folgenden werden der rechtliche Charakter der Videokonferenz und die Legitimation ihrer Anwendung im Strafverfahren dargelegt.

I. Einleitung

Die Entwicklungen der Videokonferenztechnologie haben aufgrund der Steigerung der Internetgeschwindigkeit und der sinkenden Internetpreise einen nicht vorstellbaren Stand erreicht.¹ Der weit verbreitete Einsatz von Videokonferenzen ermöglicht die Zusammenarbeit von Menschen von zu Hause oder aus der Ferne, aus Konferenzen, Schulungen und anderen Veranstaltungen, an denen von vielen verschiedenen Orten teilgenommen werden kann.² Dies bringt im Justizsystem, insbesondere dadurch, dass eine Verbindung zwischen der Justizbehörde und der abwesenden Person geschaffen werden kann, erhebliche Entlastungen mit sich. Aus diesem Grund wird sie in verschiedenen Ländern in justizförmigen Verfahren eingesetzt.

II. Audiovisuelles Informationssystem

Das audiovisuelle Informationssystem ist ein Multimediasystem, mit dem Bild und Ton gleichzeitig auf die elektronische Ebene (Nationale Justiz-Netzwerk-Plattform) weitergeleitet und dort gespeichert werden.³ Das System erfordert, dass Bild und Ton zeitgleich und in sicherer Weise übertragen und aufgezeichnet werden. Die Bildqualität sollte ausreichend effektiv sein, um die Gesichtsausdrücke, die Körperbewegungen, die Haltung und das Verhalten von den betroffenen Personen sachgemäß beobachten beziehungsweise betrachten zu können. Durch die Qualität des Tones sollten die Gefühle der Betroffenen wahrgenommen und das Gesagte verständlich gehört werden können. Informationen, Dokumente und Beweise werden unmittelbar elektronisch übermittelt. Die durch das audiovisuelle Informationssystem erlangten Beiträge werden nach der elektronischen Signatur durch die zuständige Behörde sicher verwahrt.⁴

III. Die Möglichkeiten des audiovisuellen Informationssystems in der Justiz

Durch das audiovisuelle Informationssystem werden die Vernehmung und die Gerichtsverhandlung per Video aufgenommen und protokolliert. Diese Videoaufnahmen können von der Staatsanwaltschaft und dem Gericht beliebig oft angesehen werden.⁵ Dies sorgt dafür, dass der Staatsanwalt und der Richter die Vernehmung der Betroffenen inhaltlich korrekt erfassen können, sodass keine Verständnisfehler entstehen. Infolgedessen könnte in großem Maße die Anzahl von Beschwerden reduziert werden.⁶ Außerdem müssten sich Staatsanwalt, Richter und Gericht während der Vernehmung oder des Verhörs nicht mehr derart auf das Protokoll konzentrieren. Dadurch können die Beteiligten des Strafverfahrens so zusammengebracht werden, als wären sie tatsächlich anwesend. Die Videoaufnahmen dürfen von den Beteiligten, die während der Aufnahme abwesend waren, nachträglich angesehen werden. Somit wird das Mündlichkeitsprinzip berücksichtigt. Die Aussagen im Ermittlungsverfahren sollen ebenso

* Der Verfasser ist Hochschullehrer an der Sozialwissenschaftlichen Universität zu Ankara, Juristische Fakultät, Lehrstuhl für Straf- und Strafprozessrecht. Für wesentliche Mithilfe bei der Fassung des Textes in deutscher Sprache gilt besonderer Dank Frau stud. iur. Annemarie Venschott, Mitarbeiterin am Lehrstuhl Prof. Duttge, Universität Göttingen.

¹ Yazar, Görüntülü İletişim-Videokonferans Teknolojilerinin Kullanım Alanları, S. 2.

² A.a.O., S. 3.

³ <http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=7.5.15315&sourceXmlSearch=&MevzuatIliski=0> (zuletzt abgerufen am

21.8.2017).

⁴ 20 Eylül 2011 tarih ve 28060 sayılı Resmi Gazete.

⁵ Gözel, Yargılamada Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi (SEGBİS) Kullanımı, http://www.academia.edu/12580753/Yargi_C4%B1lamada_Ses_ve_G_C3%B6r%C3%BCntu_C3%BC_Bili%C5%9Fim_Sistemi_SEGB%C4%B0S_Kullan%C4%B1m%C4%B1 (zuletzt abgerufen am 21.8.2017).

⁶ Açıkmese/Karavaşin, "Sesli Görüntülü Bilişim Sistemi (SEGBİS)", T.C. Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Daire Başkanlığı, UYAP Bilişim Dergisi, e-Dergi, 5. Ausgabe, März 2012, S. 25.

durch das Gericht begutachtet werden, wodurch das Gericht dessen Richtigkeit leichter beurteilen kann.⁷

Die Vernehmungen, die durch den Staatsanwalt oder das erstinstanzliche Gericht mit Hilfe des audiovisuellen Informationssystems aufgenommen worden sind, können ebenso in der Berufungsinstanz eingesehen werden. Durch diese Videokonferenztechnik werden die Bilder und der Ton der Zeugen, deren Vernehmung in der Abwesenheit der Beteiligten stattgefunden hat, an das Gericht, vor dem sie sich befinden, übertragen.⁸ Diese Aufnahmen und das Verhalten der Personen werden so bewertet, als wären sie anwesend.

Das audiovisuelle Informationssystem ermöglicht den zuständigen Ermittlungs- oder Verfahrensbehörden, Verlauf und Inhalte der Vernehmung auch noch im Nachhinein durch Wiedergabe der Videoaufnahmen zur Kenntnis zu nehmen.⁹ Den Personen, die während der Vernehmung oder des Verhörs nicht anwesend sein können, wird es durch dieses System ermöglicht, bei der zuständigen Behörde zumindest visuell zu erscheinen, sodass die Beteiligten auf diesem Wege zusammengebracht werden und die Behörde die Personen trotz physischer Abwesenheit sehen sowie befragen kann.¹⁰ So wird das Unmittelbarkeits- und Mündlichkeitsprinzip sowie der Grundsatz der Waffengleichheit gewahrt. Dadurch sinkt die Einsatzzahl der beauftragten Richter und die Zahl der sog. "Weg"-Verhaftungen.¹¹ So wird insbesondere den Nachteilen, die auf der "Weg"-Verhaftung basieren, entgegengewirkt¹² und die durch die "Weg"-Verhaftung entstehenden Fahrtkosten können erheblich gesenkt werden.¹³ Außerdem können Gefangene, die sich in der Strafvollzugsanstalt befinden, mithilfe der Videokonferenztechnik an der Gerichtsverhandlung teilnehmen und angehört werden.¹⁴

IV. Die Gesetzgebung zum audiovisuellen Informationssystem

In den Artikeln 52, 58, 147, 180, 196 sowie 219 der türkischen Strafprozessordnung (tStPO) wird die Durchsetzung des audiovisuellen Informationssystems normiert. Die Anwendung dieses Systems ist in manchen Fällen obligatorisch.¹⁵ Am 20.9.2011 ist die Richtlinie zum audiovisuellen Informationssystem in Kraft getreten.¹⁶ Das Informatikdirektorium des Justizministeriums hat den Justizbehörden am 14.12.2011 mittels Dekret¹⁷ Nr. 150 mitgeteilt, die Anwendung des audiovisuellen Informationssystem auf den Weg zu bringen. Es wird ferner die Art

und Weise der Anwendung sowie deren Grundlage festgestellt.

In Art. 52, 58 tStPO wird geregelt, wie das audiovisuelle Informationssystem, insbesondere die Videokonferenztechnik, beim Verhör der Zeugen eingesetzt werden soll. Die Anwendung dieser Technik wird bzgl. der Vernehmung des Angeklagten in Art. 147, 196 tStPO, bzgl. des Verhörs der Zeugen und der Gutachter in Art. 180 tStPO geregelt. Die Speicherung der Aufnahmen ist in Art. 219 tStPO normiert. Speziell Art. 196 tStPO kommt wird im Folgenden noch besondere Bedeutung zu.

V. Die Anwesenheit des Angeklagten in der Gerichtsverhandlung

Der sich außerhalb des Gerichtsbezirkes befindende Angeklagte darf nur unter folgenden Voraussetzungen bei der Gerichtsverhandlung abwesend sein: Erstens muss er vor der Verhandlung verhört worden sein. Außerdem muss ein Beschluss beziehungsweise eine Anordnung des Gerichts vorliegen, dass der Angeklagte von der Teilnahme an den Sitzungen befreit ist.¹⁸ Art. 196 Abs. 5 tStPO lautet: „Der Angeklagte, der aufgrund von Krankheit, Disziplinarmaßnahmen oder anderen Pflichtgründen zu einem Krankenhaus oder zu einer Untersuchungshaftanstalt außerhalb des Gerichtsbezirkes geliefert wurde, kann durch das Gericht von der Teilnahme an den Sitzungen, in denen er nicht anwesend sein muss, befreit werden, sofern sein Verhör vorher durchgeführt wurde.“

Diese Bestimmung wird durch den Kassationshof in seinem Beschluss am 10.6.2008, Geschäft-Nr. 2008/9-148, Urteil-Nr. 2008/169 wie folgt ausgelegt: „Diese Bestimmung der Strafprozessordnung ist so zu interpretieren, dass der Angeklagte deutlich zum Ausdruck bringt, nicht anwesend sein zu wollen“. In diesem Beschluss urteilte der Generalstrafsenat des Kassationshofes über einen Angeklagten, dessen Strafe wegen einer anderen Straftat außerhalb des Gerichtsbezirks, in dem das Verfahren stattfindet, vollstreckt war. In diesem Fall teilte der Angeklagte dem Gericht schriftlich mit, dass er in der Gerichtsverhandlung erscheinen wolle. Der Kassationshof sieht in dem Verhalten des Gerichts, in der Sache ohne Anwesenheit des Angeklagten und dessen Verteidiger zu entscheiden, ohne ihm die Möglichkeit zu geben, sich dazu zu äußern, eine Einschränkung des Verteidigungsrechts. Aus diesem Grund wurde das Urteil aufgehoben.¹⁹

⁷ A.a.O., S. 26.

⁸ A.a.O., S. 27.

⁹ Acar/Gürsoy, "Türk Mahkemelerinde Sesli ve Görüntülü Kayıt ve Videokonferans Sistemi Uygulamasına Geçiş, Ceza Mahkemeleri Örneği", Ankara Barosu Dergisi, 70. Jahr, Ausgabe 2012/4, S. 131.

¹⁰ Kaya/Güneş, Ulusal Yargı Ağı Projesi-I, Anadolu Üniversitesi Ausgabe Nr. 2323, AÖF Ausgabe Nr. 1320, Eskişehir 2011, S. 4.

¹¹ "Weg"-Verhaftung bedeutet, dass der Angeklagte von einem Richter aus einem anderen Gerichtsbezirk vorläufig verhaftet wird, damit er dem hauptsächlich zuständigen Gericht vorgeführt werden kann.

¹² Gültekin, "Yakalama ve Gözaltına Alma Kavramları ile Uygulamadan Doğan Sorunlar ve Çözüm Önerileri", Terazi Hukuk Dergisi, 76. Ausgabe, Dezember 2012, S. 35-44.

¹³ Acar/Gürsoy, S. 133.

¹⁴ Güner, "SEGBİS Sisteminin Ceza Evi Uygulamasının Adil Yargılanma Hakkı Yönünden Değerlendirilmesi", Terazi Hukuk Dergisi, 99. Ausgabe, November 2014, S. 88.

¹⁵ İpek, İfade Almanın Teknik ve Taktikleri, Ankara 2015, S. 106.

¹⁶ www.bidb.adalet.gov.tr/sayfalar/segbismevzuat.pdf (zuletzt abgerufen am 20.8.2017). Sie ist im Gesetzblatt Nr. 28060 veröffentlicht.

¹⁷ www.adalet.gov.tr/genelgeler/genelge_pdf/segbis.pdf (zuletzt abgerufen am 20.8.2017).

¹⁸ Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2016, S. 741-744; Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2016, S. 712-716; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2016, S. 666.

¹⁹ Şen, Sanığın Mahkemeye Çıkma Hakkı, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1830305-sanigin-mahkemeye-cikma-hakki>, (zuletzt abgerufen am 5.3.2017).

Der 16. Strafsenat des Kassationshofes klärte diese Thematik in seinen drei Urteilen²⁰ und stellte zusammenfassend fest: „Der Angeklagte und sein Verteidiger lehnten ab, sich unter dem Einsatz der Videokonferenztechnik zu verteidigen. Der Angeklagte und sein Verteidiger beantragten standhaft, in der Gerichtsverhandlung persönlich zu erscheinen. Trotz dieses Antrags wurde sein Verhör mittels des audiovisuellen Informationssystems durchgeführt und der Angeklagte daraufhin verurteilt. Der Kassationshof sieht darin eine Einschränkung des Verteidigungsrechts des Angeklagten.“

In diesen Entscheidungen wird der Grundsatz „Kein Verfahren ohne den Angeklagten“ wie folgt erwähnt:

1. Dem Angeklagten soll das Erscheinen in der Gerichtsverhandlung ermöglicht werden. Dieses Recht darf nur durch das Gericht unter engen Voraussetzungen eingeschränkt werden.

2. Die Entscheidung des Angeklagten, mittels des audiovisuellen Informationssystems an den Sitzungen, in denen sämtliche Verteidigungsäußerungen stattfinden und Beweise aufgenommen werden, teilzunehmen, muss auf seinem freien und ausdrücklichen Willen beruhen.

3. Die Verteidigung des Angeklagten mittels Videokonferenztechnik unter den oben erwähnten Voraussetzungen stellt keine Einschränkung des Verteidigungsrechtes dar, wenn nur sein Verteidiger anwesend ist. Darüber hinaus muss der Angeklagte, damit diese zum Einsatz kommen kann, an seiner Anwesenheit aus bestimmten Gründen gehindert sein.²¹ Das audiovisuelle Informationssystem stellt in Art. 196 Abs. 5 tStPO ein „sekundäres Mindestrecht“ im Rahmen des Verteidigungsrechtes dar, das dem Angeklagten zuerkannt wird. Der Generalstrafsenat des Kassationshofes folgt der Auffassung des 16. Strafsenats in seinem Urteil im Juni 2017. Somit wird eine Abweichung in der Rechtsprechung beziehungsweise in unterschiedlichen Strafsenaten vermieden.

Es ist grundsätzlich von großer Wichtigkeit, dass der Angeklagte vor Gericht erscheint und sich im Gerichtssaal befindet, da dies eine Folge des Unmittelbarkeits- und des Mündlichkeitsprinzips ist. Sofern keine gerechtfertigten Gründe oder Beweise existieren, welche die Teilnahme des Angeklagten an den Sitzungen mittels des audiovisuellen Informationssystems erfordern, sollte der Angeklagte in der Gerichtsverhandlung persönlich anwesend sein. Der Angeklagte darf nicht ohne seinen Verteidiger vernommen werden. Ungerechtfertigte und unannehmbare Gründe wie etwa Sicherheitsprobleme oder verkehrsbedingte Schwierigkeiten führen schließlich zur Einschränkung des Verteidigungsrechtes und der Verletzung

des Rechts auf ein faires Verfahren.²²

VI. Die Videokonferenztechnik aus Sicht des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte

Dem Fall „Marcello Viola/Italien“ des EGMR kommt große Bedeutung zu: Hier sind die Kriterien zu dieser Thematik aufgestellt worden. Der Antragsteller Marcello Viola musste ohne Einwilligung an drei Gerichtsverhandlungen im Berufungsverfahren mittels Videokonferenztechnik teilnehmen und wurde nicht von der Strafanstalt zur Verhandlung gebracht. Daher legte er Revision gegen das Urteil des Berufungsgerichts ein und berief sich dabei auf prozessuale Gründe. Der Kassationshof wies den Revisionsanspruch ab.

Die Regierung ist der Meinung, in diesem Fall würden alle Voraussetzungen zum Recht auf faires Verfahren erfüllt. Die Videokonferenztechnik sorge für die effiziente Teilnahme des Angeklagten an den Gerichtsverhandlungen. Dadurch könnte der Angeklagte sogar in der Strafanstalt verbleiben, sodass man unnötigen Verspätungen Abhilfe schaffen könne. Die Strafverfahren des Angeklagten fanden an denselben Tagen an unterschiedlichen Gerichten statt. Dem Angeklagten wurde die Möglichkeit gegeben, währenddessen ungestört mit seinem Verteidiger zu kommunizieren, wodurch eine versuchte Anhörung durch Dritte ausgeschlossen wurde.

In diesem Fall stellte der EGMR fest, dass das Recht des Antragstellers auf ein Gespräch mit seinem Verteidiger ohne Überwachung durch Dritte nicht beeinträchtigt wurde. Der Antragsteller hätte nämlich die Möglichkeit gehabt, ohne Mithören oder Überwachung durch Dritte persönlich mit seinem Verteidiger zu kommunizieren. Der EGMR ist deshalb der Auffassung, dass Art. 6 EMRK dadurch nicht verletzt wurde.²³

Damit „Marcello Viola/Italien“ in den Verfahren, in denen das Videokonferenzverfahren angewandt werden soll, als Präzedenzfall verstanden werden kann, muss die folgende Bedingung erfüllt sein: Die Entscheidung für die Nutzung des Videokonferenzverfahrens sollte den Kern der Verfahrensgarantien in Bezug auf das Recht auf ein faires Verfahren, das durch Art. 6 EMRK geschützt ist, nicht beseitigen. Demnach darf es keinen unverhältnismäßigen Eingriff in das Verteidigungsrecht des Angeklagten geben. Der Fall „Marcello Viola“ darf nicht so interpretiert werden, dass diese Methode generell für jede Situationen anwendbar wäre.²⁴

²⁰ Die von 16. Strafsenat gefassten Beschlüsse; 19.6.2015, Geschäft-Nr. 2015/1078, Urteil-Nr. 2015/1930; Geschäft-Nr. 2015/1076, Urteil-Nr. 2015/1932; Geschäft-Nr. 2015/1083, Urteil-Nr. 2015/1926.

²¹ Şen, Uzakta Olan Sanığın Sorgusu, (<http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1875201-uzakta-olan-sanigin-sorgusu>, (zuletzt abgerufen am 19.7.2017).

²² Güner, „SEGBİS Sisteminin Cezaevi Uygulamasının Adil Yargılanma Hakkı Yönünden Değerlendirilmesi“, Terazi Hukuk Dergisi, 99. Ausgabe, November 2014, S. 84-86.

²³ Taşkin, "Müdafinin Ve Vekilin Hukuki Yardımı, Sınırları İle Uygulamada Karşılaşılan Sorunların Aihm İçtihatları Işığında Değerlendirilmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 69. Ausgabe, März-April 2007, S. 211-241.

²⁴ Şen, Sanığın Mahkemeye Çıkma Hakkı, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1830305-sanigin-mahkemeye-cikma-hakki>, (zuletzt abgerufen am 19.7.2017).

VII. Die Gründe gegen die Annahme einer Rechtsverletzung im Fall „Marcello Viola/Italien“

1. Die verfahrensrechtliche Gewährleistung in der italienischen Strafprozessordnung:

a) Die Videokonferenztechnik ist nur anzuwenden, wenn die Vorführung des Angeklagten zur Gerichtsverhandlung hinsichtlich der öffentlichen Ordnung und der Sicherheit erhebliche Probleme mit sich bringt und daher eine Notwendigkeit vorliegt.

b) Diese Methode kann zum Einsatz kommen, um Unordnung und Verbrechen zu verhindern, das Recht auf Leben, Freiheit, Sicherheit von Opfern und Zeugen zu schützen und angemessene Zeitanforderungen für Gerichtsverfahren einzuhalten. Diese Methode dient auch der schnellen Erledigung der Maßnahmen usw., wie es beim Vollzug eines Haftbefehls der Fall wäre.

c) Diese Technik soll zur Vermeidung von unnötigen Verspätungen in Betracht kommen, wenn der Angeklagte in der kurzen Zeit in unterschiedlichen Gerichten erscheinen soll.

d) Zur Ergreifung dieser Maßnahme ist eine gerichtliche Anordnung nötig. Diese Anordnung muss den Verfahrensparteien und ihren Verteidigern zehn Tage vor dem Verhör mitgeteilt sein.

e) Während der Videokonferenz sollten sich alle Personen sowohl in der Gerichtsverhandlung als auch an dem Ort, an dem der Angeklagte durch die Videokonferenz verhört wird, gegenseitig ansehen können.

f) Der Verteidiger muss sich immer neben dem Angeklagten aufhalten, um diesem ungehindert Beistand leisten zu können.

g) Wenn der Verteidiger nicht neben dem Angeklagten, sondern im Gericht steht, sollten die erforderlichen technischen Möglichkeiten zur Verfügung gestellt werden, um die private und geheime Kommunikation zwischen dem Angeklagten und dem Verteidiger zu gewährleisten. Dies stellt ein unentbehrliches Recht dar.²⁵

h) Der Ort, an dem sich der Angeklagte befindet, sollte als ein Teil des Sitzungssaals betrachtet werden. Es sollte keinen technischen Ausfall geben und die Kommunikation muss ununterbrochen gewährleistet sein. Die beteiligten Personen, die sich im Gerichtsaal und an einem anderen Ort sich befinden, sollten hörbar und sichtbar sein. Somit sollte dafür gesorgt werden, dass sich die Personen zeitgleich und eindeutig sehen und alles hören, was gesagt wird.

i) Hinsichtlich der Feststellung der Identität des Angeklagten sollte eine durch das Gericht beauftragte Person

neben dem Angeklagten stehen. Diese zuständige Person bestätigt die Identität des Angeklagten und auch, dass die Ausübung der Rechte und Befugnisse des Angeklagten auf keinerlei Weise eingeschränkt sind.

2. Bei der Anwendung der Videokonferenztechnik äußerte sich das italienische Verfassungsgericht nicht zur Verfassungswidrigkeit.

3. Die Art. 9-11 des Europäischen Übereinkommens über die Rechtshilfe in Strafsachen erlauben diese Technik unter bestimmten Bedingungen.

4. Weil die Auseinandersetzung über die Beweismittel während des Revisionsprozesses (im konkreten Fall Berufungsprozess) nicht in Betracht kommt, bleibt die Auswirkung dieser Technik auf das Verfahren sehr eingeschränkt.

VIII. Die Auffassung des türkischen Verfassungsgerichts

Der Fall „Erdal Korkmaz“²⁶ stellt ein wichtiges verfassungsgerichtliches Urteil hinsichtlich der Thematik dar. Die Antragsteller waren Beamte und auch Mitglieder einer öffentlichen Gewerkschaft für Wissenschaft und Ausbildung (Eğitim-Sen), die mit der öffentlichen Gewerkschaft für Arbeitnehmer (KESK) verbunden ist. Die Staatsanwaltschaft in Istanbul leitete Ermittlungsverfahren gegen den Antragsteller wegen der Mitgliedschaft in einer bewaffneten terroristischen Organisation (DHKP-C) ein. DHKP-C ist eine bewaffnete terroristische Organisation und steht auf der Liste von Terror-Organisationen der EU (2002), der Vereinigten Staaten (1997), der BRD (1998) und Großbritanniens (2001). Daher wurde ein Haftbefehl erlassen. Alle Einwände des Antragstellers gegen die Festnahme wurden abgelehnt. Mithilfe des audiovisuellen Informationssystems wurde das Verhaftungsverfahren durchgeführt, der Antrag auf einen Verteidiger im Beisein und dessen Anhörung wurde jedoch nach Art. 108 Abs. 1 tStPO abgelehnt.

Die erste Friedensrichterschaft für Strafsachen in Istanbul erklärte, dass das audiovisuelle Informationssystem für die Durchführung der Anhörung ausreichend wäre. Es stelle kein Hindernis für die Beurteilung zur Fortsetzung der Untersuchungshaft dar, wenn die Beschuldigten willentlich keine Aussage machen. Gesetzlich bestehe keine Pflicht, die Haftprüfung innerhalb der Gerichtsverhandlung durchzuführen. Die Parteien des Strafverfahrens könnten ihre Einwände stets schriftlich zur Gerichtsakte hinzufügen.

Der Antragsteller behauptet unter anderem, dass die Haftprüfung durch das audiovisuelle Informationssystem durchgeführt wurde, obwohl der Beschuldigte einen Anspruch darauf hatte, dass die Haftprüfung in seiner Anwesenheit stattfindet, was einer Verletzung seines Rechts auf

²⁵ Dursun, "Sağım Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı ve Bu Kapsamda Sesli ve Görüntülü Bilişim Sisteminin (SEGBİS) Değerlendirilmesi", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ausgabe Nr. 143-144, Juli-August 2016, S. 4.

²⁶ Beschluss des Verfassungsgerichts auf Individualantrag (Verfassungsbeschwerde), 18.11.2015.

ein faires Verfahren aus Art. 36 der Verfassung gleichkommt.

Das *Verfassungsgericht* ist der Ansicht, dass es nicht notwendig sei, den Antragsteller bei jeder Rüge im Rahmen des Art. 19 Abs. 8 der Verfassung gegen die Untersuchungshaft anzuhören. Nur bei der Überprüfung der Untersuchungshaft, wobei die Grundsätze der „streitigen Gerichtsbarkeit“ und der „Waffengleichheit“ tangiert werden, wäre dies von erheblicher Bedeutung. Das Verfassungsgericht weist dabei auf den Fall „Firas Aslan und Hebat Aslan“ hin.

Demnach stelle die Anwendung der Videokonferenztechnik bei der Überprüfung der Untersuchungshaft hinsichtlich der Beurteilung des Antrags zur Entlassung keinen Verstoß gegen das Prinzip der Waffengleichheit dar, wenn der Antragsteller während der Videokonferenz nicht aussagt und der Staatsanwalt diesen nicht vorgeladen hat.²⁷ Art. 147 Abs. 1 lit. h tStPO betont, dass die Anwendung des audiovisuellen Informationssystems eine zwingende Vorschrift ist und hebt den Vorteil des Systems hinsichtlich des Mündlichkeitsprinzips hervor.

Zur Begründung wird angeführt, die schnelle Prüfung der Inhaftierung sei zwar nach Art. 19 der Verfassung nötig, jedes Mal eine Gerichtsverhandlung durchzuführen könne allerdings negative Auswirkungen auf das Strafverfahrensrecht haben. Das *Verfassungsgericht* weist in seinem Urteil darauf hin, dass man bei der Überprüfung mittels audiovisuellen Informationssystems eine Erledigung des Verfahrens in einer angemessenen Zeit bezwecke, was der Sicherheit und dem Schutz der Menschenrechte diene.

Das Gericht verweist auf den Fall „EGMR Marcello Viola/Italien“ und führt weiter an, die Ermöglichung der Teilnahme an der Gerichtsverhandlung von Angeklagten mittels Videokonferenztechnik erfülle die Bedingungen der Anwesenheitspflicht des Angeklagten, sofern die Verteidigung dadurch keinen größeren Nachteil erleide. Während der Haftprüfung mittels Videokonferenztechnik würde dem Antragsteller ein Anlass gegeben, etwas gegen das Urteil einzuwenden und sich vor dem Gericht mündlich zu verteidigen. Deswegen stelle es keine Verletzung von Rechten dar. Der Auffassung des Verfassungsgerichts kann nicht gefolgt werden, da sie nicht den Kriterien des Falls „Marcello Viola/Italien“ entspricht.

IX. Fazit

Der Benutzung des audiovisuellen Informationssystems in der Türkei stehen erhebliche technische Probleme wie

Stromausfälle oder Systemfehler entgegen. Die Unterbrechung der Audio- sowie Videoverbindung zwischen dem Gerichtssaal und dem Ort, an dem sich der Gefangene befindet, bringt Schwierigkeiten bei der Übertragung von Ton und Bild mit sich. Insbesondere können die Aussagen des Angeklagten teilweise unverständlich für das Gericht, seinen Verteidiger, die anderen Angeklagten oder sogar für den Protokollanten werden. Die Aussagen werden nicht direkt, sondern mittelbar übertragen, sodass Gestik und Mimik des Angeklagten daher nicht deutlich sichtbar werden. Dadurch werden die Wirksamkeit, das Ansehen sowie die Ehrlichkeit des Strafverfahrens beeinträchtigt.

Unter diesen Umständen schränkt die Methode das Verteidigungsrecht des Angeklagten ein und verletzt dadurch sein Recht auf ein faires Verfahren. Das nur unter bestimmten Voraussetzungen und in Ausnahmefällen anwendbare audiovisuelle Informationssystem wird in der Praxis als obligatorisch betrachtet. In dem Raum, in dem die Videokonferenz stattfindet, steht kein Pflicht- oder Wahlverteidiger neben dem Angeklagten. Der Gefangene hat also keine audiovisuellen Kommunikationsmöglichkeiten mit seinem Verteidiger ohne Überwachung durch Dritte.

Die im Videokonferenzraum wartenden Angeklagten können die Gerichtsverhandlung wegen technischer Probleme nicht stetig weiterverfolgen. Das Personal der Strafvollzugsanstalt hat keine ausreichenden technischen Kenntnisse, außerdem beherrschen sie das audiovisuelle Informationssystem nicht adäquat, sodass die Verbindungsprobleme nicht rechtzeitig behoben werden. Dementsprechend kommt es häufig vor, dass eine Pause während der Gerichtssitzung eingelegt werden muss oder die Sitzung auf einen anderen Tag verschoben werden muss. Durch die Beseitigung aller Nachteile und Probleme des Systems, wie beispielsweise Prävention von Viktimisierung des Angeklagten, Einsatz von Personal mit adäquater Ausbildung, welche das System bei technischen Störungen wieder installieren kann, ist es im Rahmen des Videokonferenzsystems notwendig, die für den Beschuldigten erforderliche Rechtssicherheit zu gewährleisten.

Eine Änderung der Richtlinie über das audiovisuelle Informationssystem ist somit unverzichtbar. Die verfahrensrechtliche Gewährleistung, wie sie in der italienischen Strafprozessordnung verankert ist, muss gesichert sein. Des Weiteren muss garantiert werden, dass das audiovisuelle Informationssystem unter diesen Voraussetzungen effizient eingesetzt wird.

²⁷ Şen, Saniğin Mahkemeye Çıkma Hakkı, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1830305-sanigin-mahkemeye-cikma-hakki>, (zuletzt abgerufen am 5.3.2017).

BUCHBESPRECHUNGEN

Martin Henssler/Elisa Hoven/Michael Kubiciel/Thomas Weigend: Grundfragen eines modernen Verbandsstrafrechts

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2017, Nomos Verlag, Baden-Baden, ISBN: 978-3-8487-4272-1, S. 200, Euro 54.

Der Band enthält Referate, die im April 2016 an der Universität zu Köln auf der Tagung „Grundfragen eines modernen Verbandsstrafrechts“ gehalten wurden. Diese Tagung war zugleich Auftaktveranstaltung der Forschungsgruppe „Verbandsstrafrecht – Praktische Auswirkungen und theoretische Rückwirkungen“, deren Ziel es war, ein modernes Verbandssanktionengesetz zu entwickeln. Auch wenn der Entwurf dieses Verbandssanktionengesetzes mittlerweile vorliegt,¹ so hat sich doch der Inhalt des leider erst 2017 erschienenen Tagungsbandes nicht erledigt. Denn er enthält grundsätzliche Erwägungen, Folgenabschätzungen und einen rechtsvergleichenden Blick auf Österreich und die Schweiz.

Einführend beschreiben *Henssler/Hoven/Kubiciel/Weigend* die Zielsetzung der Kölner Forschungsgruppe, der Fokus lag danach nicht mehr auf der grundsätzlichen Frage eines „Ob“ der Verbandsstrafe, stattdessen stand das „Wie“ der konkreten Umsetzung im Mittelpunkt der Überlegungen.

Das 2. Kapitel zu den „Grundfragen eines materiellen Verbandsstrafrechts“ beginnt mit einem Beitrag von *Dannecker*, in dem dieser die grundsätzliche Fragestellung beleuchtet, ob die Verbandsverantwortlichkeit als straf- oder verwaltungsrechtliches Sanktionensystem ausgestaltet werden soll (S. 17 ff.). Neben der Skizzierung der unterschiedlichen Positionen kommt der Autor zu dem Resümee, dass weder strafrechtsdogmatische noch verfassungsrechtliche Erwägungen einem kriminalstrafrechtlichen Verbandssanktionensystem entgegenstehen (S. 22 f.). Im Anschluss prüft er unionsrechtliche und internationale Vorgaben und stellt insbesondere das Zweite Protokoll zur PIF-Konvention vor. Im Ergebnis fordern die europäischen und internationalen Vorgaben aber lediglich eine wirksame, angemessene und abschreckende Sanktion, ohne festzulegen, ob diese Sanktionen kriminalstrafrechtlicher oder bußgeldrechtlicher Natur sind.

Dannecker spricht sich im Folgenden für eine strafrechtliche Sanktionierung aus und präzisiert die möglichen Inhalte eines Verbandsstrafrechts (S. 57 ff.).

Schmitt-Leonardy geht in ihrem Beitrag der Frage nach, ob eine repressive Sanktion gegenüber Unternehmen auf einer „originären Verbandsschuld“ oder auf einem Zurechnungsmodell fußen sollte (S. 71 ff.). Hierfür stellt die Verfasserin zunächst die Modelle und die hinter diesen Modellen stehenden Argumente vor. Zurechnungsmodelle überzeugen *Schmitt-Leonardy* nicht; stärkstes Argument dagegen sei, dass sie entlang des Rechtsträgerprinzips gedacht seien. Unternehmenskriminalität erschöpfe sich aber nicht in kriminellen Rechtsakten des Unternehmens, sondern erstrecke sich auf Rechtsgutsverletzungen aller Art. Es sei die soziale Einheit „Unternehmen“, die diese Kriminalität produziere und nicht der Unternehmensträger (S. 86).

Der Diskurs um das Unternehmen als Straftäter *sui generis* sollte nach Auffassung der Autorin „an der Nahtstelle zwischen Recht und Realität stattfinden“ (S. 94). Es sei möglich, eine originäre Verbandsschuld auf Basis des Unternehmens als korporativem Akteur zu konstruieren – allerdings um den Preis intrasystemischer Brüche (S. 94 f.). Ob es das wert ist, bezweifelt die Autorin und entzieht sich einer Beantwortung der im Titel ihres Beitrags aufgeworfenen Frage, um eine dritte Perspektive zu nutzen. Warum, so fragt *Schmitt-Leonardy*, sollte man nicht den Entwurf eines ganz neuen parastrafrechtlichen Systems wagen? Eine konkrete Ausgestaltung dieses parastrafrechtlichen Systems bleibt die Autorin allerdings schuldig.

Die Diskussion rund um den ersten Tagungsabschnitt zu den Grundfragen eines materiellen Verbandsstrafrechts fasst der Beitrag von *Dust* zusammen (S. 97 ff.).

Das 3. Kapitel widmet sich den „Grundfragen eines Strafverfahrens gegen Verbände“. Begonnen wird mit einem Beitrag von *Frister/Brinkmann* zu den rechtsstaatlichen Schranken bei der Verfolgung von Straftaten, die aus einem Verband begangen werden (S. 103 ff.). Die beiden Autoren überprüfen die strafprozessualen Regelungen darauf, ob die ihnen zugrundeliegenden Wertentscheidungen für die Aufklärung und Verfolgung von Verbandsstraftaten angemessen sind. Aus der Vielzahl an Problemen werden einige herausgegriffen und dem Verbot des Selbstbelastungszwangs, dem Doppelbestrafungsverbot im Falle einer Verselbstständigung des Strafverfahrens gegen den Verband und der Frage nach der Zulässigkeit

¹ Vgl. https://www.jura.uni-augsburg.de/lehrende/professoren/kubiciel/downloads/kubiciel/koelner_entwurf_eines_verbandssanktionengesetzes.pdf (zuletzt abgerufen am 10.7.2018).

von Grundrechtseingriffen zur Verfolgung von Verbandsstraftaten nachgegangen.

Frister/Brinkmann kommen zu dem Ergebnis, dass nach dem derzeitigen Stand der Diskussion keine überzeugende Begründung dafür gegeben sei, die Selbstbelastungsfreiheit auch Verbänden zuzusprechen. Allerdings könne sich der Gesetzgeber auch gegen eine aktive Mitwirkungspflicht des Verbands entscheiden, müsse dann aber gesetzlich regeln, wie weit das Selbstbegünstigungsprivileg bei einem Verband reichen soll und wer es geltend machen kann (S. 110).

Bezüglich des Doppelbestrafungsverbots weisen die Autoren darauf hin, dass Art. 103 Abs. 3 GG dem Wortlaut nach lediglich eine mehrmalige Bestrafung, nicht aber eine mehrfache Bestrafung verbiete. Dementsprechend sei der Umstand, dass die Entscheidungsträger eines Verbandes als etwaige Anteilseigner zugleich faktisch von der Verbandssanktion betroffen sein können, jedenfalls so lange kein Problem des Art. 103 Abs. 3 GG, wie beide Sanktionen in einem Verfahren verhängt werden (S. 115). *Frister/Brinkmann* kritisieren aber den NRW-Gesetzesentwurf eines Verbandsstrafgesetzbuchs insoweit, als hier ein selbstständiges Verfahren betrieben werden soll. Fraglich sei insofern, ob eine Verselbstständigung des Verbandsstrafverfahrens noch mit Art. 103 Abs. 3 GG vereinbar wäre (S. 119). Die Verfasser plädieren daher dafür, die Sanktion gegen den Verband innerhalb des dazugehörigen Strafverfahrens gegen den Entscheidungsträger zu verhängen (S. 121).

Mit Blick auf das Verfassungsrecht sprechen sich *Frister/Brinkmann* dafür aus, auf die von ihnen beschriebenen Eingriffsbefugnisse im Rahmen der StPO zu verzichten und stattdessen die mittels der Eingriffsbefugnisse gegenüber den beschuldigten Entscheidungsträgern gewonnenen Erkenntnisse auch zur Verfolgung der Verbandsstraftat zu verwerten (S. 124).

Der Beitrag von *Soyer* widmet sich den Herausforderungen an die Verteidigung bei gleichzeitigen Ermittlungen gegen Verband und Individuum (S. 129 ff.). Hierzu werden die Eckpunkte des österreichischen justizstrafrechtlichen Haftungsmodells und die verfahrensrechtlichen Strukturvorgaben des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes (öVbVG) vorgestellt und daran anknüpfend ausgewählte prozessuale, verteidigungsorientierte Problemstellungen untersucht. Er kommt zu dem Ergebnis, dass gemeinsame Ermittlungen gegen Verband und Individuum je nach Haftungsmodell und Verfahrensstruktur unterschiedliche Verteidigungsmöglichkeiten eröffnen. Dabei sind Konfliktlagen bei gleichzeitigen Ermittlungen gegen Individualbeschuldigten und Unternehmensverband durchaus mit Ermittlungsverfahren gegen mehrere Individualbeschuldigte zu vergleichen. Allerdings Sorge der primär auf Prävention ausgerichtete Zweck des öVbVG für eine tendenziell erkennbare Besserstellung des Verbandes. Darüber hinaus seien in Österreich auch strukturell vorgegebene Möglichkeiten der Sockelverteidigung gegeben. De lege ferenda hält *Soyer* aber das in Deutschland geltende Verbot der Mehrfachverteidigung auch für das

öVbVG für erwägenswert.

Gräbener fasst im Anschluss die Diskussion des zweiten Tagungsabschnitts um „Grundfragen eines Strafverfahrens gegen Verbände“ zusammen (S. 139 ff.).

Das 4. Kapitel beschäftigt sich mit den Folgen eines Verbandsstrafrechts für das Gesellschaftsrecht und die Wirtschaft. *Rehm* zeigt in einer ökonomischen Betrachtung die Folgen eines Unternehmensstrafrechts für mittelständische Unternehmen auf (S. 147 ff.). Hierzu definiert sie zunächst den Begriff des Mittelstandes und charakterisiert dessen Rolle. Nach einigen grundlegenden theoretischen Überlegungen werden die Auswirkungen eines Unternehmensstrafrechts auf Unternehmen im Allgemeinen und den Mittelstand im Besonderen analysiert.

Dabei nimmt die Verfasserin als Ausgangsentwurf den NRW-Entwurf eines Verbandsstrafgesetzbuchs als Grundlage. Im gesellschaftlichen Interesse sei, dass ein Unternehmensstrafrecht der Verringerung von Straftaten diene und somit auch eine Schadensbegrenzungsfunktion hätte. Gleichzeitig müsse aber abgeschätzt werden, welche Folgen es hat, wenn Unternehmen aufgrund von Strafen aus Märkten ausscheiden müssten. Verluste von Arbeitsplätzen aber auch verringerte Wettbewerbsintensität auf den betroffenen Märkten seien zu berücksichtigen. Auch wenn eine exakte Quantifizierung der einzelnen Effekte kaum möglich sei, bestehe hier aus ökonomischer Sicht weiterer Forschungsbedarf. Auch der Nutzen von umfangreichen formalen Compliance-Strukturen überwiege aus Sicht der Unternehmen nicht unbedingt deren Kosten. Gerade mittelständische Unternehmen könnten durch den NRW-Entwurf überproportional belastet werden.

Da der NRW-Entwurf aber gerade wegen der einschneidenden Sanktionen und Maßregeln bis hin zur Verbandsauflösung nicht mehrheitsfähig war, ist die 2016 aufgeworfene ökonomische Perspektive von *Rehm* einer neuerlichen Modifizierung, ausgerichtet an aktuellen Entwürfen wie z.B. dem des Kölner Entwurfs eines Verbandsstrafgesetzbuchs, zu unterziehen.

Die Diskussion zu den Folgen eines Verbandsstrafrechts für das Gesellschaftsrecht und die Wirtschaft wird von *Kayadibi* zusammengefasst (S. 171 ff.).

Der Tagungsband schließt mit einem Sonderbeitrag von *Pieth* im 5. Kapitel zu Anwendungsproblemen des Verbandsstrafrechts in Theorie und Praxis anhand von Erfahrungen aus der Schweiz (S. 177 ff.). Der Autor zeichnet dezidiert die Gesetzgebungsgeschichte nach, um dann das geltende Schweizer Recht vorzustellen. Die Unternehmenshaftung in der Schweiz ist seit dem 1. Oktober 2003 in Kraft. Vier Elemente seien für die Haftung von Belang. Das schweizerische Recht hat einen extrem weiten Verbandsbegriff gewählt, so dass über die juristischen Personen des privaten und des öffentlichen Rechts hinaus auch weitere Gesellschaften und Einzelfirmen des Geschäftslebens erfasst sind. Zweite Voraussetzung ist eine Anlasstat,

wobei in der subsidiären Haftungsvariante alle Verbrechen und Vergehen Anlasstaten sein können. Die prinzipale Haftung ist dagegen nur auf bestimmte internationale Wirtschaftsdelikte anwendbar. Als drittes Element versucht das Gesetz den Bezug zwischen der Straftat und dem Unternehmenszweck in drei konsekutiven Formeln auf die eigentliche Betriebsbezogenheit einzuschränken: in einem Unternehmen, in Ausübung geschäftlicher Verrichtung und im Rahmen des Unternehmenszwecks (S. 187).

Der Autor gibt zu bedenken, dass gerade der Begriff der Betriebsbezogenheit eine Reihe spezieller Fragen bezogen auf bestimmte Deliktstypen aufwerfe. Zudem erschwere es sowohl der Begriff der Betriebsbezogenheit als auch der Unternehmensbegriff, die Haftung des Unternehmens auf non-profit Organisationen auszudehnen.

Der Organisationsmangel als viertes Kriterium ist nach Auffassung von *Pieth* „zweifelloso das anspruchsvollste“ (S. 189). Es werde nämlich eine ganz spezielle Form von Organisationsmängeln vorausgesetzt, nämlich, dass die Tat „wegen mangelhafter Organisation des Unternehmens keiner bestimmten natürlichen Person zugerechnet werden kann“ (S. 189). Die Formel bemühe sich darum, bei traditionellen Delikten die Unternehmenshaftung subsidiär zur Individualhaftung zu halten. Dagegen gehe die prinzipale Unternehmenshaftung direkt auf die klassischen Fragen der Verbandshaftung zu, nämlich dem Vor-

wurf an das Unternehmen, es habe nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen getroffen, um eine solche Tat zu verhindern. Der Autor plädiert dafür, die Verbandshaftung auszuweiten und eine umfassende Reform des Schweizerischen Verbandsstrafrechts anzustoßen (S. 196 f.).

Insgesamt gibt dieser Tagungsband eine Fülle von Denkanstößen rings um das gerade wieder aktuelle kriminalpolitische Thema des Unternehmensstrafrechts. Dabei ist nicht nur der Blick auf das österreichische und schweizerische Unternehmensstrafrechtsmodell interessant, auch die ökonomische Perspektive zeigt Forschungsgrauzonen auf. Die anderen juristischen Beiträge legen fundierte theoretische Grundlagen im materiellen Strafrecht und Strafverfahrensrecht, die die Ausgestaltung eines Unternehmensstrafrechts betreffen. Auch wenn es mittlerweile einen neuen Vorstoß durch den Kölner Entwurf eines Verbandsstrafgesetzes gibt, der genau dieser Forschungsgruppe entsprungen ist, die diese Tagung veranstaltet hat, so ist doch die genaue Ausgestaltung eines wie auch immer gearteten Unternehmensstrafrechts oder Unternehmensordnungswidrigkeitenrechts noch offen. Im Koalitionsvertrag hat sich die Regierung jedenfalls das Ziel gesetzt, das Sanktionsrecht für Unternehmen neu zu regeln. Anregung und theoretische Grundlagen hierfür bietet der vorliegende Tagungsband.

Sara Brinkmann: Zum Anwendungsbereich der §§ 359 ff. StPO – Möglichkeiten und Grenzen der Fehlerkorrektur über das strafrechtliche Wiederaufnahmeverfahren

von Anke Arkenau

2017, Duncker & Humblot GmbH, Berlin, ISBN: 978-3-428-15121-9 (Print), S. 294, 79,90 €.

Das vierte Buch der Strafprozessordnung mit dem Titel „Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Verfahrens“ mutet mit lediglich 18 Paragraphen, konkret den §§ 359 ff. StPO, durch eine in der Laiensphäre augenscheinliche und etwaig durch selbigen Anschein bedingte Einfachheit und Prägnanz an. Dass genau dieser Schein trügt und nicht zuletzt durch höchstrichterliche Rechtsprechung – namentlich keinem Geringeren als dem *BGH* selbst – hinreichender diskursiver Zündstoff in dieser Thematik liegt, belegt *Brinkmann* in ihrem vorliegenden Werk in beeindruckender Art und Weise. Inspiriert von dem von *Ekkehard Appl*¹ als kurios klassifizierten Fall „Der fingierte Tod des Angeklagten“, BGHSt 52, 119, widmet sich *Brinkmann* eigens und anderweitig erkanntem dogmatischem Neuland (S. 13) und nimmt dieses zum Anlass, die zu Grunde liegende komplexe und fehleranfällige Materie vorweggenommen erfolgreich zu erhehlen. Schon beim Lesen der einleitenden Ausführungen von *Brinkmann* wird deutlich, dass das Leitthema der Arbeit nicht nur an den kleinen Rädchen unseres Rechtsstaates dreht, sondern vielmehr die Grundfeste desselben tangiert, was sich in Formulierungen wie „das Streben nach Wahrheit und Gerechtigkeit“ (S. 14) widerspiegelt.

Für ihre anspruchsvolle Arbeit wurde neben anderen Preisträgern auch *Brinkmann* mit dem Promotionspreis 2016 der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf, gestiftet von den Schweitzer Fachinformationen, für herausragende wissenschaftliche Leistungen ausgezeichnet.²

Zugegebenermaßen fällt die vorliegende Rezension sehr umfassend aus. Dieses ist vor dem Hintergrund des Anspruchs, die wesentlichen von der Autorin herausgearbeiteten Kernpunkte in ihren Grundzügen darzustellen, um die Arbeit abschließend in ihrer Gesamtheit bewerten zu können, durchaus geboten. Eine Straffung der nachfolgenden Ausführungen würde der Bearbeitungsbreite und -tiefe des Werks von *Brinkmann* nicht gerecht werden.

Nach einer prägnant problemorientierten und zugkräftigen Einführung (S. 13 ff.) teilt sich die Arbeit von *Brinkmann* in drei Kapitel auf, die in einem zusammenfassenden Fazit (S. 270 ff.) münden. Diesem Aufbau folgend widmet sich *Brinkmann* zunächst allgemein dem Begriff

des Fehlurteils aus inhaltlicher wie zeitlicher Perspektive (S. 19 ff.). Eine Debatte über die nicht als unkritisch zu betrachtende Lehre der Urteilsnichtigkeit schließt sich an (S. 27 ff.). Diesem folgt ein „Querschnitt durch die gesetzlich vorgesehenen Korrektursysteme“ (S. 39), was im Hinblick auf die Leitfrage, welche sich aus dem Untertitel der Arbeit ergibt, grundlegend und folgerichtig ist (S. 39 ff.). Von gleichsam genereller Natur ist der sich anschließende Diskurs über Rechtskraft versus Vertrauensschutz, welcher in der Feststellung des optionalen Zugriffs auf gerichtliche Entscheidungen mündet (S. 66 ff.), womit *Brinkmann* in die Folgekapitel und die konkreten Möglichkeiten und Grenzen der Fehlerkorrektur über das Wiederaufnahmeverfahren überleitet. Hierbei sind zunächst unterkategorisierte Fälle im Rahmen von Sachurteilen Betrachtungsgegenstand, zu denen es zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung an bestimmten entscheidungserheblichen Erkenntnissen mangelte (S. 80 ff.). Mit dem anschließenden Fokus auf Prozessurteile stellt *Brinkmann* im Weiteren Fälle dar, in denen es gerade nicht an einer Information fehle, sondern vielmehr irriige Annahmen in dadurch bedingt fehlerhaften Entscheidungen münden (S. 159 ff.). Im Folgekapitel erörtert *Brinkmann* den fall-spezifischen Umgang mit gerichtlichen Entscheidungen, denen Rechtsanwendungsfehler zu Grunde liegen (S. 224 ff.) und prüft gleichsam das Anwendungspotential des Wiederaufnahmeverfahrens. Im Ergebnis trifft *Brinkmann* deutliche, klarstellende und für die Anwendungspraxis hilfreiche Aussagen in einem sehr präzise formulierten und aus fachlicher Sicht gewinnbringendem Fazit (S. 270 ff.).

In ihrer Einleitung (S. 13 ff.) eröffnet *Brinkmann* eingangs das Spannungsfeld zwischen der Rechtskraft eines gerichtlichen Urteils und dem etwaigen Bedürfnis, eine fehlerhafte Entscheidung im Nachgang zu korrigieren (S. 14). Diesen Konflikt zu lösen seien insbesondere die Regelungen zur Wiederaufnahme nach §§ 359 ff. StPO bestimmt (S. 14), die in ihren Ursprüngen bis heute in abschließender Aufzählung gleichsam ihre Anwendungsfälle begrenzen (S. 15). Bei glasklarem Wortlaut der Vorschriften bestehe Klärungsbedarf hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung und praktischer Hürden (S. 15). Die einschlägigen strafprozessualen Vorschriften seien relativ beständig geblieben, es fehle jedoch an einer Adaption der sich entwickelnden Rechtslage, insbesondere mit Blick auf Entscheidungen auf dem Beschlusswege (S. 17). Bei

¹ Der entsprechende Beitrag dazu findet sich bei *Appl*, in: Festschrift für Klaus Tolksdorf, Köln 2014, S. 179-188.

² Siehe hierzu <http://www.jura.hhu.de/service1/aktuelles/article/sara-brinkmann-alina-frank-und-maximilian-heuger-mit-dem-promotionspreis-2016-gestiftet-von-den-sch-1.html> (zuletzt abgerufen am 28.4.2018).

kurz beschriebenen und flankiertem Betrachtungsgegenstand (S. 16-18) sollen auch unter Berücksichtigung einschlägiger Untersuchungen sowie anhand konkreter Fallkonstellationen mögliche Lösungen entwickelt werden (S. 18).

Soweit fehlerhafte Entscheidungen bzw. Fehlurteile Grundlage der vorliegenden Untersuchung sind, bedarf es unstrittig einer eingrenzenden Begriffsbestimmung, die *Brinkmann* in ihrem ersten Kapitel vornimmt (S. 19 ff.). Nach kurzer Erörterung objektiver und subjektiver Einflüsse bei gerichtlichen Entscheidungsfindungen und den Folgen einer Fehlentscheidung in der Öffentlichkeit sei „das fehlerhafte Urteil, auch das rechtskräftige, ein tatsächliches und trotz größtmöglicher Vorsorge nicht zu vermeidendes Faktum“ (S. 19). Vor dem Hintergrund, dass zur Wahrheitsfindung insbesondere auch durch die Strafprozessordnung nur begrenzt Mittel und Methoden zur Verfügung ständen, seien Entscheidungen dann fehlerhaft, wenn „die zugrunde liegende Tatsachenbasis dieser forensischen Wahrheit nicht entspricht“ oder Subsumtions- sowie Verfahrensfehler unterlaufen seien (S. 21), sowohl zugunsten als auch zuungunsten des Betroffenen³ (S. 22). Mit Bindungswirkung (S. 22-24) sei dem entscheidenden Richter der Zugriff auf dessen Entscheidung grundsätzlich verwehrt, der Schritt zur nächsten Instanz obligatorisch (S. 24). Als Ausnahme ergebe sich aus § 267 StPO ein „für alle Beteiligten offensichtliches Versehen nichtsachlicher Art“ unter Ausschluss einer Abänderung des Entscheidungsinhaltes, namentlich „Rechen-, Schreib- und Fassungsfehler“, die einer Korrektur durch den entscheidenden Richter selbst zugänglich seien (S. 24 f.). Die Diskussion um die logische Folgefrage einer etwaigen Nichtigkeit schwerwiegend fehlerbehafteter Entscheidungen (S. 27 ff.) entscheidet *Brinkmann* derart, als dass sie auf die Verfahrensordnung im Allgemeinen und nicht zuletzt auf die Wiederaufnahmevorschriften und dem damit manifestierten Willen des Gesetzgebers verweist, der damit „vorgeschriebene[n] Bahnen“ festgelegt habe, deren Verlassen unnötig sei, da sich solche Fälle durch Anwendung geltenden Rechts lösen ließen (S. 38).

Im Kontext fehlerhafter Entscheidungen unternimmt *Brinkmann* nunmehr einen Ausflug in die im Grundsatz gesetzlich gegebenen „Korrektursysteme“ als Grundlage für die Anschlussfrage, ob für diese und speziell für die Wiederaufnahme gem. §§ 359 ff. StPO Erweiterungsbedarf bestehe (S. 39). Die Wiederaufnahme (S. 39-51) klassifiziert *Brinkmann* als „die prominenteste Möglichkeit zur erneuten Überprüfung einer rechtskräftigen Entscheidung“ sowie mit Blick auf das gesamte Vierte Buch der Strafprozessordnung als „in sich geschlossenes Regelsystem“ (S. 39). Als wesentlichen Unterschied der Wiederaufnahme zugunsten und zuungunsten des Verurteilten bzw. Angeklagten führt *Brinkmann* an, dass selbige zuungunsten gerade nicht aufgrund einer neuen Erkenntnislage möglich sei (S. 40). Eine Darstellung des Streitstandes

dazu folgt (S. 40-42). Finden in der Hauptsache Wiederaufnahmeanträge zugunsten des Verurteilten ihre Grundlage in § 359 Nr. 5 StPO, führen die sonstigen Gründe aus § 359 StPO eher ein praktisches Schattendasein (S. 42 f.), so dass auch *Brinkmann* im Weiteren ihren diskursiven Fokus auf diese Vorschrift legt, zunächst den absoluten Wortlaut des Gesetzestextes betrachtend, in dessen Auslegung neue, substanzielle Erkenntnisse erforderlich seien (S. 43-45). Im Übrigen verlange der Gesetzestext die zu begründende Eignung des Vorgetragenen, die in § 359 Nr. 5 StPO beschriebenen Begünstigungen zu erreichen, wobei gerade nicht zu fordern sei, dass sich dieses in einem konkreten Antragsziel erschöpfe (S. 45-47). Ausführungen zur gerichtlichen Zuständigkeit, den Stufen des Verfahrens und den konkreten Abläufen und Rahmenbedingungen umrahmen die Erörterungen (S. 47-49), wobei dargelegt wird, dass „in der Praxis große Zurückhaltung beim Tätigwerden zugunsten des Verurteilten vorzuherrschen“ scheint (S. 49), sowohl auf Seiten der Staatsanwaltschaft (S. 49 f.), als auch auf Seiten der Verteidigung (S. 50 f.). Auf die letztinstanzliche Kontrollfunktion des *BVerfG* mittels Individualverfassungsbeschwerde als Garant effektiven Rechtsschutzes weist *Brinkmann* im quasi thematisch fließenden Übergang hin (S. 51).

Die in den darauf folgenden Abschnitten dargestellten gesetzlich normierten Korrektive mit mehr oder minderer Praxisrelevanz sind mit Blick auf den Schwerpunkt der Arbeit von der Autorin angemessen straff gehalten. Dem Klageerzwingungsverfahren gem. §§ 174 Abs. 2, 211 StPO spricht *Brinkmann* auch mit dem Blick auf denkbaren Erfolg „Seltenheitswert“ zu (S. 51). Bei augenscheinlich erkennbaren Parallelen zu § 359 Nr. 5 StPO zieht *Brinkmann* konturscharfe Trennlinien zwischen diesen Regelungen (S. 52 f.). Das Korrektiv der Anhörungsrüge gem. §§ 33a, 311 a StPO – ergänzend auch des § 356a StPO – biete punktuell Interventionspotential aufgrund eines konkret umrissenen Verfahrensverstößes, der in Abgrenzung zum Wiederaufnahmeverfahren auch von Amts wegen möglich sei (S. 53 f.). Das Regulativ der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gem. § 44 ff. StPO sei durch Ausnahmen der Rechtsprechung geprägt und systemimmanent begrenzt (S. 54-56). Auch ermögliche das Instrument der grundgesetzlich geregelten Verfassungsbeschwerde unter bestimmten engen Voraussetzungen den optionalen Angriff eines rechtskräftigen Urteils, wobei abgrenzend zu §§ 359 ff. StPO Identität zwischen im Ursprung und neu entscheidendem Gericht bestehen könne (S. 56 f.). Am Rande wird auf das besonders spezifische Korrektiv des § 79 Abs. 1 BVerfGG als quasi ungeschriebener § 359 Nr. 7 StPO hingewiesen, welches zwar einen direkten Bezug zu den Wiederaufnahmevorschriften nimmt, in den Voraussetzungen jedoch übergeordnetes Verfassungsrecht beschreibe (S. 57 f.). Die Verfahrensgarantie, die sich aus Art. 6 EMRK ergebe, realisiere sich in der Wiederaufnahmevorschrift zu § 359 Nr. 6 StPO, habe jedoch nur wenig praktische Bedeutung, da

³ Allein aus Gründen der besseren Lesbarkeit werden ausschließlich männliche Begriffsbezeichnungen verwendet. Diese sind so zu verstehen, als dass sowohl weibliche sowie männliche Personen gemeint sind.

der Wiederaufnahme die Feststellung der Konventionswidrigkeit im konkreten Einzelfall durch den Gerichtshof, erstritten durch den Betroffenen selbst, voranzugehen habe (S. 59 f.). Des Weiteren beinhalte der § 458 Abs. 1 StPO einen „echten Rechtsbehelf“, sei aber „als echtes Korrekturmittel“ eher untauglich (S. 60), da der Zweck der Vorschrift gerade nicht sei, „unrichtige Urteile richtig zu machen“ (S. 61). Die Lösung über das Strafvollstreckungsverfahren finde jedoch als „pragmatische Alternative zur Wiederaufnahme nach §§ 359 ff. StPO“ in der Diskussion ihre Existenzberechtigung (S. 62). Es sei nicht ausgeschlossen, dass das im Folgenden diskutierte Gnadenverfahren (S. 62 ff.) eine Schnittmenge zum Wiederaufnahmeverfahren genau dann aufweise, wenn „Mängel des Urteils“ korrigiert werden sollen (S. 63), reduziere sich aber auf die Anwendbarkeit in Einzelfällen ohne Grundsatzcharakter (S. 64). Beim zuletzt besprochenen Instrument der Gegenvorstellung (S. 64 f.) mangle es auf der einen Seite an Praxisrelevanz, zum anderen fehle es an Anwendbarkeit auf den hauptsächlichlichen Betrachtungsgegenstand der Arbeit (S. 65).

In dem dieses Kapitel abschließenden Unterkapitel diskutiert *Brinkmann* Pro und Contra zu der Frage, inwiefern die Korrigierbarkeit einer Entscheidung sich allein aus ihrer Rechtskraft herleiten lasse (S. 66 ff.). Die Rechtskraft sei – anders als in der Schweiz – im deutschen Strafprozessrecht nicht ausdrücklich normiert, bilde jedoch das „Fundament des rechtsstaatlichen Verfahrens“ (S. 66) ab, in dem sich das Ziel eines jeden Prozesses in Form einer endgültigen Entscheidung im Sinne eines Schlusspunktes verwirkliche (S. 66), um damit im Grundsatz „Unabänderbarkeit“ zu gewährleisten (S. 67). Nach kurz andiskutierten Defiziten dieses Ansatzes (S. 67-69) stellt *Brinkmann* eine eigene alternative Betrachtungsweise vor (S. 69 ff.). Aus dem „Gebot der Rechtssicherheit“ ergebe sich der „Topos des Vertrauensschutzes“ mit der „Erwartung von Kontinuität im Recht“ (S. 70). Wesentliches Prozessziel sei in diesem Kontext die Herstellung und Aufrechterhaltung des allgemeinen Rechtsfriedens (S. 73) unter Gewährleistung des Vertrauens in den Bestand gerichtlicher Entscheidungen (S. 75). Als gleichsamer Verkörperung eines Missverhältnisses dieser Prinzipien habe der Gesetzgeber insbesondere mit den §§ 359 ff. StPO diejenigen Fälle geregelt, in denen gerade „das Vertrauen in die Beständigkeit der Entscheidung nicht mehr berechtigt erscheint, da die rechtsstiftende Funktion des Verfahrensabschlusses nicht mehr gewährleistet“ sei (S. 79), um damit in die konkretisierenden Folgekapitel überzuleiten.

Den Hauptteil der Arbeit von *Brinkmann* nimmt das nunmehr folgende Kapitel, welches sich mit „aus tatsächlichen Gründen fehlerhafte[n] Entscheidungen“ befasst, ein (S. 80-223). In den zwischen Sach- (S. 80 ff.), Prozessurteilen (S. 159 ff.) und urteilsersetzenden Beschlüssen (S. 187 ff.) differenzierenden Darstellungen – Überschneidungen werden punktuell erörtert – werden diejenigen Fälle diskutiert, zu denen „dem Gericht [...] im Zeitpunkt der Entscheidung bestimmte Umstände nicht bekannt [waren], deren Kenntnis dem Verfahren eine andere Wendung gegeben hätte“ (S. 80). *Brinkmann* untersucht

vor diesem Hintergrund, ob die Wiederaufnahmeregelungen auf derart fehlerhafte Entscheidungen aufgrund von klassischen Verfahrenshindernissen, Beweisverwertungsverboten und sonstigen Verfahrensfehlern anwendbar sind (S. 80). Flankierend unternimmt *Brinkmann* sinngemäß „die Eingliederung des Strafbefehls in das System der Wiederaufnahme“ (S. 142 ff.).

Als erstes klassisches Verfahrenshindernis erfolgt die Betrachtung der Strafunmündigkeit als absolutes Strafverfolgungshindernis (S. 81 f.). Bei fehlerhaften Entscheidungen, denen die irriige Annahme eines Alters über vierzehn Jahren oder der falschen Annahme, die Handlung sei später – als Strafmündigkeit gegeben war – erfolgt, seien weder die Urteilsnichtigkeit, noch das Gnadenverfahren eine Lösungsoption, sondern die Anwendung des Wiederaufnahmeverfahrens opportun (S. 82). Der Rückgriff auf § 359 Nr. 1, 2 StPO sei prekär (S. 83). Vielmehr sei § 359 Nr. 5 StPO als „Generalklausel“ (S. 84) das geeignete Rechtsinstrumentarium, einen solchen Mangel zu beheben (S. 84-89). Der Folgeabschnitt betrachtet die etwaige Verjährung der Tat (S. 89-94). Diskussionsgegenstand seien die Fälle, in denen das Gericht zum Entscheidungszeitpunkt Umstände nicht kenne, die eine Verjährung und damit die Nichteröffnung des Hauptverfahrens bzw. die Einstellung begründen würden (S. 89). *BGH* und herrschende Literatur erachten die Wiederaufnahme, speziell gem. § 359 Nr. 5 StPO, als einschlägig bzw. zulässig (S. 90). Soweit *Brinkmann* mit Blick auf die dogmatische Rechtfertigung nach umfassender Argumentation den Bezug zur Schuldfrage negiert (S. 90-93), schließt sie sich im Ergebnis der Einschlägigkeit des § 359 Nr. 5 StPO an (S. 93 f.). Trotz gleichgelagerter aber auch entgegenstehender gerichtlicher Ansichten (S. 95 f.) konstatiert *Brinkmann* bei fehlendem Strafantrag als unabdingbare Prozessvoraussetzung die Eignung des § 359 Nr. 5 StPO als anwendbares Korrektiv, da in den dargestellten Fällen „eine[r] die Wiederaufnahme rechtfertigende Qualität“ (S. 97) erreicht sei. Die Sonderkonstellation einer etwaigen Amnestie (S. 97 f.) lasse nach Ansicht von *Brinkmann* die Anwendung des Wiederaufnahmeverfahrens gem. § 359 Nr. 5 StPO zu, soweit „neue Beweisergebnisse im Hinblick auf die Amnestiefähigkeit angeboten“ würden (S. 98).

Der Abschnitt „Verbot der Doppelbestrafung“ (S. 98-109) und die feststellbare Unkenntnis über die Anwendbarkeit der Wiederaufnahmeverfahren „reicht sich [...] in die Fallgruppen von Fehleinschätzungen betreffend die Strafmündigkeit, verjährungsunterbrechende Handlungen den Strafantrag oder das Eingreifen einer Amnestie nahtlos ein“ (S. 103). Bieten Denkansätze zu einer etwaigen Urteilsnichtigkeit, zum Gnadenweg oder einer vollstreckungsrechtlichen Lösung kein geeignetes Korrekturinstrument (S. 102), könne die vermeintliche Regelungslücke zur Korrektur einer Entscheidung contra dem Verbot der Doppelbestrafung durch § 359 ff. StPO, konkret durch § 359 Nr. 5 StPO, geschlossen werden (S. 103). Dass die scheinbar schlichte Theorie in der Praxis Grenzen erfahren könne, macht *Brinkmann* anhand einer einschlägigen potentiell materiell widersprüchlichen Raub-Hehlerei-

Konstellations deutlich (S. 105-107), wobei an der grundsätzlichen Eigenschaft als Korrektiv für solche Fälle nicht gezweifelt wird (S. 107).

Im Weiteren ist die Verhandlungsfähigkeit bzw. -unfähigkeit des Angeklagten Betrachtungsgegenstand der Untersuchung von *Brinkmann* (S. 109-114) mit Blick auf selbige im Rahmen der Tatsacheninstanz (S. 110). Als Verfahrenshindernis sei bei Dauerhaftigkeit die Beendigung bzw. im Zweifelsfälle die vorläufige Einstellung herbeizuführen (S. 110). *Brinkmann* stellt die Anwendbarkeit der Wiederaufnahme, speziell des § 359 Nr. 5 StPO aber auch weiterer Konstellationen, zugunsten des Verurteilten grundsätzlich fest (S. 112). Soweit die Verhandlungsunfähigkeit des Angeklagten auch im Rahmen der Wiederaufnahme fortwirke, sei dieses kein Hinderungsgrund für die Durchführung desselben. Das Vierte Buch halte auch für diese Konstellation mit § 371 Abs. 2 StPO eine Lösungsoption bereit (S. 113 f.).

Zur Frage, wie beim Fehlen einer deutschen Gerichtsbarkeit zu verfahren sei (S. 114-117), positioniert sich *Brinkmann* derart, dass im ersten Schritt keine grundsätzliche Urteilsnichtigkeit angenommen werden könne, soweit „Irrtümer über das Vorliegen der sachlichen Voraussetzungen“ vorlägen, welche „die dennoch ergangene Entscheidung fehlerhaft und anfechtbar“ machen würden (S. 115). Für den Fall einer gegebenen parlamentarischen Immunität sei die Einstellung des Erstfahrens endgültig (S. 116). Den Diskurs, ob bei Verfahrenseinstellung Schutz vor erneuter Strafverfolgung in der Zukunft gegeben sei, lässt *Brinkmann* mangels Einschlägigkeit offen (S. 116). Soweit jedoch neue Erkenntnisse offenbar würden, „dass der Angeklagte zur Zeit der Verurteilung der deutschen Gerichtsbarkeit nicht unterworfen war und das Verfahren hätte eingestellt werden müssen, so steht der Anwendbarkeit des Wiederaufnahmeverfahrens demnach nichts entgegen, sofern das Gericht die tatsächlichen Umstände nicht kannte, aus denen sich die fehlende Gerichtsbarkeit ergibt“ (S. 116). Die Reihe der zuvor genannten Fallkonstellationen schreibe sich insofern fort (S. 117).

Darüber hinaus stelle auch ein im Folgeabschnitt in gebotener Kürze behandelte Verstoß gegen den „im internationalen Strafrecht beheimateten Spezialitätsgrundsatz“ (S. 117), einschlägig in speziellen Fragen der Auslieferung, ein relevantes Verfahrenshindernis dar, welches im Wiederaufnahmeverfahren Berücksichtigung finden könne (S. 118). Auch können sich Defizite bei der Anklage und dem darauf basierenden Eröffnungsbeschluss ergeben (S. 119-122), welche sich derart verkörpern können, als dass „insgesamt oder hinsichtlich einzelner Taten oder Angeschuldigter keine Anklage erhoben wurde oder keine Eröffnungsentscheidung ergangen oder als Urkunde nicht existent ist, weil die Beschlussfassung nicht schriftlich fixiert wurde“ (S. 119). Soweit es an dieser Verfahrensvoraussetzung fehle, sei die Einstellung des Verfahrens opportun und in konsequenter Fortführung des vorab Festgestellten die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Wiederaufnahmeverfahren gegeben (S. 121 f.).

Anschließend stellt *Brinkmann* die Frage, inwieweit die Wiederaufnahmeverfahren gem. §§ 359 ff. StPO auf Fehler im Rahmen der Beurteilung der Beweisverwertbarkeit anwendbar sind (S. 122-128). Bei gegebener Falldiversität sei nachvollziehbar regelmäßig kein Prozesshindernis gegeben (S. 123). Einleitend konstatiert *Brinkmann* die grundsätzliche Zugänglichkeit der §§ 359 ff. StPO, insbesondere der §§ 359 Nr. 2, 3 StPO (S. 123). Die etwaige Anwendbarkeit des § 359 Nr. 5 StPO entscheidet *Brinkmann* unter Berücksichtigung der Besonderheiten der „Widerspruchslösung“ eindeutig zugunsten einer solchen (S. 124-126). Im Gegensatz zu den in den vorherigen Abschnitten behandelten Verfahrenshindernissen tangiere das Beweisverwertungsverbot gerade nicht das Verfahren an sich, sondern vielmehr den Schuldspruch bzw. Strafausspruch als solches, soweit einzelne oder hauptsächlich belastende Beweismittel fraglich seien (S. 126) und es dem Verurteilten gelinge, neue Erkenntnisse beizubringen, welche „die Unverwertbarkeit eines die Verurteilung wegen des konkreten Tatbestandes wesentlich stützenden Beweises belegt[en]“ (S. 127). Der gegensätzliche Fall zuungunsten des Verurteilten, bei dem irrtümlich ein Beweisverwertungsverbot zu einem belastenden Umstand vom Gericht angenommen wurde, sei ausschließlich unter den Voraussetzungen des § 362 Nr. 4 StPO wiederaufnahmefähig (S. 127 f.).

Der nächste Abschnitt (S. 128-141) umfasse Konstellationen, in denen „bei der Anwendung von formellem Recht von falschen tatsächlichen Ereignissen und Verhältnissen ausgegangen wird“ (S. 128), welche über die in den §§ 359 Nr. 1-3, 362 Nr. 1-3 StPO beschriebenen Anwendungsfälle hinausgehen und als sonstige Verfahrensfehler bezeichnet würden. So sei der Anwendungsbereich des Wiederaufnahmeverfahrens regelmäßig nicht, aber durchaus dann eröffnet, soweit das Gericht über seine örtliche Zuständigkeit irrte, dieses durch neue Erkenntnisse belegt und der Einwand durch den Angeklagten gem. § 16 S. 3 StPO mit der Folge der Einstellung rechtzeitig erfolgt sei (S. 130 f.). Die facettenreichen Fallkonstellationen und abwägenden Ausführungen (S. 132-135) zu der unzulässigen Abwesenheit eines Angeklagten ergeben wenig Relevanz für eine eventuelle Wiederaufnahme, fänden ihre regulierenden Instrumentarien vielmehr an anderer Stelle (S. 132, 134). In Fällen der Befangenheit des Gerichtes verhalte es sich sinngemäß (S. 135-138), soweit der Anwendungsbereich des § 359 Nr. 3 StPO nicht tangiert sei (S. 137). In Bezug auf § 359 Nr. 5 StPO sei keine Einschlägigkeit gegeben (S. 137). Verfahrensmängel, die über die Strafzumessungslösung reguliert werden, seien einer Wiederaufnahme im Grundsatz kaum zugänglich (S. 139-141), allenfalls mittels bereits festgestellter Konventionswidrigkeit durch den Gerichtshof selbst oder aufgrund eines wie oben dargestellten klassischen Verfahrenshindernisses (S. 141). Als Zwischenfazit konstatiert *Brinkmann*, dass sonstige Verfahrensfehler eine Wiederaufnahme wiederkehrend nicht begründen (S. 142).

Einen eigenen Abschnitt vor dem Hintergrund der Gesamthematik eröffnet *Brinkmann* für das Strafbefehlsverfahren gem. §§ 407 ff. StPO (S. 142-159). Dieses begrün-

det die Autorin mit der gesetzlich geregelten „urteilsgleichen Wirkung im Falle der Nichtanfechtung“ trotz Erlasses auf dem Beschlusswege (S. 142). Das Strafbefehlsverfahren gelte „als prozessökonomische und ressourcenschonende Möglichkeit, Fälle von leichter bis mittlerer Kriminalität abzuwickeln“ (S. 143) unter Einhaltung des vorgegebenen Rahmens (S. 143 f.). Eine Wiederaufnahme sei auch – neben den §§ 359 ff. StPO – über § 373a Abs. 1 StPO unter den dort beschriebenen Voraussetzungen mit der Folge der Verurteilung wegen eines Verbrechens und gerade nicht wegen eines Vergehens möglich, wobei *Brinkmann* die Berücksichtigung sich nachträglich ergebender Tatfolgen argumentativ ablehnt (S. 145-147). Ein diesbezüglicher Rückgriff auf § 359 Nr. 5 StPO sei nicht statthaft (S. 147). Nach Ansicht von *Brinkmann* finde der durch § 373a Abs. 1 StPO manifestierte, im Vergleich zum Regelverfahren geringere, Bestandsschutz durchaus seine Existenzberechtigung (S. 147-151). Die Wiederaufnahme zugunsten aber auch zuungunsten sei möglich, die bislang festgestellten Erkenntnisse seien übertragbar (S. 151). Soweit das Strafbefehlsverfahren erhöhtes Gefahrenpotential in Bezug auf das Verbot der Doppelbestrafung optional in sich trage, seien Problemfälle über die Wiederaufnahmevorschriften lösbar (S. 152-154). Auch bei eingetretener Rechtskraft eines Strafbefehls bei gleichzeitig eingelegtem Einspruch des Angeklagten sei das Verbot der Doppelbestrafung tangiert (S. 155), wobei die im Detail zu differenzierenden Konstrukte zumindest auch über die Wiederaufnahme zu regeln geeignet seien (S. 154-159).

Das zweite Unterkapitel in diesem Hauptteil widmet sich abschnittsweise zunächst klassischen Verfahrensfehlern im Rahmen von Prozessurteilen, namentlich den Verfahrenshindernissen (S. 159-179). Die zu diskutierenden Fälle haben im Gegensatz zum vorherigen Unterkapitel gemein, dass die Existenz solcher Verfahrenshindernisse irrig angenommen würde, was in einer Verfahrenseinstellung nach §§ 206a, 260 Abs. 3 StPO und damit einer fehlerhaften Entscheidung gemündet sei (S. 159/160).

Soweit es an „prozessuale[r] Substanz“ in Form von Anklage, Eröffnungsbeschluss oder Zuständigkeit fehle, was in einer Einstellung münde, stehe einer erneuten Initiierung des Verfahrens nichts entgegen, lediglich die Fortführung sei unzulässig (S. 161). Einem Zugriff auf diese fehlerhafte Entscheidung bedürfe es gerade nicht (S. 162). Bei irriger Annahme einer eingetretenen Verjährung (S. 162-170) und einer damit einhergegangenen Einstellung des Verfahrens, mache letzter Schritt den Vorgang unzugänglich (S. 165). Die „Verfolgungsverjährung [sei] ihrer Natur nach ein nicht behebbares Verfahrenshindernis“ (S. 165). Darüber hinaus sei konkludent anzunehmen, dass „die Tat andere, noch nicht verjährte Straftatbestände nicht erfüllt“, so dass es „mit der Sache in ihrer Gesamtheit nun sein Bewenden“ habe (S. 166). Ein optionaler Zugriff ergebe sich lediglich über §§ 359 ff. StPO, wobei die Legitimation im Bereich der Vorschriften zuungunsten des Angeklagten zu verorten seien. Hier seien unter bestimmten Voraussetzungen § 362 Nr. 1-3 StPO, aber nicht undifferenziert und auf den ersten Blick auch Nr. 6 ein-

schlägig (S. 167-170). Soweit es an der Prozessvoraussetzung eines Strafantrages fehle und in diesem Zusammenhang zu einer fehleinschätzungsbedingten Einstellung gekommen sei (S. 170-173), ergäben sich scheinbar unbequeme, jedoch unumgängliche Konsequenzen (S. 172). Zum einen habe das Gericht im Rahmen der geltenden Fristen auf eine neue Strafantragsstellung hinzuwirken. Nach Ablauf der Frist mit Folge der Einstellung könne die Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten das einschlägige Korrektiv sein (S. 172 f.).

Führe die anschließend diskutierte Fallkonstellation einer nicht nur vorübergehenden Verhandlungsunfähigkeit des Angeklagten (S. 173-176) trotz seines prognostischen Charakters im letzten Mittel zur Einstellung des Verfahrens, so entstehe auch für diesen Fall Bindungswirkung (S. 174). Einem Irrtum über die Dauerhaftigkeit der Verhandlungsunfähigkeit, welche in der Prognose aufgehe, sei über die ungünstige Wiederaufnahme zu begegnen (S. 175). Nicht vorbehaltlos kämen nach Ansicht von *Brinkmann* insbesondere die Optionen des § 362 Nr. 1, 2 und 4 StPO in Betracht (S. 175 f.). Das Verbot der Doppelbestrafung könne laut *Brinkmann* dann einschlägig werden, wenn in der Entscheidung über eine bereits erfolgte Aburteilung einer Tat mit der Folge einer Einstellung geirrt werde (S. 176). Ein Strafklageverbrauch liege nicht vor, eine Wiederaufnahme sei opportun. Anwendungsfälle ergäben sich insbesondere aus § 362 Nr. 1 und 4 StPO (S. 177). Letztlich biete die Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten sogar Zugriffsmöglichkeiten auf Verfahren, welche aufgrund „schwerwiegenden[r] Verstöße[n] gegen die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens“ eingestellt wurden, beispielsweise einer im Detail zu betrachtenden Einstellung aufgrund einer überlangen Verfahrensdauer (S. 177 f.). Vorgenannte Erkenntnisse werden abschließend in einem Zwischenfazit in aller Kürze zusammengefasst (S. 178 f.).

Auch im Kontext der Prozessurteile erfährt das Strafbefehlsverfahren in einem eigenen Abschnitt eine gesonderte Betrachtung (S. 179-187). Einleitend erfolgt eine umfassende Erörterung strafprozessualer Folgen und Reaktionsoptionen im Falle des Einspruchs gegen einen Strafbefehl und dem anschließenden Ausbleiben des Angeklagten bei der anstehenden Hauptverhandlung, die allerdings außerhalb der Wiederaufnahme zu finden seien (S. 179-185). Ein sinngemäß gleichlautendes Ergebnis erarbeitet *Brinkmann* mit Blick auf die fehlerhafte Verwerfung eines prozessual unzulässigen nicht fristgerechten Einspruchs (S. 186 f.).

Im dritten und letzten Unterkapitel des Hauptteils ihrer Arbeit befasst sich *Brinkmann* mit dem Phänomen urteilsersetzender Beschlüsse (S. 187-223) vor dem Hintergrund der Fragestellung, ob „bei Ersetzung der Urteile durch einen entsprechenden Beschluss die gefundenen Ergebnisse übertragbar sind“, wie sie für die Wiederaufnahme im Rahmen von Prozessurteilen festgestellt wurden (S. 187). Der Fokus liege hierbei auf BGHSt 52, 119 (S. 187). § 206a StPO sei dem Grunde nach verfahrensökonomisch orientiert (S. 187). Soweit ein Verfahrenshindernis vor-

liege, sei der entsprechende Einstellungsbeschluss obligatorisch. *Brinkmann* führt auf Basis verschiedenster Ansichten einen ausführlichen Diskurs über die grundsätzliche Sperrwirkung von Beschlüssen im Spannungsfeld zwischen Unantastbarkeit und dem Absprechen jedweder Bestandskraft, auch vor dem Hintergrund der Bedeutung von solchen Beschlussfassungen in der gegenwärtigen Rechtswirklichkeit (S. 189-196). Trotz Existenz der §§ 174 Abs. 2, 211 StPO und deren Anwendbarkeit im Zwischenverfahren seien die Vorschriften zum günstigen wie ungünstigen Wiederaufnahmeverfahren nach *Brinkmann* auf Beschlüsse anwendbar (S. 195). Bedenken, dass hierdurch die „Funktionsfähigkeit der Rechtspflege“ gefährdet sein könnte oder der Angeklagte bzw. Verurteilte versuchen könne, Beweismittel aus taktischen Gründen ins Wiederaufnahmeverfahren zu verlagern, schließt sich *Brinkmann* nach kurzer Diskussion nicht an (S. 196 f.). Gleichsam negiert *Brinkmann* Zweifel an der erstinstanzlichen Sorgfalt und Gründlichkeit (S. 198).

Im Weiteren lehnt *Brinkmann* bereits einleitend ab, „dass einer Ausweitung [der Wiederaufnahme] auf Beschlüsse insbesondere der Ausnahmecharakter der Wiederaufnahme entgegenstünde“ (S. 198). Auf dieser These stütze sich lediglich die Ansicht, welche die Erweiterbarkeit ablehne (S. 199). Die Wiederaufnahme sei vielmehr „Ausdruck eines den Prozess beherrschenden Prinzips“, denn eine Ausnahmeregelung (S. 199) und „gerade als Instrument zur Korrektur von Fehlern geschaffen, die durch das ordentliche Rechtssystem nicht hinreichend bewältigt werden konnten“ (S. 200). Im Grundsatz habe die Regel der Beständigkeit die Ausnahme der Korrektur zu überwiegen, das Korrektiv der Wiederaufnahme sei aber gerade nicht „die Ausnahme, sondern die Situationen, in denen es angewandt wird“ (S. 200). Zeitliche Elemente gäben im Abgleich zwischen Erst- und Wiederaufnahmeverfahren keinen entscheidenden Ausschlag (S. 201). Widmet sich *Brinkmann* im nächsten Abschnitt der Frage der Statthaftigkeit einer Analogie im Sinne der analogen Anwendung der Wiederaufnahmevorschriften auf im Beschlusswege ergangene Entscheidungen (S. 202-212), sei „eine Analogie [...] statthaft, wenn sie die Grenzen des Grundgedankens der so titulierten Ausnahmeregelung einhält“ (S. 202). Nach umfassender Abwägung diverser Pro-Contra-Aspekte um die fragliche Statthaftigkeit, befindet *Brinkmann* letztendlich, dass mit Blick auf die zu diskutierende Entscheidung „die hier vorgenommene Analogie im Anwendungsbereich der ungünstigen Wiederaufnahme insgesamt als zulässig anzusehen“ sei (S. 212). Darüber hinaus seien bei nur bedingt begründbarem „Ruf nach dem Gesetzgeber“ (S. 212) die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung auch vor dem Hintergrund des zu beachtenden Grundsatzes *ne bis in idem* (S. 213) nicht überschritten (S. 212-214). Soweit die Voraussetzungen der Wiederaufnahme zu bejahen seien, sei auch das im Vierten Buch der Strafprozessordnung geregelte nicht zuletzt auf den Schutz des Angeklagten ausgerichtete Verfahren anzuwenden (S. 214). Eine auf Verfahrensökonomie ausgerichtete Gegenargumentation sei nicht statthaft (S. 214-216).

All diese Feststellungen werden nunmehr von *Brinkmann* auf die im Raum stehende *BGH*-Entscheidung *BGHSt* 52, 119 übertragen (S. 216-222). Sie konstatiert „die Ignoranz der Verbindlichkeit des Einstellungsbeschlusses, über welchen sich der Senat außerhalb jeglichen gesetzlichen Verfahrens hinwegsetzt“ (S. 216). Der beschriebene Korrekturweg „führt das Rechtsmittelsystem als Absurdität“ (S. 216). Dieser Weg sei auch nicht über das Täuschungsverhalten des Angeklagten bzw. eines Dritten herleitbar (S. 217 f.). Darüber hinaus fehle es für das selbständige Tätigwerden des *Senats* in der dargelegten Form an einer entsprechenden Anwendungsnorm (S. 218 f.). Der *BGH* habe zwar für sich den Analogieschluss aus § 362 StPO gezogen (S. 219). Vielmehr „wäre jedoch der Fall des *Zweiten Strafsenats* über § 362 Nr. 1 StPO im formellen Wiederaufnahmeverfahren tatsächlich lösbar gewesen“ (S. 222).

Im dritten und abschließenden Kapitel befasst sich *Brinkmann* mit fehlerhaften Entscheidungen aus rechtlichen Gründen (S. 224-269). Es gehe faktisch um Rechtsanwendungsfehler bei unveränderter Erkenntnisgrundlage und die Einschlägigkeit der Wiederaufnahmevorschriften auf solche abgeschlossenen und damit fehlerhaften Verfahren (S. 224).

Das erste Unterkapitel habe abschnittsweise fehlerhafte Entscheidungen auf Ebene der materiellen Rechtslage zum Gegenstand (S. 228-253). Soweit es an einer gesetzlichen Grundlage mangels einschlägiger Strafrechtsnorm fehle (S. 229-238), sei zunächst eine Urteilsnichtigkeit abzulehnen und im Grundsatz optional auch der Weg der Individualverfassungsbeschwerde eröffnet (S. 229 f.). Diskussionspotential biete sich hier in vielerlei Hinsicht an, wird von der Autorin hinreichend bedient und entscheidungserheblich ausgeschöpft. Eine neue Rechtsstatsache, wie sie § 359 Nr. 5 StPO fordere, sei zumindest in den Fällen „nicht auslegungsbedürftiger oder -fähiger Rechtssätze (S. 231) herleitbar (S. 231-234). Einer generellen Ablehnung der Einbeziehung von Rechtsanwendungsfehlern sei nicht zuzustimmen (S. 231, 234). Offensichtlichkeit und Schwere des Rechtsfehlers seien für die maßgebliche Fragestellung irrelevant (S. 235-238). Im Ergebnis konstatiert *Brinkmann* die Anwendbarkeit des § 359 Nr. 5 StPO, soweit „der Rechtsfehler [...] auf der Verkennung einer eindeutig normierten, wertungsfreien Rechtsregel“ beruhe (S. 238).

In Fortführung dieser Gedanken widmet sich *Brinkmann* nunmehr (S. 239-241) der Konstellation, dass nicht alle Tatbestandsmerkmale einer strafrechtlichen Vorschrift vom erkennenden Gericht subsumiert worden seien. Damit sei eine wiederaufnahmerelevante Rechtsstatsache gegeben, was auf ungeschriebene Tatbestandsmerkmale sowie bewusst überdehnte Tatbestände entgegen ständiger Rechtsprechung nicht übertragbar sei (S. 239). § 359 Nr. 5 StPO könne hier keine Anwendung finden, eine Überdehnung im Einzelfall jedoch den Tatbestand der Rechtsbeugung verwirklichen, womit der Anwendungsbereich des § 359 Nr. 3 StPO wiederum eröffnet sei (S. 239). In diesem Kontext sei auch eine Wiederauf-

nahme zuungunsten des Angeklagten bei etwaigem Verkennen der Tatbestandsmerkmale der Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe denkbar, wobei die Varianten des § 362 Nr. 3, 4 StPO naheliegend seien (S. 240 f.).

In Ergänzung dazu seien auch Subsumtionsfehler selbst folgelogischer Betrachtungsgegenstand (S. 241-243). Hierbei werde eine Vorschrift des Strafgesetzbuches entgegen des zu konkretisierenden Willens des Gesetzgebers ausgelegt (S. 241 f.). Die Subsumtion als rechtsprechender Vorgang beinhalte Wertungs-, Interpretations-, Rezeptions- und Deutungselemente, bediene sich den diversen Methoden der Auslegung und ergebe gerade kein richtiges oder falsches Ergebnis, zu dem ein wiederaufnehmender Richter eine materiell gerechtere Entscheidung zu sprechen in der Lage sei (S. 242). Würde das Tor zur Wiederaufnahme dem Grunde nach für solche Fälle eröffnet, könne das Zweitverfahren kaum darüber befinden, ob die eigene oder die vorangegangene Entscheidung nun die Richtigere sei (S. 242 f.). Im Ergebnis sei das Wiederaufnahmeverfahren – vorbehaltlich denkbarer Fälle der §§ 359 Nr. 3, 362 Nr. 4 StPO – für fehlerhafte Subsumtionen nicht relevant (S. 243).

Fälle fehlerhafter Strafzumessungen (S. 243-245) seien zumindest dann als Rechtstatsache wiederaufnahmerelevant, soweit es sich um zwingende und allgemeingültige und gerade nicht um wertungsabhängige auf den Einzelfall bezogene Anordnungen handle (S. 243). Das Vorliegen einer solchen Rechtstatsache bedinge auch, „dass die nochmalige Beurteilung der Frage zu einer besseren Entscheidung führt“, was erst dann der Fall sei, „wenn sie aufgrund ihrer Wertungsunabhängigkeit nur eine Antwortmöglichkeit bietet“ (S. 244). Auf Seiten der Rechtsfolge sei damit zu fordern, dass „durch den Vortrag ein messbar anderes Ergebnis erzwungen wird“ (S. 244). Eine lediglich andere Bemessung der Strafe scheidet damit aus der Wiederaufnahme aus, eine zu begründende aber in der Folge zwingende Verschiebung des Strafrahmens – so bei Fällen verbindlicher Strafmilderungsgründe – sei jedoch erfasst, § 359 Nr. 5 StPO sei anwendbar, selbst wenn im Rahmen des Wiederaufnahmeverfahrens das Strafmaß letztendlich weiterhin Bestand habe. Trotz des für den Betroffenen deckungsgleichen Ergebnisses sei selbiges materiell-rechtlich richtiger und damit besser (S. 244). Werde rechtsfehlerhaft von einer Strafschärfung abgesehen, könne in der Theorie § 362 Nr. 3 StPO denkbar Anwendung finden. Das nachträgliche Geständnis sei jedoch mit Blick auf § 362 Nr. 4 StPO nicht einschlägig, da es an der Nichtbestrafung des Angeklagten fehle (S. 245). Gleichgelagert zur Über- oder Unterschreitung des gesetzlichen Strafrahmens, weil ebenfalls als Rechtstatsache zu bewerten, sei, wie im Folgeabschnitt dargestellt, in Fällen einer verhängten jedoch gesetzlich nicht vorgesehenen Haupt-, Nebenstrafe oder Maßregel zu verfahren (S. 245). Das Strafbefehlsverfahren fokussierend kommt *Brinkmann* diskursiv zu der Überzeugung, dass das vorangegangene Ergebnis sinngemäß auf Fälle eines mit Strafbefehl fehlerhaft festgesetzten Strafrahmens übertragbar und die Korrektur über eine Wiederaufnahme geboten sei (S. 245-247).

Rechtsfehler im Bereich der Verfolgungsverjährung (S. 247-249) könnten nicht einheitlich beschieden werden (S. 247). Soweit es sich dabei um richterliche Subsumtionsfehler handle, sei wie zuvor dargestellt zu verfahren und eine Wiederaufnahme nur eng begrenzt möglich (S. 247 f.). Soweit der richterliche Entscheidungsakt „frei von jeglicher subjektiven Bewertung“ sei und bei materiell-rechtlich korrekt festgestellter Tat eine aus § 78 StGB abzuleitende falsche Verjährungsfrist festgesetzt wurde, sei die Wiederaufnahme zugunsten wie zuungunsten statthaft und geboten (S. 248). Habe man in Fragen des Ruhens oder der Unterbrechung einer Verjährung abwägend und wertend zu befinden, lägen gerade keine Rechtstatsachen vor, so dass die Wiederaufnahme ausgeschlossen sei (S. 249). Reine Rechenfehler würden von der Wiederaufnahme sowohl zugunsten als auch zuungunsten – vorbehaltlich einer zuvorderst anzustrebenden Berichtigung der Entscheidung gem. § 267 StPO – erfasst (S. 249). Sinngemäß zu den vorherigen Abschnitten bedürfe es auch in Fragen des Erfordernisses eines Strafantrages keiner wertenden Auslegung (S. 249). So könne ein Versäumnis des Strafantrages in der irrigen Annahme, allein das öffentliche Interesse würde bereits genügen, als zu wertende Rechtstatsache in einer Wiederaufnahme zugunsten münden (S. 249 f.). Auch sei eine Wiederaufnahme zuungunsten optional denkbar, soweit einer gerichtlichen Verfahrenseinstellung irrig die Annahme eines Strafantragserfordernisses zu Grunde liege und dieser Rechtsfehler im Nachgang öffentlich kundgetan werde (S. 250). Die Konstellation einer rechtsfehlerhaften Ablehnung eines etwaigen Strafklageverbrauchs unterliege nach *Brinkmann* – vorbehaltlich der diskutierten Spezialität aus § 9 Abs. 1 Var. 3 BVerfGG – mit Blick auf das Verbot der Doppelbestrafung aus materiell-rechtlicher Sicht keinem Korrektiv (S. 252).

All diese Abschnitte resümiert *Brinkmann* in einem kurzen Zwischenfazit (S. 252/253), wonach eben gerade auch fehlerhafte Entscheidungen aus materiell-rechtlichen Gründen in bestimmten Konstellationen durchaus der Wiederaufnahme zugunsten aber auch zuungunsten als Korrektiv zugänglich seien.

Mit dem letzten Unterkapitel (S. 253-269) vervollständigt *Brinkmann* ihr Konzept denkbarer Fallkonstellationen. Sie richtet ihren Fokus auf Entscheidungen, denen „rechtliche Fehler auf dem Weg zur Entscheidungsfindung“ – kurz Verfahrensfehler – anhaften (S. 253). Einleitend betrachtet *Brinkmann* rechtsfehlerhafte Verfahrensabsprachen (S. 253-260). Die Zulässigkeit von Verfahrensabsprachen habe in den letzten Jahren in der strafprozessualen Realität breiten Raum eingenommen (S. 253). Bot es zum einen Zündstoff in der Debatte um eine etwaige Urteilsnichtigkeit (S. 253-256), war gleichsam der Diskurs um die Frage einer Rechtsbeugung angeregt (S. 256 f.). Nun stellt *Brinkmann* die logische Folgefrage der quasi Wiedergeburt des Wiederaufnahmegrundes nach §§ 359 Nr. 3, 362 Nr. 3 StPO (S. 257). Der Ansicht, welche die Wiederaufnahme eines Urteils, welches auf einer Verständigung beruhe, im Grundsatz ablehne, stellt sich *Brinkmann* argumentativ entgegen (S. 257/258). Soweit § 364 StPO als Zulässigkeitsvoraussetzung die rechtskräftige

Verurteilung des Richters wegen Rechtsbeugung und folgend einer Amtspflichtverletzung als Wiederaufnahmegrund verlange, seien auch nach höchstrichterlicher Ansicht durchaus Verständigungskonstellationen mit strafrechtlicher Relevanz denkbar (S. 258). Da materiell-rechtlich das Geständnis Soll-Voraussetzung der Verständigung ist (S. 258), biete ein etwaiger Widerruf desselben durchaus einen Wiederaufnahmegrund zugunsten gem. § 359 Nr. 5 StPO, was einer „Konjunktur“ dieses Korrektivs gleichkäme (S. 258). Zwar führe die Verständigung im Erstverfahren potentiell zu einer Arbeitersparnis, was sich bei Widerruf eines Geständnisses im Wiederaufnahmeverfahren mit Blick auf die Sache durchaus gegenteilig auswirke. Zum einen disponiere eigens der Verurteilte das Verfahren. Zum anderen sei fraglich, ob trotz widerrufenen Geständnisses die sonstigen belastenden Umstände geeignet seien, die Verurteilung an sich weiterhin zu tragen (S. 259). Der von § 257c Abs. 2 S. 3 StPO vorgegebene Rechtsrahmen sei der Wiederaufnahme über § 359 Nr. 5 StPO nicht zugänglich (S. 260).

Zu differenzieren seien im Weiteren Fälle, in denen es aufgrund der Missachtung sachlicher Zuständigkeiten durch die Gerichte zu Fehlentscheidungen komme (S. 260-263). Eine verkannte sachliche Unzuständigkeit durch ein niederrangiges Gericht, anzuerkennen als Rechtstatsache, begründe durchaus eine der Wiederaufnahme über § 359 Nr. 5 StPO zugängliche Rechtsfolge (S. 261). Fällen des § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und 3 GVG fehle es an der erforderlichen Eigenschaft als Rechtstatsache (S. 262). Soweit ein höherrangiges Gericht seine sachliche Zuständigkeit verkenne, eröffne dies den Anwendungsbereich der Wiederaufnahme lediglich in den Fällen, in denen aufgrund willkürlicher Annahmen eine Amtspflichtverletzung zu bejahen sei (S. 263). Der anschließenden Debatte um die Existenz und der durchaus Schnittmengen dazu erzeugenden Fehlerhaftigkeit einer Anklage und eines entsprechenden Eröffnungsbeschlusses gewinnt *Brinkmann* letztendlich keinerlei Relevanz für eine Wiederaufnahme ab (S. 263-266). Auch rechtsfehlerhafte Subsumtionen im Bereich der sich aus § 136a StPO ergebenden Beweisverwertungsverbote seien nicht als Rechtstatsache im Sinne des § 359 Nr. 5 StPO zu deklarieren, da eine wertende Betrachtung vorgenommen werden müsse, die an einer eindeutigen Feststellbarkeit vermissen lasse. Dieses gelte sinngemäß für rechtsfehlerhaft angenommene Beweisverwertungsverbote, soweit diese entlastend seien. Bewusste Verstöße seien über eine etwaige Amtspflichtverletzung optional wiederaufnahmefähig (S. 266). Soweit der Richter in potentiellen Befangenheitskonstellationen unter irriger Annahme der Voraussetzungen des § 22 StPO nicht von einer Verhandlung ausgeschlossen werde, liege hierin gerade keine Rechtstatsache. Handele es sich um eine rechtsirrigte Bejahung des Ausschließungsgrundes, käme es zwar zu einer abweichenden Besetzung des Gerichts, was jedoch nicht zu begründen geeignet sei, „die Überzeugungskraft des ergangenen Urteils zu erschüttern“. Eine Wiederaufnahme sei damit ausgeschlossen (S. 267). Im letzten Abschnitt befasst sich *Brinkmann* mit Konstellationen nicht gebotener Verfahrenseinstellungen (S. 267-269), namentlich derer,

„in denen trotz Bestehens eines Verfahrenshindernisses ein Freispruch erfolgen muss“, der Angeklagte durch die lediglich erfolgte endgültige Verfahrenseinstellung beschwert sei (S. 267 f.). Den Diskurs entscheidet *Brinkmann* im Ergebnis derart, als dass „der prominenteste Wiederaufnahmegrund des § 359 Nr. 5 StPO aus mehreren Gründen gesperrt“ sei (S. 268). Zur Frage des Wiederaufnahmepotentials bei Rechtsanwendungsfehlern im Kontext der örtlichen und sachlichen Zuständigkeit des erkennenden Gerichts gibt *Brinkmann* in Anlehnung an das Widerspruchsverbot einer neuen Anklageerhebung vor einem anderen Gericht den Vorzug (S. 268).

All diese Ausführungen münden nunmehr in einem zusammenfassenden Fazit (S. 270-273). *Brinkmann* stellt im Wesentlichen fest, dass der Anwendungsbereich des Wiederaufnahmeverfahrens „deutlich weiter reicht, als gemeinhin angenommen“ (S. 270), was nochmals anhand einer generellen Akzentuierung der Kernaussagen der im Einzelnen erörterten Fallkonstellationen verdeutlicht wird, die hier nicht wiederholt werden sollen. Die Autorin betont zuletzt das große Potential der Wiederaufnahmenvorschriften, „Fehler aufzufangen, die auch ein bestmöglich ausgeformtes Strafverfahren nicht ausschließen kann“, um sich dem übergeordneten Verfahrensziel „der Sicherung von Rechtsfrieden“ in großen Schritten anzunähern (S. 273).

Brinkmann leistet mit ihrem Werk einen herausragenden Beitrag in der juristisch-wissenschaftlichen Diskussion. Mag sinnbildlich gesprochen das damit zu Grunde liegende theoretische Angebot die praktische Nachfrage in einigen Teilen womöglich überschreiten, schadet dieses der grundsätzlichen Qualität der Arbeit keinesfalls. Vom höchstrichterlich entschiedenen Einzelfall geleitet geht die Arbeit in die Erörterung und Bewertung praktisch denkbaren oder tatsächlich gegebener Fallkonstellationen über, die zum Ende praxisorientiert generalisiert werden und in probaten Lösungsvorschlägen münden. Dabei hat *Brinkmann* keinerlei Scheu, sich festzulegen und ihren eigenen Ansichten klare und nachvollziehbare Konturen zu verleihen. Damit bietet die Autorin der thematisch geeigneten Leserschaft eine in sich schlüssige und aufeinander aufbauende Struktur, die auch bei der Komplexität der einzelnen Themenfelder durchweg erhalten bleibt. Der Fußnotenapparat beeindruckt nicht nur quantitativ, sondern bietet darüber hinaus Ausblicke über den thematischen Tellerrand. Da die Ausführungen der Arbeit selbst eine bemerkenswerte Tiefe erreichen, sind die flankierenden Erörterungen im Rahmen der Fußnoten schlichtweg als Untiefen im wohl gemeinten und ausschließlich positiven Sinne zu bewerten. Unter der Fachlichkeit leidet die Lesbarkeit keinesfalls. Vielmehr wendet die Autorin einen interessant-provokanten Schreib- und Interpretationsstil an, der an juristischer Professionalität nichts vermissen lässt. Soweit von Seiten einer Nichtjuristin aber juristisch Interessierten zu beurteilen, handelt es sich um eine ohne Einschränkung weiterzuempfehlende Fachliteratur, mit der einem weißen Fleck auf der fachjuristischen Landkarte Farbe verliehen wird.

TAGUNGSBERICHTE

Erlanger Cybercrime Tag 2018: Darknet und Underground Economy

von Akad. Rat a.Z. Dr. Christian Rückert
und Wiss. Mit. Marlene Wüst

Der Tagungsbericht enthält sprachlich bereinigte Zusammenfassungen der Transkriptionen der Vorträge und Diskussionsbeiträge. Der Vortragsstil der einzelnen Beiträge wurde überwiegend beibehalten. Dementsprechend ist auch der Fußnotenapparat auf ein notwendiges Minimum reduziert. Der Erlanger Cybercrime Tag 2018 wurde vom Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat gefördert.

Im Anschluss an die erfolgreiche Tagung zu virtuellen Kryptowährungen im Jahr 2017 fand am 21.2.2018 der zweite Erlanger Cybercrime Tag statt. Über 100 Besucher strömten in den reizvollen Wassersaal der Erlanger Orangerie; unter ihnen Vertreterinnen und Vertreter der Polizei- und Finanzbehörden, der Anwaltschaft, der Informatik und der Rechtswissenschaft sowie aus Wirtschaft und Industrie. Erfreulicherweise hatten auch zahlreiche Studierende den Weg zur Tagung gefunden. Thema der vom Bundesinnenministerium geförderten Konferenz war dieses Jahr das „Darknet“ und die „Underground Economy“. Die hohe gesellschaftliche und rechtspolitische Brisanz des Themas wird nicht zuletzt durch den aktuellen Koalitionsvertrag deutlich, welcher die Schaffung eines eigenen Straftatbestandes zur Kriminalisierung des Betriebens von Darknet-Handelsplattformen ankündigt. Gleichzeitig sehen sich die Strafverfolgungsbehörden durch die Anonymisierungstechnologie des Tor-Netzwerks und der Hidden Services mit neuen Herausforderungen konfrontiert. In Zeiten fortschreitender staatlicher Überwachung der digitalen Sphäre sind diese Anonymisierungstechniken wiederum für die tägliche Arbeit von Journalistinnen und Journalisten weltweit von entscheidender Bedeutung. Diesen Spannungsfeldern widmete sich der Erlanger Cybercrime Tag 2018.

Bereits in den Begrüßungsworten des Dekans der rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät, Prof. Hans Kudlich, und des Veranstalters, Prof. Christoph Safferling, wurden viele der genannten Aspekte angesprochen und weitere Fragen aufgeworfen: Wie weit darf eine Vorfeldkriminalisierung im Bereich des Betriebens von Internetplattformen gehen? Welche Ermittlungsmethoden sind im Kampf gegen den Handel mit illegalen Gütern im Darknet erfolgversprechend? Welche neuen Eingriffsbefugnisse benötigen Ermittler? Und wie können wir den Spagat zwischen effektiver Strafverfolgung und Wahrung der Freiheitsrechte im Zeitalter der Digitalisierung schaffen? Mit Prof. Felix Freiling (Lehrstuhl für IT-Sicherheitsinfrastrukturen an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg), Jürgen Gause (Bundeskriminal-

amt), Cai Rüffer (Zentralstelle zur Bekämpfung der Internet- und Computerkriminalität des Bundeslandes Hessen) und Daniel Moßbrucker (Reporter ohne Grenzen e.V.) waren herausragende Experten geladen, um diese und weitere Fragen aus technischer, behördlicher, juristischer und menschenrechtlicher Sicht zu beleuchten.

I. Das Tor-Netzwerk: Technische Grundlagen und aktuelle Entwicklungen (Prof. Dr. Felix Freiling)

Nach den einleitenden Worten von Prof. Kudlich und Prof. Safferling übernahm Prof. Felix Freiling, Inhaber des Lehrstuhls für IT-Sicherheitsinfrastrukturen an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg, das Rednerpult. Der Vortrag von Prof. Freiling führte die Zuhörer in die technischen Grundlagen des sog. Darknets und insbesondere des Tor-Browsers ein:

1. Suchmaschinen als „Gatekeeper“ der Informationen im Internet

Der Zugang zum Internet erfolgt für viele Nutzer über die großen Suchmaschinenanbieter. Die meisten Anbieter wie Google und Bing bieten ihren Nutzern durch die Verarbeitung der Nutzerdaten ein personalisiertes, d.h. auf die (vermeintlichen) Interessen des Suchenden abgestimmtes Suchergebnis. Wer „anonymeres“ Suchen bevorzugt und dafür auf personalisierte Ergebnisse verzichten will, kann auf Anbieter wie DuckDuckGo zurückgreifen. Angesichts der vielen Millionen Treffer, die bei einigen Suchbegriffen angezeigt werden, ist es überraschend, dass selbst die „großen“ Anbieter nur den Zugang zu einem – an der Datenmenge gemessen – relativ kleinen Teil des Internets ermöglichen.

2. Surface Web, Deep Web, Darknet

Der Teil des Internets, den Nutzer über Suchmaschinen erreichen können, ist das sog. Surface Web oder Oberflächennetz. Dieser Begriff ist angesichts der Technik der Suchmaschinenbetreiber treffend: Deren Crawler, die sich durch das Netz bewegen und die Indizes der Anbieter mit Informationen füllen, können tatsächlich mit einem Fischerboot verglichen werden, das mit einem Netz durch das Internet segelt und alle verfügbaren Informationen „abfischt“.

„Unter“ dem Oberflächennetz findet man das sog. Deep Web. Dieses kann man sich metaphorisch wie die Tiefsee vorstellen: Im Deep Web befinden sich Informationen, die im Internet existieren und über den Browser zugänglich

sind, aber nicht durch Suchmaschinen indexiert oder gefunden werden können. Hierzu gehören vor allem – aber nicht nur – kostenpflichtige Inhalte wie z.B. Datenbanken. Der vom Schöpfer der Begriffe „Surface Web“ und „Deep Web“ (*Bergmann*) geschätzte Umfang des Deep Web war bereits im Jahr 2001 500 Mal größer als der Umfang des Surface Web. Zudem steigt der Informationsgehalt des Deep Web schneller an als derjenige des Surface Web.

Das Darknet – der Begriff stammt von einem Buch von *Jamie Bartlett* aus dem Jahr 2014 – ist schließlich das „wirklich“ versteckte Netz. Grundsätzlich kann man sich das Darknet als Internet-Untergrund vorstellen bzw. in Anlehnung an die bislang verwendeten Metaphern als Meeresboden des Internets. Dort ist es dunkel und es treibt sich allerhand „Getier“ herum, das man normalerweise nicht sieht. Auf die Seiten des Darknets kann nur mit spezieller Browser-Software zugegriffen werden. Die Funktionsweise dieser Browser-Software lässt sich gut mit dem Konzept des „Tunnels“ erklären: Ein Tunnel ist eine Röhre, in die man hineinlaufen kann. Dann verschwindet die Röhre und kommt irgendwo wieder heraus. Wenn der Tunnel keine Abzweigung hat, kann man einfach hineingehen und auf der anderen Seite wieder heraus kommen. Ein Beobachter kann am Eingang stehen und sehen, wer oder was hineingeht und herauskommt. Falls der Tunnel nah an der Oberfläche ist, wenn es sich zum Beispiel um einen Verkehrstunnel oder dergleichen handelt, dann kann man vielleicht Autos, oder früher die Dampfmaschinen von einem Zug, durchdonnern hören, aber man kann nicht direkt hineinsehen. „Tunnel“ ist daher auch der Begriff, den Informatiker für eine verschlüsselte Verbindung benutzen. Dabei kann der Datenverkehr nicht einfach durch Programme wie Wire Shark mitgelesen werden. Ein solcher Tunnel kann zwischen zwei beliebigen Rechnern, unabhängig von deren physischem Standort, aufgebaut werden. Das heißt, Ein- und Ausgang eines solchen Tunnels können an beliebigen Orten auf der Welt sein. Die meisten Webseiten-Betreiber bieten mittlerweile verschlüsselte Verbindungen über „https“ an. Bei einer solchen Verbindung kann ein potentieller Angreifer nur sehen, dass zwei Endpunkte miteinander kommunizieren (also den Ein- und Ausgang des Tunnels beobachten und miteinander in Verbindung bringen), jedoch nicht, was kommuniziert wird (also nicht in den Tunnel hineinsehen).

3. Das Tor-Netzwerk

Das Tor-Netzwerk möchte das Problem lösen, dass der Angreifer immer noch sehen kann, wer mit wem kommuniziert. Wie das funktioniert, lässt sich ebenfalls anhand des Tunnelkonzepts erklären: Die grundlegende Idee ist, mehrere Tunnel hintereinander zu bauen und zusätzlich Zwischenstationen einzufügen. Das Tor-Netzwerk besteht aus weltweit ca. 6.000 solcher Zwischenstationen, an denen die Tunnel zusammentreffen und an denen der Datenverkehr seine Richtung ändern kann. Der Tor-Browser wählt für den Datenverkehr zur aufgerufenen Webseite automatisch einen Weg über drei verschiedene Zwischenstationen aus und baut zu diesen bzw. zwischen diesen jeweils verschlüsselte Verbindungen (Tunnel) auf. Gäbe es nun nur eine einzige solche Verbindung, durch die nur der

losengeschickte Zug (=Datenverkehr) fährt, dann könnte ein Angreifer durch das Lauschen an den Verbindungen hören, wohin der Zug fährt. Dadurch, dass sehr viele Nutzer sehr viele Züge durch sehr viele Tunnel schicken, entsteht jedoch eine Art „Rauschen“. Hierdurch kann der Angreifer die Geräusche eines einzelnen Zuges nicht mehr eindeutig identifizieren. Sie verstecken den konkreten Datenverkehr also im gesamten Datenverkehr, deshalb nennt man das auch „Cover Traffic“. Und schließlich können auch die Zwischenstationen (die durch einen Angreifer kontrolliert werden könnten) nicht sehen, wer mit wem kommuniziert. Dies wird dadurch sichergestellt, dass der Datenverkehr durch den Tor-Browser dreifach verschlüsselt wird und jede Zwischenstation nur eine Schicht entschlüsseln kann und nur die Information erhält, wohin sie das Datenpaket weiterschicken soll, nicht jedoch, wo der finale Bestimmungsort ist. Dieses System ist vergleichbar mit der Kommunikation über mehrere Boten, wie man sie zum Beispiel vom Terror-Netzwerk von *Osama Bin Laden* kannte: Dort wurden Nachrichten an einen Boten übergeben, der sich mit einem zweiten Boten an einer verabredeten Stelle traf. Erst der zweite Bote brachte die Nachricht an *Bin Laden*. Der erste Bote wusste nicht, wohin die Nachricht letztendlich gebracht wurde, und der zweite Bote wusste nicht, woher die Nachricht kam. Keiner der Boten kannte den vollständigen Weg des Datenträgers, sodass Quelle und Ziel geheim blieben.

4. Hidden Services im Tor-Netzwerk

Über den Tor-Browser erreicht man auch die sog. Hidden Services. Diese bilden den eigentlichen „Kern“ des Darknets oder das Darknet im engeren Sinne. Die Adressen dieser Webseiten enden auf „.onion“ und werden nicht von Suchmaschinen gefunden. Bei diesen Hidden Services bleibt – genau wie bei Tor-Nutzern – die IP-Adresse geheim. Dies wird – grob vereinfacht – dadurch erreicht, dass der Tor-Browser nicht „direkt“ (also über die drei Zwischenstationen des Tor-Netzwerks) mit den Seiten der Hidden Services kommuniziert, sondern dass Tor-Browser und Hidden Service über Tor-Netzwerkverbindungen einen geheimen Treffpunkt vereinbaren, über den die Kommunikation vermittelt wird. Dieser Treffpunkt ist ein Knotenpunkt im Tor-Netzwerk und heißt „Rendezvous-Point“. Die Verbindung zum Rendezvous-Point wird sowohl vom Tor-Browser des Nutzers als auch vom Hidden Service über eine Tor-Netzwerk-Verbindung aufgebaut (also über jeweils drei Zwischenstationen). Das ist der eigentliche Kern des Darknets: Die Kommunikation ist auf beiden Seiten anonym. Diese Anonymisierungstechnologie ist für verschiedene Interessensgruppen attraktiv. Beispielsweise betreiben in manchen Ländern staatskritische Gruppen Server im Darknet, auf denen politische Meinungen ausgetauscht werden. Die Anonymisierung des Servers schützt das Diskussionsforum vor dem Zugriff durch Strafverfolgungsbehörden, falls kritische Bemerkungen über den jeweiligen Staat dort strafbar sind. Mittlerweile betreiben aber auch viele Unternehmen wie z.B. Facebook und verschiedene Suchmaschinen einen Hidden Service. Daneben machen sich aber natürlich auch viele kriminelle Akteure das Tor-Netzwerk zu Nutze. Im sog. Hidden Wiki finden sich die „.onion“-Adressen vieler Hidden Services.

Dort findet man z.B. Marktplätze, auf denen mit allerlei illegalen Gütern wie z.B. gefälschten Kreditkarten, gefälschten Banknoten, gestohlenen Waren, Waffen, falschen Pässen oder Drogen gehandelt wird. Auch illegale Dienstleistungen werden angeboten, man findet beispielsweise Angebote für Auftragsmorde oder manipulierte Bundesligaspiele, auf die man wetten kann.

5. Aktuelle Entwicklungen

Vollständige Anonymität ist jedoch auch im Darknet nicht gewährleistet. Zum einen lassen sich Tor-Nutzer über andere Kommunikationswege verfolgen, wenn diese nicht sehr diszipliniert vorgehen und sich z.B. während der Tor-Nutzung gleichzeitig in ihren Google-Account einloggen. Weiterhin lassen sich Tor-Nutzer mittels des sog. Browser-Fingerprintings de-anonymisieren. Dabei wird versucht, die technischen Charakteristika des verwendeten Browsers (z.B. Bildschirmgröße, Spracheinstellungen, installierte Plug-Ins usw.) zu speichern und später zu einer Wiedererkennung zu verwenden. Nach einiger Forschung in diesem Bereich funktioniert diese Methode mittlerweile recht gut. Weitere Informationen sind auf der Homepage von Prof. Freiling zu finden: <https://browser-fingerprint.cs.fau.de/?lang=de>. Und schließlich gibt es Forschung zu sog. Zeitangriffen, bei denen Netzwerkverkehr korreliert wird. Um bei der Zugmetapher zu bleiben: Wenn der Angreifer den Verdacht hat, dass zwei Personen über Tor kommunizieren, horcht der Angreifer bei der einen Person, ob und wann ein Zug in den Tunnel einfährt und bei der anderen Person, ob und wann ein Zug den Tunnel dort verlässt. Passen die Zeitpunkte unter Berücksichtigung der durchschnittlichen Zuggeschwindigkeit zusammen, gibt es eine gewisse Wahrscheinlichkeit, dass es derselbe Zug ist. Bei häufiger Wiederholung dieses Vorgangs erhöht sich die Wahrscheinlichkeit dafür, dass die beiden tatsächlich miteinander kommunizieren.

6. Diskussion

In der Diskussion wurde – neben einigen Verständnisfragen zum Vortrag – vor allem die Nutzung des Darknets zu legitimen Zwecken thematisiert. Prof. Freiling nannte hier die Umgehung der Internetzensur in autokratischen Systemen und anderen nicht-freiheitlichen Staatssystemen (z.B. China) sowie den Schutz der Privatsphäre (z.B. das Verbergen einer Krankheit oder die Kommunikation in einem privaten Forum mit Gleichgesinnten). Auch Browser-Fingerprinting kann gezielt im Rahmen der Strafverfolgung eingesetzt werden. Wenn beispielsweise der eindeutige Browser-Fingerprint eines Straftäters im Rahmen einer Internetermittlung erhoben wurde, weil er etwa gezielt auf eine Webseite gelockt wurde, die durch die Strafverfolgungsbehörden betrieben wird, so kann bei einer Durchsuchung der „Fingerabdruck“ des Browsers auf dem Rechner des Beschuldigten genommen werden. Die Übereinstimmung des Fingerabdrucks mit dem Browser-Fingerprint, der vorher im Netz erhoben wurde, ist ein starkes Indiz dafür, dass der seinerzeit aufgezeichnete Zugriff vom beschlagnahmten Rechner aus erfolgte.

II. Darknet und Strafverfolgung – Heute – Erfolge – Herausforderungen (Jürgen Gause)

Der technischen Einführung von Prof. Freiling folgte ein Bericht von Jürgen Gause – Erster Kriminalhauptkommissar im Bundeskriminalamt und Leiter der Internetermittlungen mit den Schwerpunkten Darknet, Kryptowährungen und Social Media – über verschiedene Arten von Darknet-Plattformen sowie Ziele, Möglichkeiten und Herausforderungen der Strafverfolgung im Darknet.

1. Darknet-Plattformen

Das BKA differenziert innerhalb der zu kriminellen Zwecken genutzten Darknet-Plattformen zwischen Foren und Marktplätzen. Ein Forum bietet die Möglichkeit zur Kontaktaufnahme und Vertragsanbahnung. Die Vertragsabwicklung findet jedoch in der Regel außerhalb des Forums über verschlüsselte Messagingdienste statt. Ein Beispiel für ein solches Forum ist „Deutschland im Deep Web“ (DiDW), welches der Öffentlichkeit spätestens seit der Meldung, dass der Münchener Amokläufer den Kauf seiner Waffe über dieses Forum initiiert hatte, bekannt ist. Die Betreiber solcher Foren profitieren in der Regel nicht von Verkäufen auf der Plattform. So hat der Administrator von DiDW z.B. um Spenden für den Serverbetrieb, Strom und den Internetanschluss gebeten. Im Gegensatz zu Foren sind Marktplätze rein auf den Kauf und Verkauf von Produkten ausgelegt. Sie funktionieren wie jede andere E-Commerce Plattform wie eBay oder Amazon. Der Plattformbetreiber fungiert in diesem Falle als Mittler und stellt die Infrastruktur für die Geschäfte bereit. In der Regel verdienen die Marktplatzbetreiber durch Provisionsysteme an jedem über die Plattform abgewickelten Geschäft. Gut funktionierende Rating-Systeme sorgen für eine Transparenz der Vertrauenswürdigkeit einzelner Verkäufer sowie der Qualität des Produkts. Hierdurch wird eine gewisse Hygiene auf den Plattformen gewährleistet und das Risiko von Betrügern reduziert. Eine weitere Sicherheit bieten die sog. Treuhandsysteme, die es dem Käufer – ähnlich wie PayPal – ermöglichen, sein Geld bei Bezahlung des Produkts an einen Dritten (den sog. Treuhänder) zu übermitteln, welcher dieses erst bei Erhalt der Ware an den Verkäufer weiterleitet. Hierdurch werden Betrugshandlungen – mit Ausnahme eines sog. Exit-Scams durch den Treuhänder – weitgehend ausgeschlossen.

2. Delikte im Darknet

Insbesondere auf den Darknet-Marktplätzen findet sich eine Vielzahl krimineller Delikte. Das mit Abstand meist verbreitete Produkt sind Betäubungsmittel. Jürgen Gause prognostiziert eine Verlagerung des klassischen Straßenhandels auf solche Plattformen in naher Zukunft zu mindestens 70 %. Ausschlaggebend ist die einfache Nutzung solcher Marktplätze sowie die durch den Tor-Browser gewährleistete relative Anonymität, welche das Entdeckungsrisiko reduziert. Aufgrund der von ihnen ausgehenden großen Gefährlichkeit sind zudem Waffen für die Strafermittler sehr wichtig. Eine Renaissance erlebt im Darknet das Falschgeld. Nachdem sich die Fallzahlen

lange Zeit auf einem absteigenden Ast befanden, steigen diese nun aufgrund der simplen Kaufmöglichkeit auf Darknet-Marktplätzen wieder. Andere Plattformen erleichtern wiederum die Arbeit des Falschgeldproduzenten, indem sie beispielsweise Hologramme in perfekter Qualität anbieten. Als Delikt der ersten Stunde kann man den Handel mit Pässen und Ausweisen bezeichnen. Diese Urkundenkriminalität erklärt sich aus der Erforderlichkeit von Pass oder Ausweis zur Anlegung eines Accounts – sei es, um Kontoverbindungen zu ermöglichen oder Zugang zu Packstationen zu erlangen. Absolutes Massendelikt sowohl im Clearnet als auch im Darknet, ist der Handel mit Kreditkartendaten. Ferner ist auf Darknet-Plattformen Cybercrime im engeren Sinne, also Hacking-Angebote, Botnetze etc., zu finden. Auch die Geldwäsche floriert. Kryptowährungen bieten eine sehr gute Möglichkeit, den über das Geschäft erlangten Gewinn in eine Legalwährung umzutauschen und nutzen zu können. Ein Delikt der ersten Stunde – nicht nur des Darknets, sondern allgemein des Internets – bildet der Handel mit Kinderpornografie. Dies liegt an der einfachen Austauschmöglichkeit von Fotos und Videos über das Internet. Ferner findet das BKA immer wieder Webseiten im Darknet, die Auftragsmorde offerieren. Die Echtheit dieser Seiten konnte jedoch bislang nicht bewiesen werden. Zusammenfassend lässt sich eine Vielfalt an Delikten im Darknet feststellen, die polizeiliche Ermittlungen erfordern.

3. Ermittlungsmöglichkeiten im Darknet

Die Darknet-Ermittlungen des BKA lassen sich in zwei Zielrichtungen unterteilen. Primär richten sich die Ermittlungen gegen die Administratoren und Betreiber, welche die Plattformen zur Verfügung stellen, weiterentwickeln und perfektionieren. In der Regel werden die Betreiber nicht selbst deliktisch durch den Handel mit illegalen Gütern tätig, sondern stellen nur die Plattform zur Verfügung und profitieren von den einzelnen Verkäufen. Sekundäres Ziel der Ermittlungen sind die sog. User. Diese Ermittlungen erweisen sich als einfacher, weil die User aktiv Handel mit illegalen Gütern betreiben und die Ware irgendwann physisch von A nach B gelangen muss, was einen guten Ermittlungsansatz bietet.

a) Beispiel Hansa Market

Zur Demonstration der Möglichkeiten bei Ermittlungen gegen Administratoren soll der Fall Hansa Market dienen. Der Marktplatz Hansa Market wurde im Sommer letzten Jahres vom BKA in einer international angelegten Operation stillgelegt. Zuletzt war die Plattform unter den Top 3 der Darknet-Marktplätze im Hinblick auf Userzahl, Anzahl der Angebote sowie der inkriminierten Waren. Im Juli 2017 waren ca. 420.000 User, 1.600 Vendoren sowie 30.000 Käufer, die mehr als einen Kauf getätigt haben, registriert und es existierten über 40.000 aktive Angebote verschiedener inkriminierter Waren. Gehandelt wurde insbesondere mit Betäubungsmitteln, aber auch mit digitalen Gütern, Kreditkartendaten, Ausweisen, Falschgeld etc. Waffen und Kinderpornografie waren auf dieser Plattform verboten. Die Ermittlungen des BKA gegen die Ad-

ministratoren von Hansa Market begannen effektiv im Januar 2017. Zu diesem Zeitpunkt war es der niederländischen Polizei durch Vorermittlungen gelungen, den Zielserver des Hidden Services zu identifizieren. Dies eröffnete der deutschen Polizei neue strafprozessuale Möglichkeiten. Ziel der internationalen Ermittlungen war die Identifizierung der Administratoren und im Idealfall ein administrativer Vollzugriff auf die Plattform. Dieser gelang und ermöglichte einen temporären polizeilichen Weiterbetrieb der Plattform, wodurch weitere User identifiziert werden konnten, bevor die Plattform final abgeschaltet wurde. Im Gegensatz zum niederländischen Recht ist dieses Vorgehen nach der deutschen Rechtsordnung nicht zulässig. Aus diesem Grund war die internationale Zusammenarbeit im Fall Hansa Market für die deutschen Strafverfolgungsbehörden besonders wichtig. Einen Umweg mussten die Ermittler nicht nur bei den strafprozessualen Maßnahmen wählen, sondern auch bei der Begründung des Tatverdachts. Da das Betreiben einer Darknet-Plattform in Deutschland nicht eigenständig mit Strafe bedroht ist, mussten sich die Ermittler mit einem Verstoß gegen das BtMG behelfen. Die Ermittlungen waren letztendlich erfolgreich und es konnten zwei Administratoren auf der Führungsebene identifiziert werden, die von bis zu drei Moderatoren gegen monatliche Bezahlung unterstützt wurden. Bei den zwei Administratoren handelte es sich um deutsche Staatsangehörige mit guten IT-Kenntnissen. Parallele Ermittlungen der Zentralstelle zur Bekämpfung der Internetkriminalität (ZIT) haben ergeben, dass die zwei Administratoren auch die Internetplattform „Lesen und Lauschen“ (Lul.to) betrieben. Auf dieser Plattform wurden E-Books und Hörbücher in illegaler Weise hochgeladen und zum Download bereitgestellt. Der Tatverdacht lautete hier: Bildung einer kriminellen Vereinigung, Computerbetrug und Urheberrechtsverletzung.

b) Problemstellungen

Bei solchen Ermittlungen im Darknet ergeben sich verschiedene Problemstellungen für die Strafverfolgungsbehörden. Bis zur Identifizierung der Administratoren sind zunächst technische Ermittlungen, die Informatiker erfordern, notwendig. Neben den technischen Ermittlungen spielt bei der Identifizierung der Administratoren der Faktor Mensch eine Rolle. So kamen die Ermittler im Fall von Hansa Market den Administratoren auf die Spur, weil sie auf dem Server, auf dem sie ihren Hidden Service betrieben, einen unverschlüsselten Privatchat mit reichlich persönlichen Informationen abgelegt hatten. Ist der Zielserver identifiziert, so stehen den Ermittlern in der Regel alle verdeckten strafprozessualen Maßnahmen zur Verfügung, über die sie auch in der analogen Welt verfügen. Ziel der sich anschließenden Ermittlungen ist die Erhärtung des Tatverdachts sowie eine entsprechende Vorbereitung offener strafprozessualer Maßnahmen zur Erreichung der administrativen Übernahme der Plattform. Der administrative Vollzugriff ist eine kriminaltaktische Maßnahme, bei der die Ermittler versuchen, auf den Rechner zuzugreifen und im besten Fall die Plattform zu übernehmen. Ein solcher temporärer polizeilicher Weiterbetrieb ist in Deutschland rechtlich nicht zulässig, weshalb die Ermitt-

ler hier auf eine Zusammenarbeit z.B. mit den niederländischen Behörden angewiesen sind. Den Abschluss der Ermittlungen bildet die finale Abschaltung der Darknet-Plattform. Daneben bereiten Kryptowährungen im Rahmen von digitalen Finanzermittlungen Schwierigkeiten. Zunächst muss das inkriminierte Vermögen festgestellt werden, um dieses anschließend zu sichern und abzuschöpfen. Im Fall der Administratoren von Hansa Market und Lul.to konnten die Ermittler einen Gewinn aus dem Betrieb beider Plattformen von über 1.400 Bitcoins sicherstellen. Dies entspricht einem momentanen Wert von ca. 10 Millionen Euro. Der Staat steht nun vor dem Problem, wie er diese Bitcoins wieder veräußern kann. So stellt sich die Frage, was mit dem Kurs passieren würde, wenn der deutsche Staat nun 1.400 Bitcoins zum Verkauf einstellt und ob er sich dann gegebenenfalls wegen Kursmanipulation strafbar machen könnte. Mit all diesen Problemen sehen sich die Strafverfolgungsbehörden bei Ermittlungen im Darknet konfrontiert.

4. Herausforderungen und Ausblick

Die sich bei Darknet-Ermittlungen stellenden Herausforderungen begründen in mehrerer Hinsicht einen Handlungsbedarf. Zum einen sind Aus- und Fortbildungen der Polizei zur Gewährleistung einer grundlegenden Kompetenz jedes Kriminalbeamten erforderlich. Darüber hinaus erfordert die polizeiliche Arbeit die Mitwirkung von Informatikern (sog. Cyberanalysten). Weitere Schwierigkeiten bereitet das Recht, insbesondere das Straf- und Strafprozessrecht. Als besonders wichtig erachtet *Jürgen Gause* eine Strafbarkeit von Administratoren und Betreibern. Derzeit behelfen sich die Strafverfolgungsbehörden mit Spezialgesetzen wie dem BtMG. Auf Initiative des BKA wurde im Koalitionsvertrag die Prüfung der Erforderlichkeit eines eigenen Straftatbestandes aufgenommen. Angestrebt wird ein Straftatbestand, der das Zurverfügungstellen und administrative Tätigwerden bezüglich einer Seite wie Hansa Market unter Strafe stellt und die Nutzung strafprozessualer Mittel durch eine Aufnahme in den Katalog des § 100a StPO ermöglicht. Ferner fordert die hohe Dynamik der Technik die Entwicklung und den Einsatz innovativer Tools durch die Strafverfolgungsbehörden, um die Anonymität von Kriminellen aufzuheben und Serverstrukturen von Hidden Services offenzulegen. Eine Herausforderung und eine Chance zugleich bieten außerdem Kooperationsformen verschiedener Strafverfolgungsbehörden. So sind flexible Zusammenarbeitsmodelle sowohl auf nationaler als auch auf internationaler Ebene für erfolgreiche Ermittlungen im Darknet sehr wichtig.

5. Diskussion

Zentrales Thema der Diskussion war der – für deutsche Behörden unzulässige – Weiterbetrieb von Hansa Market durch niederländische Behörden und die Nutzung der hierdurch erlangten Daten durch deutsche Strafverfolgungsbehörden. Es wurde die Frage aufgeworfen, ob ein solches Vorgehen nicht den deutschen Rechtsstaat unterlaufe. Aus polizeilicher Sicht ist wiederum die Erforder-

lichkeit solcher „innovativer“ Maßnahmen zu berücksichtigen, die sich aus der rasanten technischen Entwicklung, mit welcher der deutsche Gesetzgeber nicht Schritt halten kann, begründet. Ferner wurde debattiert, ob bzw. wie sich die Abschaltung eines gesamten Forums rechtfertigen lässt, das neben inkriminierten Inhalten auch (größtenteils) der freien Meinungsäußerung dient. Bezogen auf DiDW wies *Jürgen Gause* u.a. auf den politischen Druck hin, sowie dass sich eine Differenzierung zwischen legalen und illegalen Inhalten allein aus technischen Gesichtspunkten schwierig gestalten lässt.

III. Rechtliche Herausforderungen bei Ermittlungen im Darknet (*Cai Rüffer*)

Aufbauend auf dem Vortrag von *Jürgen Gause* über tatsächliche Schwierigkeiten bei Ermittlungen gegen die Underground Economy im Darknet ging Staatsanwalt *Cai Rüffer* von der Zentralstelle zur Bekämpfung der Internet- und Computerkriminalität (ZIT) des Bundeslandes Hessen auf einige rechtliche Herausforderungen ein.

1. Verschiedene Täter: Käufer, Verkäufer, Betreiber

Die Täter der Underground Economy des Darknets lassen sich in drei Kategorien einteilen, bei denen sich unterschiedliche juristische Fragen stellen. „Ganz unten“ in der Hierarchie stehen die Käufer, die Betäubungsmittel, Waffen, Falschgeld und sonstige Güter auf den Darknet Marktplätzen erwerben. Den ökonomischen Gegenpart stellen die sog. Vendoren und Powerseller dar. Diese verkaufen unter Nutzung von Händleraccounts auf den Marktplätzen die o.g. Waren. An der Spitze finden sich die Administratoren und Moderatoren der Darknet-Marktplätze, die sog. Betreiberebene. Die Ermittlungen gegen die verschiedenen Tätergruppen lassen sich am besten am Beispiel des – auch sehr praxisrelevanten – Betäubungsmittelhandels darstellen:

a) Ermittlungen gegen Käufer

Bei Ermittlungen gegen „einfache“ Käufer stellt sich bereits zu Beginn die Frage, ab wann eigentlich ein Versuch des Erwerbs von Betäubungsmitteln nach § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG vorliegt und somit strafrechtliche Ermittlungen aufgenommen werden können. Auf großen Plattformen wie Hansa Market gibt es zwischen 30.000 und 50.000 Käuferaccounts. Die bloße Anmeldung genügt jedoch sicherlich noch nicht, um von einem Versuchsbeginn des Erwerbs auszugehen. Ein Versuchsbeginn liegt strafrechtlich erst vor, wenn zwischen der vorgenommenen Handlung des Täters und der von ihm angestrebten Deliktvollendung keine weiteren wesentlichen Zwischenschritte mehr liegen und subjektiv die Schwelle zum „Jetzt-geht’s-los“ überschritten ist. Problematisch ist im Kontext der Underground Economy, dass die meisten der großen Handelsplattformen ein sog. Escrow- oder Multi-sig-Verfahren verwenden. Darunter versteht man einen Treuhandservice, bei dem der Betreiber ein Treuhandkonto für Bitcointransaktionen zur Verfügung stellt. Die Ware wird erst ausgeliefert, wenn dort ein Zahlungsein-

gang des Käufers verzeichnet wird und die Bitcoins werden erst an den Verkäufer weitergeleitet, wenn die Ware beim Käufer ankommt. Das bedeutet, dass der Käufer nicht bereits beim Einlegen der Ware in den Warenkorb und dem Anklicken des „Bestell-Buttons“ davon ausgehen kann, dass er die Ware tatsächlich erhält. Als wesentlicher Zwischenschritt ist noch die Überweisung der Bitcoins auf das Treuhandkonto notwendig. Erst dann ist aus Sicht des Käufers die Schwelle zum „Jetzt-geht’s-los“ überschritten und es liegt ein Versuchsbeginn vor. Aus Perspektive der Ermittler ist dies natürlich misslich: Bei einer reinen Darknet-Streife durch die Marktplätze können diese nicht erkennen, welcher Käufer für einen solchen Kauf bereits Bitcoins überwiesen hat. Einen Ansatzpunkt für Ermittlungen können jedoch die hochprofessionell betriebenen Bewertungssysteme der Marktplätze bieten: Dort kann eingesehen werden, wer bei wem was gekauft hat. Dies kann einen Anfangsverdacht für einen bereits abgewickelten Erwerb nach § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG begründen.

Manchmal haben die Ermittler auch „Glück“ und der Käufer versucht, Waren bei einem Scheinverkäufer der Polizei (Verdeckter Ermittler oder noeP) zu kaufen. Allerdings stellt sich das Problem des Versuchsbeginns und damit des Anfangsverdachts auch hier: Im reinen Anklicken der Ware oder Legen in den Warenkorb kann noch kein Versuchsbeginn gesehen werden. Anders ist dies nur, wenn ein Verbrechenstatbestand, z.B. das Handeltreiben mit einer nicht geringen Menge nach § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG im Raum steht (bei Absicht der Weiterveräußerung genügt auch bereits der Erwerb als Tathandlung für das Handeltreiben,¹ Anmerkung der Autoren). Dann kann über den Tatbestand des Versuchs der Beteiligung nach § 30 StGB ein Anfangsverdacht nach § 152 Abs. 2 StPO begründet werden.

b) Ermittlungen gegen Verkäufer

Bei Vendors und Powersellern ist die Begründung eines Anfangsverdachts einfacher. Neben den Ratings, aus denen auf vergangene Straftaten geschlossen werden kann, können auch die von den Verkäufern online verfügbar gemachten Warenangebote zur Begründung herangezogen werden. Die meisten Plattformen haben AGBs, in denen der Versand der gekauften Ware innerhalb einer kurzen Zeit – zumeist innerhalb von 24 – 48 Stunden nach der Bestellung – verlangt wird. Wenn der Verkäufer überwiegend positive Ratings hat, kann davon ausgegangen werden, dass er die angebotene Ware bereits besitzt. Andernfalls könnte er die Lieferzeiten wohl nicht einhalten. Da bereits der Besitz der Ware zur Weiterveräußerung den Tatbestand des Handeltreibens erfüllt, kann ein Anfangsverdacht nach § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG bejaht werden. Zur weiteren Ermittlung wird oftmals zunächst ein Scheinkauf beim entsprechenden Händler durchgeführt – genau wie bei entsprechenden Ermittlungen in der Realwelt. Dabei liegt auch keine „agent provocateur“-Problematik vor, da der Händler durch sein Angebot seine Bereitschaft zum

Verkauf bereits deutlich gemacht hat. Wird eine nicht geringe Menge scheingekauft, erlangt der Tatverdacht sogar Verbrechenqualität nach § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG. Gelingt eine Identifikation des Händlers, erfolgt im Regelfall anschließend eine Durchsuchung bei ihm. Können dabei keine Betäubungsmittel aufgefunden werden und können – z.B. weil ein Zugriff auf den Rechner des Beschuldigten misslingt – auch auf andere Weise keine konkreten Verkäufe nachgewiesen werden, besteht immer noch die Möglichkeit einer Anklage nach § 30 Abs. 2 StGB (Be-reiterklären zur Verbrechenbegehung) oder § 29 Abs. 1 Nr. 8 BtMG (Werbung für Betäubungsmittel) allein durch das Verkaufsangebot.

c) Ermittlungen gegen Betreiber der Darknet-Handelsplattformen

In Bezug auf die Administratoren und Moderatoren der großen Handelsplätze stellt sich das zentrale Problem, dass es bislang keinen eigenständigen Straftatbestand gibt, der das Betreiben krimineller Infrastrukturen unter Strafe stellt. Auch die Begründung einer Beihilfestrafbarkeit ist in der Praxis nicht immer einfach. Zunächst sind die modernen Handelsplattformen in hohem Maße automatisiert, d.h. nach der Programmierung und Inbetriebnahme sind kaum noch Handlungen der Betreiber vonnöten. Dies führt dazu, dass die Betreiber oftmals – trotz zehntausender über die Plattform abgewickelter Verkäufe – nur wegen einer einzigen Beihilfetat verfolgt werden können. Außerdem gibt es häufig ein Nachweisproblem: Wenn man nicht digitalforensisch exakt nachweisen kann, welcher Administrator/Moderator welchen Teil der Plattform programmiert/gepflegt hat, müsste man bei jedem Beteiligten wegen des „in dubio pro reo“-Prinzips davon ausgehen, dass er/sie die jeweilige Handlung gerade nicht vorgenommen hat. Anders als bei der Mittäterschaft können im Rahmen einer Beihilfestrafbarkeit auch nicht wechselseitig Tatbeiträge zugerechnet werden, da § 25 Abs. 2 StGB nicht gilt. Speziell beim Handel mit Betäubungsmitteln ist jedoch oft der Gang über eine täterschaftliche Begehungsweise von § 29 Abs. 1 Nr. 10 BtMG (öffentliche Mitteilung einer Gelegenheit zum Erwerb von Betäubungsmitteln) möglich und wird in der Praxis auch angewendet.

2. Strafprozessrechtliche Herausforderungen

Aus strafprozessrechtlicher Sicht stellen sich derzeit vor allem zwei Probleme: Die Herausgabe von retrograden Sendungsdaten durch Post- und Paketdienstleister und die Erlangung von Daten von Dienstleistern, die keinen Sitz in Deutschland haben.

a) Retrograde Herausgabe von Sendungsdaten

Die gekauften Waren, z.B. Drogen und Waffen, werden sehr häufig durch Paket- und Postdienstleister versendet. Daher sind die Sendungsdaten solcher Pakete – Wo kommen diese her und wo gehen diese hin? – von großer ermittlungstechnischer Relevanz. Diese Daten kann man

¹ Vgl. Patzak, in: Körner/Patzak/Volkmer, BtMG, 8. Aufl. (2016), § 29, Teil 4, Rn. 46 m.w.N.

von den Dienstleistern auch erlangen. Problematisch ist jedoch, auf welche Rechtsgrundlage dies gestützt werden kann. In einer aktuellen Entscheidung hat der Ermittlungsrichter beim *BGH* entschieden,² dass § 95 StPO – auf die in der Praxis bislang solche Anfragen gestützt wurden – keine taugliche Rechtsgrundlage sei. Als Grund wurde angeführt, dass die retrograde Abfrage von Sendungsdaten ein Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG darstelle und deshalb die Eingriffsnorm den Eingriff in das Postgeheimnis bereichsspezifisch und normenklar regeln müsse. Dies sei angesichts der Existenz von § 99 StPO bei § 95 StPO nicht der Fall. Allerdings hat das *BVerfG* bereits 2009 (in der Entscheidung zur E-Mail-Beschlagnahme,³ Anmerkung der Autoren) entschieden, dass die §§ 94 ff. StPO eine taugliche Rechtsgrundlage für Eingriffe in Art. 10 Abs. 1 GG sein können.

b) Zugriff auf Daten im Ausland

Ermittlungsrelevante Daten – insbesondere von Telemediendiensten wie Google, Amazon & Co – befinden sich häufig im (nicht europäischen) Ausland. Deshalb ist es oftmals schwierig und langwierig, die entsprechenden Daten zu erhalten. In einigen Fällen misslingt dies auch vollständig. Möglich ist bislang vor allem der Weg über Rechtshilfeersuchen, wobei auch diese Verfahren des Öfteren – insbesondere bei dezentraler Speicherung von Daten – an ihre faktischen Grenzen stoßen. Die Strafverfolgungsorgane setzen große Hoffnungen in das Zustandekommen einer europäischen Regelung für einen direkten Zugriff auf Daten, die auf einem Server in einem Mitgliedstaat gespeichert sind, um die Ermittlungsmöglichkeiten zu verbessern.

Wenn Ermittlungen schließlich erfolgreich verlaufen, werden oftmals Bitcoins – die als Hauptzahlungsmittel im Darknet verwendet werden – nach § 111b StPO beschlagnahmt oder es wird ein Arrest nach § 111e StPO verfügt. Die Höhe eines Arrests kann dabei nach § 73d StGB auch geschätzt werden, wobei auch auf Daten der Handelsplattformen wie z.B. das durchschnittliche Transaktionsvolumen der Verkäufe zurückgegriffen werden kann. Schwierigkeiten ergeben sich oft bei der tatsächlichen Sicherstellung der Bitcoins, da die Ermittlungsbehörden hierfür den Zugriff auf die meist passwortgeschützten Wallets der Beschuldigten benötigen. Dies gelingt oft nur, wenn der Beschuldigte kooperiert. Die Veräußerung der Bitcoins ist nunmehr nach § 77a BayStVollstrO Zentralstellenaufgabe, sodass die bisherige Praxis von Notveräußerungen durch die sicherstellenden Behörden zumindest in Bayern wohl der Vergangenheit angehört. Bei der Veräußerung liegen auch für die handelnden Beamten gewisse Haftungsrisiken, weil z.B. bei einem Tippfehler die Bitcoins – wegen der dezentralen Struktur der Blockchain – für immer verloren gehen können.

3. Diskussion

In der Diskussion wurde u.a. über die technischen Herausforderungen im Rahmen der Nachverfolgung von Trans-

aktionen mit virtuellen Währungen wie Bitcoin und Monero gesprochen. Außerdem wurde die Schwierigkeit des Nachweises eines Tatvorsatzes bei einer großen Vielzahl von Einzelaten diskutiert und die Frage eines Rücktritts des Käufers nach Einzahlung des Kaufpreises auf das Treuhandkonto der Handelsplattform thematisiert.

IV. Das Darknet als Baustein der Demokratie: Bedeutung von Anonymität für die Pressefreiheit (*Daniel Moßbrucker*)

Nach den Vorträgen über die Nutzung des Darknets durch Kriminelle beleuchtete *Daniel Moßbrucker* die „helle Seite“ des Darknets im Sinne des Einsatzes dieser und ähnlicher Technologien zugunsten der Meinungs- und Pressefreiheit. *Daniel Moßbrucker* ist freier Journalist und Security-Trainer sowie Referent für Internetfreiheit bei der Menschenrechtsorganisation Reporter ohne Grenzen e.V.

1. Bedrohung der Pressefreiheit im Digitalen

Die zentrale Norm für Journalisten ist § 53 StPO, welche u.a. das Schweigerecht von Journalisten in der analogen Welt vor Gericht regelt. Nur bei wenigen Straftaten herrscht eine Aussagepflicht, die jedoch der Schranke unterliegt, dass die Identität eines Informanten niemals preisgegeben werden muss. Dieser absolute Informantenschutz im offenen Ermittlungsverfahren wird durch das Durchsuchungs- und Beschlagnahmeverbot flankiert. In der analogen Welt ist dieses absolute Zeugnisverweigerungsrecht wertvoll und wichtig. Im Digitalen hat sich die Lage jedoch verändert. Maßgebliche Norm ist dort § 160a StPO, welche die Zulässigkeit einer verdeckten Ermittlung gegen Journalisten als eine Einzelfallentscheidung ausgestaltet. Bei dieser Entscheidung muss der Schutz der Pressefreiheit gegen das Strafverfolgungsinteresse des Staates abgewogen werden. Dies ist mit dem grundsätzlichen Vertrauen in den Quellenschutz von Journalisten, welches das *BVerfG* im Nachgang zur Spiegelaffäre gefordert hatte, schwer vereinbar. Problematisch ist insbesondere die Anwendung des § 160a StPO auf immer mehr Ermittlungsmethoden. So wurden allein in den letzten zwei Jahren der großen Koalition zahlreiche Gesetze erlassen, die entweder bestehende Ermittlungsbefugnisse erweitert oder neue geschaffen haben.

Zunächst wurde im Jahr 2015 die Vorratsdatenspeicherung eingeführt, welche aufgrund der zwangsläufigen Mitspeicherung von Kommunikationsdaten von Journalisten eine der größten Sorgen von Journalistenverbänden darstellt. Gleichzeitig wurde der Straftatbestand der Datenhehlerei geschaffen, der v.a. den Handel mit kriminellen Daten verbieten sollte. Nach Ansicht von Reporter ohne Grenzen wird hiervon jedoch auch das Leaken von Daten an Journalisten erfasst, weshalb die Organisation eine Verfassungsbeschwerde gegen diese Norm eingereicht hat. Zudem wurde der Verfassungsschutz reformiert und hierdurch der Datenaustausch intensiviert. Auf europäischer Ebene geschah das Ganze durch die Euro-

² *BGH*, NJW 2017, 680.

³ *BVerfGE* 124, 43.

polreform. Des Weiteren wurde das Anti-Terror-Paket erlassen, welches den anonymen Kauf von SIM-Karten verhindert. Dies bedeutet für Journalisten eine große Einschränkung des Berufsalltags, da sie auf Recherchereisen zur Gewährleistung ihrer Anonymität auf solche SIM-Karten-Handys angewiesen waren. Darüber hinaus wurde das BND-Gesetz reformiert und die anlasslose Überwachung ausländischer Journalisten ermöglicht. Außerdem wurde die Behörde ZITiS geschaffen, um Methoden zum Brechen von Verschlüsselung institutionalisiert zu entwickeln. Dem folgte die EU-Anti-Terrorrichtlinie, welche die Quellen-TKÜ auf EU-Ebene erlaubt. Ferner wurde das Bundesdatenschutzgesetz reformiert und u.a. die unabhängige Kontrolle des Bundesnachrichtendienstes durch die Datenschutzbeauftragte gestrichen. Auf europäischer Ebene wurde die Fluggastdatenspeicherung umgesetzt, die auch Recherchereisen von Journalisten mit dem Flugzeug erfasst. Zudem dürfen die Geheimdienste mittlerweile automatisiert biometrische Passfotos abgleichen. Zuletzt wurde der Staatstrojaner im Strafverfahren eingeführt.

Führt man sich diese Erweiterungen der Eingriffsbefugnisse vor Augen, wird die Problematik des bloß relativen Schutzes durch § 160a StPO deutlich. Im Gegensatz zu dem absoluten Schutzrecht in der analogen Welt wird alles Neue der digitalen Welt – bestenfalls – an das relative Schutzrecht des § 160a StPO gekoppelt. In vielen Fällen, insbesondere bei Datenbanken, wird auf journalistische Schutzrechte komplett verzichtet. So mangelt es in den entsprechenden rechtlichen Bestimmungen an Schutzvorkehrungen für Journalisten, die aufgrund einer regelmäßigen Teilnahme an Demonstrationen naturgemäß potentiell häufiger angezeigt werden. In der Folge kam es zum Akkreditierungs-Skandal beim G20-Gipfel in Hamburg, bei dem zahlreichen Journalisten aufgrund der Erfassung ihrer Person in einer Datenbank der Zutritt verwehrt wurde. Dies bedeutet für die journalistische Arbeit eine sukzessive Schwächung im Digitalen. Selbst wenn sich einzelne Maßnahmen von Überwachung vor dem Hintergrund internationaler Bedrohungen rechtfertigen könnten, bedarf es dann auf der anderen Seite zwingend Kompensationen, die bislang nicht erfolgt sind. So wurden im letzten Koalitionsvertrag Änderungen im Rahmen des sog. Hinweisgeberschutzes angekündigt, aber nicht umgesetzt. Im aktuellen Koalitionsvertrag finden diese schon keine Erwähnung mehr. Deutschland ist damit eines der wenigen europäischen Länder, das Whistleblowern keinen rechtlichen Schutz bietet. Aufgrund dieser mangelnden Schutzrechte ergibt sich für Journalisten eine Notwendigkeit, in ihrem Alltag verstärkt auf Technologie zu setzen. Zusammenfassend lautet die erste These: *Durch den technologischen Wandel und abgeschwächte Schutzrechte für Journalisten ist es schwieriger geworden, Quellen zu schützen. Digitale Selbstverteidigung – wozu auch die Darknet-Technologie gehört – wird aufgrund von politischen Entwicklungen essenziell.*

2. Darknet-Technologien als Freiheitsräume

Das Darknet bietet nicht nur Kriminellen, sondern auch Freiheitskämpfern verschiedene Nutzungsmöglichkeiten.

Zum einen kann das Darknet – als Synonym für alle Formen sicherer und anonymer Kommunikation – als Schutz vor Verfolgung dienen, als sog. High-End Security für Journalisten und Aktivisten, die in extremen Umfeldern erheblicher Bedrohung ausgesetzt sind. Ein Beispiel für solch extreme Umstände bildet der Fall *Hisham Almiraat*, den Reporter ohne Grenzen betreut hat. *Almiraat* hat im arabischen Frühling zu Bloggen begonnen, wurde dann verfolgt, seine Geräte wurden gehackt und letztendlich wurde er aus dem Land vertrieben. Mittlerweile wird er per Haftbefehl wegen Unterstützung von Terroristen gesucht – ein Vorwurf, den *Daniel Moßbrucker* als „völlig absurd“ bezeichnet. Zu seinem eigenen Schutz nutzt *Almiraat* die Darknet-Technologie, in dem er einen eigenen Hidden Service betreibt und seine Kommunikation schwerpunktmäßig hierüber laufen lässt. Seine gesamten Daten speichert er auf diesem Server, so dass man im Falle seiner Verhaftung physisch nicht an diese Daten gelangt.

Neben dem Schutz in solchen Extremfällen ist bei der Arbeit in Krisengebieten der Teiltransfer sehr wichtig. Mithilfe von Darknet-Technologien bzw. zensurresistenten Upload-Plattformen im Darknet wird in Risikogebieten Material (meist Fotos oder Videos) hochgeladen und so außer Landes transportiert. Als Beispiel hierfür kann die Gruppe „Raqa Is Being Slaughtered Silently“ angeführt werden. Als der IS Raqa als „Hauptstadt“ des sog. Kalifats ausrief und dort mordete, waren noch zehn bis zwölf Journalisten der Gruppe vor Ort. Diese nutzten eine Hidden Service Technologie, um ihr Videomaterial hochzuladen. Gruppenmitglieder, die sich bereits im Exil befanden, luden dieses Material dann anonym herunter und übermittelten es an westliche Medien. Eine direkte Veröffentlichung der Videos im Darknet wäre aufgrund der geringen Reichweite nicht erfolversprechend gewesen. Das Darknet dient vielmehr als eine Brücke in die freie Welt. Dieser Anwendungsfall von Hidden Services ist relativ populär und wird mittlerweile beispielsweise auch in der Türkei von vielen Medien genutzt – v.a. im syrisch-türkischen Kriegsgebiet.

Von der Empfängerseite wird die Darknet-Technologie hingegen als anonymer Briefkasten verwendet. Ca. 180 renommierte Medien bedienen sich mittlerweile dieser Möglichkeit, um Whistleblowern eine sichere Übermittlung von Informationen zu gewährleisten. Die Medien bewerben diese anonymen Briefkästen im normalen Netz mit dem Hinweis, dass ein anonymes Hochladen von Daten lediglich die Nutzung des „Tor Browsers“ und das Eingeben der genauen URL erfordert. Mittlerweile gebrauchen auch deutsche Medien – namentlich die Süddeutsche, Spiegel Online, Heise – diese Möglichkeit. Allerdings ist das Bedürfnis in Deutschland aufgrund der herrschenden hohen rechtsstaatlichen Standards verhältnismäßig gering.

Eine weitere vielversprechende Nutzungsmöglichkeit der Darknet-Technologie ist der Gebrauch eines Hidden Service als Kommunikationstechnologie. Ein Beispiel hierfür ist die App „Ricochet“. Diese ähnelt WhatsApp, aber installiert ohne Zutun des Nutzers einen eigenen „Mini Hidden Service“ auf das jeweilige Smartphone. Wenn der

Nutzer chattet, läuft seine Kommunikation automatisch anonym und verschlüsselt über einen Hidden Service.

Diese vier Möglichkeiten einer Nutzung des Darknets für positive Zwecke im Blick haltend, formuliert Daniel Moßbrucker seine zweite These: *Hidden Services verbinden einzelne Aspekte digitaler Sicherheit zu ihrer extremsten Form. Nur weil ihr positiver Nutzen weniger öffentlich ist als der kriminelle Missbrauch der Technologie, darf dieses Freiheitspotenzial nicht negiert werden.*

3. Internationale Implikationen deutscher Sicherheitspolitik

Zuletzt stellt sich die Frage, wie die deutsche Politik diese zahlreichen Sicherheitsgesetze – man kann mittlerweile wohl von einer Art Überwachungslobbyismus sprechen – rechtfertigt. Ein gutes Beispiel deutscher Sicherheitspolitik ist die Vorratsdatenspeicherung. Diese wurde im Oktober 2015 eingeführt und sollte Anfang 2017 in Kraft treten. Im November 2015 ereigneten sich die Terroranschläge in Paris mit über hundert Toten. Noch in der Anschlagnacht erließ die Gewerkschaft der Polizei folgendes Statement: „Das eng gefasste Gesetz zur Vorratsdatenspeicherung muss überdacht werden. Die Polizei muss Anschläge wie die in Paris unter allen Umständen verhindern.“ Dieses Statement zeigt, wie öffentliche Angst missbraucht wird, um eigene Interessen hinsichtlich eines Instruments durchzusetzen, über dessen Auswirkungen und Effektivität es aus damaliger Ermittlersicht noch keinen Erfahrungswert gab. Dieses oder ähnliches Vorgehen (wie z.B. die Argumentation mit Kindesmissbrauch) wird oftmals von der Politik gewählt, um Sicherheitspolitik durchzusetzen, was die Arbeit der Vertreter von Freiheitsrechten maßgeblich erschwert. Als weiteres Beispiel solcher Sicherheitspolitik kann der Staatstrojaner angeführt werden. Auch in dieser Debatte wird von Seiten der Strafvermittler immer mit internationalem Terrorismus, organisiertem Verbrechen oder Cybercrime argumentiert. Dies wirft die Frage auf, warum der Staatstrojaner im regulären Strafverfahren erforderlich ist, schließlich konnte das BKA die Methode für die genannten Delikte ja längst nutzen. Die Argumentation ist stets die gleiche und es mangelt an einer Analyse des Nutzens der geschaffenen Eingriffsbefugnisse. Der Staatstrojaner erlaubt auch das „Einhacken“ in Journalistenhandys. Dem Protest hiergegen wurde damit begegnet, dass der Trojaner nach anfänglichen Schwierigkeiten zur Einhaltung der verfassungsrechtlichen Grenzen künftig in Deutschland programmiert werden soll. Allerdings ist die eigene Entwicklung gescheitert und so wurde doch auf einen Trojaner der Firma „FinFisher“ zurückgegriffen. Dieses Gerät wird wiederum von Reporter ohne Grenzen zahlreich auf Handys von Aktivisten im Nahen Osten gefunden. Die deutsche Gesetzgebung finanziert so einen Markt, der Auswirkungen in der ganzen Welt hat. Die Unterstützung des Aufbaus dieser Industrie – der Ausrüstung von Autokratien mit Überwachungsinstrumenten – erhöht gleichzeitig den Druck der Gegenseite und fördert somit die Entwicklung von Tor oder ähnlichen Technologien.

Hieraus ergibt sich die letzte These: *Debatten über die Methoden der digitalen Kriminalitätsbekämpfung können nicht allein national diskutiert werden. Deutschland finanziert mittlerweile eine Überwachungsindustrie, die mit Autokraten Geschäfte macht. Damit befördert es paradoxerweise die Weiterentwicklung des Darknets.*

Daniel Moßbrucker schließt seinen Vortrag mit folgendem Zitat von Benjamin Franklin: „Wer die Freiheit aufgibt, um Sicherheit zu gewinnen, wird am Ende beides verlieren.“

4. Diskussion

In der Diskussion wurde insbesondere die Rechtfertigung der angesprochenen Eingriffsbefugnisse thematisiert. Von behördlicher Seite wurde betont, dass die Nutzung von Kryptographie durch Private von staatlicher Seite aus durchaus gewollt sei, aber Maßnahmen die Handlungsfähigkeit des Staates und eine effektive Strafverfolgung sicherstellen müssen. Anwesende Strafermittler wiesen auf die hohen Voraussetzungen der Durchführung grundrechtsrelevanter Maßnahmen im Einzelfall und gute Überprüfungsmechanismen hin. Dem Argument, dass der Zweck dieser Maßnahmen gerade nicht die Behinderung der journalistischen Arbeit sei, begegnete Daniel Moßbrucker mit der Gegenfrage, warum nicht stets Schutzrechte für Journalisten aufgenommen werden. Daneben war die Unbestimmtheit des Journalistenbegriffs Gegenstand der Debatte. Diese begründet einerseits eine Missbrauchsgefahr, andererseits ist sie zur Gewährleistung einer umfassenden, von staatlichen Akteuren unabhängigen Pressefreiheit notwendig.

V. Abschlussdiskussion

Die vom Veranstalter, Prof. Christoph Safferling, geleitete Abschlussdiskussion drehte sich maßgeblich um die Quellen-TKÜ (sog. Staatstrojaner) und mögliche Alternativen sowie den staatlichen Umgang mit Sicherheitslücken. Prof. Safferling griff die vorangegangene Diskussion durch einige Hinweise zur Quellen-TKÜ und zu den widerstreitenden Interessen auf: Die Quellen-TKÜ wurde als Reaktion auf den technischen Wandel und die hierdurch entstandenen Grenzen der regulären TKÜ bei verschlüsselter Kommunikation eingeführt. Kriminalpolitisch ist die Notwendigkeit des Nachverfolgens der Kommunikation in bestimmten Fällen unbestritten. Allerdings bereitet die konkrete Ausgestaltung der Maßnahme sowie die Wahrung der rechtsstaatlichen Grenzen Schwierigkeiten, was an § 100a StPO deutlich wird. In der derzeitigen Fassung stellt die Quellen-TKÜ eine Infiltrierung einer Hardware durch Malware dar. Der Staat nutzt also Lücken in der technischen Sicherheit eines Geräts aus. Dies stellt zwar einerseits einen massiven Grundrechtseingriff dar. Andererseits ist die Nachverfolgung dieser Kommunikation jedoch für eine effektive Strafverfolgung erforderlich. Die Praxis hat hier eine extrem sensible Abwägung durchzuführen.

1. Effizienz und Erforderlichkeit der Quellen-TKÜ

Von Seiten der Strafermittler wurde betont, dass die Quellen-TKÜ voraussichtlich keine Standardmaßnahme darstellen wird, sondern vielmehr einen Sonderfall. Die Umsetzung der Maßnahme gestaltet sich als schwierig, sie verursacht hohe Kosten und die Entdeckungsgefahr ist relativ hoch. Allein aus diesen Gründen wird die Maßnahme selbst bei rechtlicher Möglichkeit nur als Ausnahme eingesetzt werden. Des Weiteren sieht auch die StPO hohe Schranken für den Einsatz einer Quellen-TKÜ – wie z.B. den Richtervorbehalt – vor und bietet durch die Pflicht der nachträglichen Benachrichtigung entsprechende Kontrollmöglichkeiten. Eine Erforderlichkeit für solche, an die neuen Technologien angepasste, Eingriffsbefugnisse besteht nichtsdestotrotz insbesondere im Rahmen der komplexen Cyber-Ermittlungen. Zwar können hier grundsätzlich auch die altbewährten, klassischen Ermittlungsmaßnahmen Erfolg versprechen. Allerdings bedarf es aufgrund der Komplexität der Fälle einer Ausschöpfung sämtlicher Ermittlungsmethoden – im Einzelfall inklusive einer Quellen-TKÜ.

2. Backdoor-Lösung als Alternative zur Quellen-TKÜ

Als Alternative zur Quellen-TKÜ wurde aus den Reihen des Publikums eine sog. Backdoor-Lösung vorgeschlagen, bei der private Messenger-Dienste von staatlicher Seite dazu verpflichtet werden, TKÜ-Schnittstellen zur Überwachung durch Strafverfolgungsbehörden einzurichten. Von anderer Seite wurde neben einer generellen Befürwortung einer solchen Lösung auf das praktische Problem hingewiesen, dass die meisten Messenger-Dienste von ausländischen Firmen betrieben werden. Dies würde eventuell eine Verpflichtung der Dienste über multinationales Recht erfordern und einen Zugriff sämtlicher ausländischer Strafverfolgungsbehörden auf diese Sicherheitslücke mit sich bringen. Aus diesem Grund scheint die mit Genehmigungspflichten und Kontrollmechanismen ausgestattete Quellen-TKÜ nicht nur die praktikablere, sondern auch im Hinblick auf die rechtsstaatlichen Anforderungen bessere Lösung. Aus journalistischer Sicht ist im Rahmen einer Backdoor-Lösung die Gefahr zu beachten, dass eine bestehende Sicherheitslücke nicht nur von Strafverfolgungsbehörden, sondern auch von Hackern, Cyberbetrügern o.Ä. genutzt werden kann.

3. Umgang mit und Erlangung von Sicherheitslücken durch den Staat

In diesem Zusammenhang stellte sich die generelle Frage des staatlichen Umgangs mit solchen Sicherheitslücken.

So wurde zu bedenken gegeben, dass der Staat im Falle des Auffindens einer Schwachstelle und der Nutzung ebendieser zu eigenen Zwecken gleichzeitig die Entscheidung trifft, das Bestehen der Sicherheitslücke nicht zu veröffentlichen. Damit nimmt der Staat in Kauf, dass auch andere Personen, z.B. Angreifer aus anderen Ländern, die gleiche Schwachstelle finden und nutzen können. Andere Länder sind in diesem Bereich fortschrittlicher: So existieren in den USA Standards, die regeln, welche Schwachstellen die Behörden veröffentlichen müssen und welche sie geheim halten dürfen. Diskutiert wurde ferner, ob diese Situation nicht zu einer innerpolitischen Schizophrenie führt. Ein Resort der inneren Sicherheit nutzt Schwachstellen für staatliche Zwecke und hält diese geheim, wohingegen dem Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI) als dem Innenministerium unterstellte Behörde u.a. die Aufgabe obliegt, Bürger und deren IT-Sicherheit gegen Angriffe von außen zu stärken. Dem wurde entgegengehalten, dass es sich nicht um eine Schizophrenie handele, sondern lediglich um unterschiedliche Aufgaben des Staates, die in eine Waagschale geworfen und erfüllt werden müssen. Neben dem staatlichen Umgang mit Sicherheitslücken wurde die Frage aufgeworfen, wie der Staat überhaupt an solche Schwachstellen oder zu infiltrierende Malware gelangt. Sowohl ein direkter Kauf von Kriminellen auf einer Darknet-Plattform, als auch die Beauftragung eines Unternehmens mit einem solchen Kauf, würde ein kriminelles Netzwerk im Darknet fördern.

VI. Schlusswort und Fazit

Die abschließende Diskussionsrunde wurde durch ein Fazit des Veranstalters, *Prof. Safferling*, geschlossen: Den Bürgern wird im Hinblick auf sämtliche Eingriffsbefugnisse der Strafverfolgungsbehörden ein Grundvertrauen in die Funktionsweise des Rechtsstaats und dessen Kontrollmechanismen abverlangt. Gegenwärtig scheint ein solches Vertrauen der deutschen Bürger zu bestehen und die rechtsstaatlichen Anforderungen grundsätzlich gewahrt. Allerdings gibt es keine Garantie, dass der Rechtsstaat in seiner derzeitigen Verlässlichkeit bestehen bleibt. Aus diesem Grund bedarf es solcher Diskussionen, wie sie im Rahmen des ECCT 2018 geführt wurden, um die sich gegenüberstehenden Rechte der Bürger und die Pflichten des Staates auszutarieren. Vor diesem Hintergrund freuen sich *Prof. Safferling* und sein Team der International Criminal Law Research Unit über eine gelungene Tagung und blicken der Fortsetzung der Veranstaltungsreihe „Erlanger Cybercrime Tag“ im Jahr 2019 entgegen.

„Palliativmedizin und Sterbefasten – Strafbare Suizidförderung?“ Bericht zum 4. Medizinstrafrechtsabend an der Bucerius Law School

von Jessica Krüger, LL.B.

Am 29. Mai 2018 fand an der Bucerius Law School, Hamburg, der vierte Medizinstrafrechtsabend statt. Die von der Zeitschrift *medstra*, WisteV, dem Wirtschaftsstrafrechtlichen Gesprächskreis der Bucerius Law School und dem neu gegründeten Medizinrechtlichen Institut der Bucerius Law School organisierte Veranstaltung befasste sich mit dem Thema „Palliativmedizin und Sterbefasten – Strafbare Suizidförderung?“. Die Vortragsreihe richtete sich auch in diesem Jahr an Juristen und Mediziner gleichermaßen. Sie möchte auf diesem Wege den interdisziplinären Austausch im Schnittstellengebiet des Medizinstrafrechts fördern. Dieses Ziel wurde durch das Format des Abends in besonderem Maße erreicht: Jeweils nach den Vorträgen von *Prof. Dr. iur. Tanja Henking*, FH Würzburg-Schweinfurt, und *Prof. Dr. iur. Gunnar Duttge*, Universität Göttingen, die sich mit unterschiedlichen Aspekten des § 217 StGB befassten, brachte *Prof. Dr. med. Karin Oechsle*, Oberärztin und ärztliche Leiterin der Palliativstation des UKE Hamburg, in einem spontanen Impulskommentar ihre medizinwissenschaftliche Sichtweise und Erfahrung in die Themen ein. Die zahlreich anwesenden Mediziner trugen in der Diskussion zur weiteren Vertiefung des Austausches bei.

Eingeleitet wurde der Abend mit der Verleihung des Roxin-Preises. Der von der Kanzlei Roxin gestiftete Jahrespreis für die beste wirtschaftsstrafrechtliche Promotion der Bucerius Law School ging an *Dr. Christoph Henckel* für dessen Arbeit „Faires Verständigungsverfahren durch Transparenz“. Anschließend leitete *Prof. Dr. iur. Karsten Gaede*, Bucerius Law School, Hamburg, zu den beiden zentralen Vorträgen des Abends über, indem er einen Überblick über Entstehungsgeschichte und Problemfelder des § 217 StGB gab. Ziel des Gesetzgebers bei der Schaffung des § 217 StGB sei vor allem gewesen, Sterbehilfereine zu erfassen und damit zu verhindern, dass Suizidbeihilfe zur scheinbar verführerischen Normalität werde. Ob dem Gesetzgeber eine überzeugende Kriminalisierung gelungen ist, sei aber fraglich, insbesondere angesichts der verbreiteten Sorge, dass auch nicht strafwürdige Fälle von § 217 StGB erfasst werden.

Mit einem ersten, wichtigen Aspekt fragwürdiger Kriminalisierung beschäftigte sich sodann *Prof. Dr. Tanja Henking* in ihrem Vortrag zum Thema „§ 217 StGB – ein Risiko für palliativmedizinische Behandlungen?“. *Henking* zeigte auf, dass der Gesetzgeber davon ausgegangen sei, die Palliativmedizin falle nicht unter § 217 StGB. So habe er § 217 StGB in seiner jetzigen, bedenklich weiten Form verabschiedet, ohne insoweit einen gezielten Ausschluss vorzusehen. Als besonders problematische Folge des weiten Wortlauts identifizierte *Henking* die Überlassung von potentiell tödlichen Medikamenten an Patienten. Die Versorgung mit solchen Mitteln falle

unter das „Gewähren“ einer Möglichkeit zur Selbsttötung, und da sich die von § 217 StGB geforderte Absicht nur auf das Gewähren der Möglichkeit beziehe, nicht aber auf das Ausnutzen derselben durch den Patienten, ergebe sich hier bei vom Arzt erkannter Suizidgeneigtheit des Patienten prinzipiell ein Strafbarkeitsrisiko. Dies könne sich belastend auf das gerade in der Palliativmedizin besonders wichtige Gespräch zwischen Arzt und Patient auswirken. Als Lösung schlug *Henking* vor, die Förderungsabsicht zu verneinen, wenn Medikamente zur Symptomkontrolle überlassen werden. Vorzugswürdig erschiene ihr zwar eine restriktive Auslegung der objektiven Tatbestandsmerkmale, insbesondere des Merkmals der Geschäftsmäßigkeit – gegen eine solche Lösung spreche aber der Wille des Gesetzgebers. Abschließend stellte *Henking* fest, dass das Strafbarkeitsrisiko ihrer Ansicht nach zwar überschaubar sei, es aber ein durchaus beachtliches Risiko der Einleitung eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens gebe. Hierin sehe sie neben der Rechtsunsicherheit einen großen Belastungsfaktor für die Ärzteschaft.

In ihrem an den Vortrag anschließenden Kommentar betonte *Prof. Dr. Karin Oechsle* die zentrale Rolle, die dem Arzt-Patienten-Gespräch in der Palliativmedizin zukomme. Zahlreiche Patienten ließen sich ihrer Erfahrung nach durch solche Gespräche auch von einem Sterbewunsch abbringen. Auch die Ausstattung der Patienten mit hinreichenden Medikamenten zur Selbstmedikation sei bereits aus psychologischen Gründen sehr wichtig. Hier sei es ganz unerlässlich, Patienten zu ihrem eigenen Schutz über die Wirkweise und damit auch die tödliche Dosis der ihnen überlassenen Medikamente aufzuklären. Zwar habe sich nach ihrem Eindruck in der ärztlichen Gesprächspraxis noch nichts verändert, sie beobachte aber im Kollegenkreis eine zunehmende große Verunsicherung sowie eine gesteigerte Sensibilität für das Thema. *Oechsle* machte auch darauf aufmerksam, dass die Überlassung von Medikamenten ein Problem sei, das Hausärzte mindestens ebenso betreffe wie Palliativmediziner.

Diese Einschätzung wurde in der folgenden, von *Gaede* moderierten Diskussion von zahlreichen im Publikum anwesenden Ärzten geteilt. Es wurde betont, dass auch weitverbreitete Alltagsmedikamente wie Paracetamol und Insulin von suizidgeneigten Patienten ohne Weiteres zur Selbsttötung verwendet werden könnten und sich das Problem somit keineswegs auf die in der juristischen Diskussion bislang im Fokus stehenden Opiate beschränke. Aus den Reihen der Palliativmediziner wurde berichtet, dass § 217 StGB bereits jetzt fatale Auswirkungen auf das Gespräch zwischen Arzt und Patient habe und dieses verstummen lasse. Ein Vertreter der Kriminalpolizei wies zudem auf das Risiko hin, dass Angehörige § 217 StGB für

Klageerzwingungsverfahren nutzen könnten. Für eine hitzige Debatte sorgte der Vorschlag von *LOStA Dr. Folker Bittmann*, die Rechtsprechung zur professionellen Beihilfe aus dem Wirtschaftsstrafrecht auf § 217 StGB zu übertragen und so eine Begrenzung der Strafbarkeit über den subjektiven Tatbestand zu erreichen.

Nach der sehr angeregten, von medizinischen und juristischen Beiträgen gleichermaßen geprägten Diskussion, wandte sich *Prof. Dr. Gunnar Duttge* im nächsten Vortrag der Frage „Organisiertes Sterbefasten – ein Fall des § 217 StGB?“ zu. *Duttge* zeigte zunächst auf, dass sich das sog. Sterbefasten, der freiwillige Verzicht auf Nahrung und Flüssigkeit, in vielerlei Hinsicht von herkömmlichen Selbsttötungsmethoden unterscheidet: Es könne jederzeit unterbrochen werden, sodass ein sukzessiver Kontrollverlust eintrete, der vom Patienten selbst gesteuert werden könne und so weniger Zweifel an dessen Freiverantwortlichkeit lasse. Sterbefasten stehe durch die geringere Abhängigkeit von der Medizin zudem jedem Patienten offen. Deshalb stelle ärztlich begleitetes Sterbefasten kein strafwürdiges Verhalten dar. Wie sich diese Wertung mit § 217 StGB vereinen lässt, erörterte *Duttge* ausgehend von der Prämisse, dass der historische Wille des Gesetzgebers bei neuen Gesetzen zwar ein wichtiges Indiz sei, jedoch die Auslegung nur präge, solange sich dieser Wille auch widerspruchsfrei entnehmen lasse und er von der normtextlichen Form erfasst sei. Vor diesem Hintergrund müsse sich die Auslegung an der normstrukturellen Systematik und dem Willen des Gesetzgebers, nicht aber an „objektiv-teleologischen“ Vernünftigkeitserwägungen orientieren. Hiervon ausgehend begründete der Vortragende seine ablehnende Haltung gegenüber verschiedenen in der Literatur vertretenen einschränkenden Ansätzen. Sterbefasten sei, stelle man auf das äußere Geschehen ab, weder ein „aliud“ zum Suizid noch ein Behandlungsabbruch, und auch eine teleologische Reduktion der Merkmale fördern, Förderungsabsicht oder Geschäftsmäßigkeit sei nicht der richtige Lösungsansatz. Vielmehr dürfe Sterbefasten schon nicht als Suizid im Sinne des § 217 StGB eingeordnet werden. Dieses Ergebnis könne im Wege subjektiv-teleologischer Auslegung erreicht werden. Dass Sterbefasten nach der Definition der WHO ein Suizid sei, stehe

diesem Ergebnis nicht entgegen, da diese einem psychiatrischen und keinem rechtlichen Kontext entstamme.

Die Meinung, dass Sterbefasten kein Suizid sei, teilte auch *Oechsle* in ihrem anschließenden Kommentar – dies sei für sie eigentlich eine Selbstverständlichkeit. Allerdings machte sie auch deutlich, wie schwierig es für die Ärzteschaft sei, mit der aktuell bestehenden Unsicherheit umzugehen und forderte mehr Rechtsklarheit. Eine Forderung, die in der anschließenden, von *RA Prof. Dr. iur. Michael Tsambikakis* geleiteten Debatte von zahlreichen Ärzten wiederholt wurde. Insbesondere wurde darauf verwiesen, dass bei einer Einordnung des freiwilligen Verzichts auf Nahrung und Flüssigkeit als Fall des § 217 StGB auch im Rahmen des Behandlungsabbruchs bzw. im Rahmen von Patientenverfügungen Strafbarkeiten nahe lägen. *Gaede* hinterfragte zudem kritisch, ob *Duttge* die bei seiner Kritik an anderen Einschränkungsvorschlägen vertretenen engen Auslegungsgrenzen, die von denen des BVerfG abwichen, in der von ihm vorgeschlagenen Lösung erfülle. Der Gesetzgeber habe den Begriff des Suizides in keiner Weise normspezifisch enger als bisher bestimmt und lasse an keiner Stelle erkennen, dass er sich einen passiven Suizid nicht vorstellen könne. Hierauf präziserte *Duttge*, dass der Gesetzgeber ebenso wenig explizit für ein weites Verständnis des Suizidbegriffs eingetreten sei. Insgesamt ergab sich im Publikum die einhellige Ansicht, dass der palliativ unterstützte Suizid nicht strafwürdig sei und möglichst nicht unter § 217 StGB subsumiert werden sollte.

Kennzeichnend für den Abend waren die zahlreichen angeregten und interdisziplinären Diskussionen mit hohem Praxisbezug. Diese wurden durch das passende Format und die sehr heterogene Zusammensetzung des Publikums ermöglicht, das Studierende der Medizin und Rechtswissenschaften ebenso umfasste wie Mediziner, Rechtsanwälte, Staatsanwälte, Polizeibeamte und Professoren. Insgesamt ist es gelungen, einen für rund 100 Mediziner und Juristen gleichermaßen spannenden Abend zu gestalten und wieder einmal die hohe Relevanz des interdisziplinären Austauschs im Bereich des Medizinstrafrechts zu unterstreichen.