

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 Zöllner

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 | 259– 304

- 259 | **Strikte Beweisverwertungsverbote – Ein Gebot des Rechtsstaats**
von RA Dr. Till Müller-Heidelberg, Wiss. Mit. Mara Kunz, RiLG Dr. Holger Niehaus, unter Mitarbeit von Prof. Dr. Fredrik Roggan
- 267 | **Digitale Rechtsgüter zwischen Grundrechtsschutz und kollektiver Sicherheit**
von Wiss. Mit. Mathias Kahler, LL.M. und Prof. Dr. Klaus Hoffmann-Holland
- 276 | **Die öffentliche Wahrnehmung von Strafzumessungsentscheidungen – Anlass für Reformen?**
von Prof. Dr. Elisa Hoven
- 291 | **Protest Policing im Wandel? Konservative Strömungen in der Politik der Inneren Sicherheit am Beispiel des G20-Gipfels in Hamburg**
von Dr. Daniela Hunold und Wiss. Mit. Maren Wegner
- 300 | **Androiden und die Renaissance der strengen Schuldtheorie?**
von Dr. Sven Henseler

AUSLANDSRUBRIK | 305 – 313

- 305 | **The Rights of the Children in Turkish Criminal Justice System**
von Prof. Dr. Dr. h.c. Hakan Hakeri

BUCHBESPRECHUNGEN | 314 – 324

- 314 | **Thomas Kahler: Massenzugriff der Staatsanwaltschaft auf Kundendaten von Banken zur Ermittlung von Internetstraftaten**
von OStA Dieter Kochheim
- 321 | **Juliane Klug: Der Gewaltschutzdiskurs und Stalking im Spannungsfeld von Kernstrafrecht und Kriminalprävention**
von Prof. Dr. Anja Schiemann
- 323 | **Volker Bützler: Staatsschutz mittels Vorfeldkriminalisierung.**
von Prof. Dr. Anja Schiemann

ALLGEMEINE BEITRÄGE

Strikte Beweisverwertungsverbote – Ein Gebot des Rechtsstaats

Ein kriminalpolitisches Plädoyer für eine grundlegende Reform

von RA Dr. Till Müller-Heidelberg,
Wiss. Mit. Mara Kunz,
RiLG Dr. Holger Niehaus,
unter Mitarbeit
von Prof. Dr. Fredrik Roggan*

Abstract

Im Koalitionsvertrag der CDU/CSU-SPD-Regierung vom 14. März 2018 heißt es unter der Überschrift „Pakt für den Rechtsstaat“ im Unterpunkt „Verfahrensrecht“, dass die Koalitionäre „die systematische Kodifizierung der Regeln zur Zulässigkeit von Beweiserhebung und -verwertung“ prüfen wollen. In der Tat zeigt ein Blick auf den gegenwärtigen Rechtszustand, dass Reformbedarf besteht. Ob der Gesetzgeber sein anspruchsvolles Vorhaben angehen oder gar umsetzen wird, darf mit Interesse verfolgt werden.

I. Einleitung

Es ist keine neue Erkenntnis, dass auch die grundsätzlich rechtsstaatliche Ordnung eines Staates in der Praxis der Strafverfolgung Rechtsverletzungen durch Organe des Staates nicht ausschließt.¹ Das Strafprozessrecht hat deshalb neben der Funktion der Ordnung des Strafverfahrens vor allem auch die Funktion der Begrenzung der Strafverfolgung im Interesse der Rechtsstaatlichkeit und des Grundrechtsschutzes.² Die Erforschung des Sachverhalts und die Bestrafung des Täters soll im Rechtsstaat eben nicht um jeden Preis erfolgen,³ sondern nur auf dem vorgeschriebenen bzw. erlaubten Weg. Deshalb ist ein Angeklagter nicht nur dann freizusprechen, wenn seine Schuld (mangels Beweisen) nicht erwiesen ist, sondern auch dann, wenn der Nachweis seiner Schuld nicht auf prozessordnungsgemäßem Weg geführt werden kann, weil keine in prozessordnungsgemäßem Verfahren zustande gekommen Beweise vorliegen.⁴

Das Gesetz enthält zu dem Konflikt zwischen Strafverfolgungsinteresse und den (Grund-)Rechten des Angeklagten und aller Bürger nur ganz rudimentäre Regelungen für bestimmte Einzelfälle (namentlich § 136a Abs. 3 S. 2 StPO im Fall der Folter). Auf einem für den rechtsstaatlichen Strafprozess zentralem Gebiet überlässt das Gesetz mithin die Verantwortung für die Frage, wann aus einem Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften bei der Beweisgewinnung die Unverwertbarkeit dieses Beweises im Prozess folgt, nahezu vollständig den Strafgerichten und – bis einschließlich zur Anklageerhebung – den Staatsanwaltschaften.

Das Auftreten neuer Ermittlungsmethoden (bedingt durch neue wissenschaftliche Erkenntnisse, z.B. auf dem Gebiet der DNA-Analyse) und die beständige Fortentwicklung der technischen Möglichkeiten zur Kommunikation und deren Überwachung (man denke an den gesamten Bereich der Kommunikation über das Internet und über Mobiltelefone) führen dabei auch zu neuen Rechtsfragen auf dem Gebiet der Beweisverwertung.⁵ Unabhängig von diesen Entwicklungen scheint der Rechtsprechung in den vergangenen Jahrzehnten die Sensibilität für die oben genannten Fragen nahezu vollständig abhanden gekommen zu sein (vgl. unten II. 2.). Eine Gesamtschau der jüngeren Rechtsprechung ergibt das Bild einer Verabsolutierung des Strafverfolgungsinteresses.⁶

Diese für den Rechtsstaat allgemein und für die (Grund-)Rechte der Bürger bedenkliche Entwicklung kann nur durch eine längst überfällige allgemeine gesetzliche Regelung über die Beweisverwertungsverbote in einen rechtsstaatskonformen Zustand überführt werden (unten

* Der Autor Dr. Müller-Heidelberg ist Rechtsanwalt in Bingen/Rhein; die Autorin Kunz ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin des Instituts für Kriminologie der Universität Heidelberg (Prof. Dr. Dölling); Dr. Niehaus ist Richter am Landgericht Düsseldorf; der Beitrag stellt die Ergebnisse einer aus diesen bestehenden Arbeitsgruppe der Bürgerrechtsvereinigung Humanistische Union dar; Prof. Dr. Roggan lehrt Strafrecht an der Fachhochschule der Polizei des Landes Brandenburg. Die Verfasser danken Oksan Karakus, die ebenfalls in der vorgenannten Arbeitsgruppe mitgewirkt hat.

¹ So schon Grünwald, JZ 1966, 489.

² Grünwald, JZ 1966, 489.

³ BGHSt 14, 358 (365).

⁴ Wohlers, StV 2008, 434 (442); vgl. Dencker, DAR 2009, 257 (259, dort Fn. 40); Niehaus, DAR 2009, 632 (635).

⁵ Vgl. Grünwald, JZ 1966, 489.

⁶ Vgl. bereits Grünwald, JZ 1966, 489, unter Verweis auf *Beling*, Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess, 1903, S. 3.

V., vgl. dazu auch die einleitend zitierte Absichtserklärung aus dem Koalitionsvertrag vom 14. März 2018).

II. Gegenwärtiger Rechtszustand

1. Ausdrückliche gesetzliche Regelungen

Das aktuelle Recht enthält lediglich punktuell und verstreut einige Regelungen zu Einzelfällen verbotener Beweisverwertung.⁷ Hierzu zählt zu allererst § 136a Abs. 3 S. 2 StPO, nach dem Beweise, die unter Anwendung verbotener Vernehmungsmethoden (insbes. Folter) erlangt worden sind, unverwertbar sind. Andere Regelungen betreffen nicht die Rechtsfolgen der *rechtswidrigen* Erlangung von Beweismitteln, sondern formulieren Verwertungs- oder Verwendungsverbote für bestimmte Zwecke oder in bestimmten Situationen: Nach § 81c Abs. 3 S. 5 StPO dürfen Beweise aus Untersuchungen an Minderjährigen, die ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erfolgt sind, nur mit dessen Zustimmung verwertet werden. Erkenntnisse aus einem Großen Lauschangriff, die den Kernbereich privater Lebensgestaltung betreffen, dürfen nach § 100d Abs. 2 S. 1 StPO nicht verwertet werden. Ist eine Maßnahme nach der StPO nur bei Verdacht bestimmter Straftaten zulässig, so dürfen nach § 477 Abs. 2 S. 2 StPO die gewonnenen personenbezogenen Daten in anderen Strafverfahren nur zur Aufklärung solcher Katalog-Straftaten verwendet werden. § 393 Abs. 2 AO bestimmt, dass Tatsachen, die der Betroffene den Finanzbehörden in Erfüllung steuerrechtlicher Pflichten offenbart hat, nicht zur Verfolgung von Taten verwendet werden dürfen, die keine Steuerstraftaten sind.

Und schließlich kennt auch das Geheimdienstrecht mit den §§ 3a S. 8 und 5a S. 2 G10 das Verbot, Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zu verwerten.

Eine allgemeine Aussage darüber, ob in allen anderen Fällen des Verstoßes gegen gesetzliche Vorschriften die Beweisverwertung zulässig ist oder nicht, enthält das Gesetz daher nicht. Insbesondere wäre es abwegig – und wird deshalb (soweit ersichtlich) auch nicht vertreten – aus dem Fehlen einer ausdrücklichen Verwertungsverbotsregelung in allen anderen Fällen rechtswidriger Beweisgewinnung außer in dem geregelten Fall des § 136a StPO zu schließen, dass das Gesetz die Verwertung mit Ausnahme der wenigen ausdrücklich geregelten Fälle zulasse. Zum Teil wird aber – umgekehrt – den jüngeren gesetzlichen Regelungen entnommen, dass der jüngere Gesetzgeber offenbar davon ausgeht, dass nach geltendem Recht die Verwertung rechtswidrig erhobener Beweise nicht schlechthin verboten sei (wie die genannten punktuellen Regelungen zeigen).

Es gebe also nach geltendem Rechtsverständnis keinen Automatismus zwischen rechtswidriger Beweiserhebung und Unverwertbarkeit des Beweises.⁸

Diese Sichtweise ist allerdings Einwänden ausgesetzt, weil – wie oben gezeigt – mit Ausnahme des seit jeher geregelten Falls des § 136a Abs. 3 S. 2 StPO die genannten Regelungen gar nicht den Fall der rechtswidrig erlangten Beweismittel regeln, sondern die Verwendung rechtmäßig erlangter Informationen beschränken. Gleichwohl zeigt diese Argumentation, dass es einer ausdrücklichen und allgemeinen gesetzlichen Regelung der Frage bedarf, in welchen Fällen aus einer rechtswidrigen Beweisgewinnung ein Beweisverwertungsverbot folgt. Denn anderenfalls wird sich derjenige, der sich auf eine solche rechtswidrige Beweisgewinnung beruft und ein Verwertungsverbot geltend macht, zunehmend dem Argument ausgesetzt sehen, der jüngere Gesetzgeber habe doch an anderer Stelle (etwa irgendwo im Rahmen einer „Dunkelnorm“ bei der DNA-Analyse oder im Datenschutzabschnitt der StPO, vgl. etwa § 477 Abs. 2 StPO) eine Regelung getroffen, hier aber gerade nicht, weshalb trotz rechtswidriger Beweisgewinnung der Beweis verwertbar sei.

2. Die Rechtsprechung zu den Verwertungsverboten

a) Die Praxis der Strafgerichte

Nach der Rechtsprechung – insbesondere des *BGH* – ist die Annahme eines Beweisverwertungsverbots bei rechtswidriger Beweisgewinnung eine begründungsbedürftige Ausnahme.⁹ Das *OLG Hamburg* meint gar, der Strafprozessordnung seien „Beweisverwertungsverbote grundsätzlich fremd“.¹⁰ Maßgebend sei eine Abwägung im Einzelfall, in deren Rahmen einerseits insbesondere das Gewicht des Verfahrensverstößes zu berücksichtigen sei, andererseits die Möglichkeit der Beweisgewinnung auf (hypothetisch) rechtmäßigem Weg und die Schwere des Tatvorwurfs.¹¹

Die dogmatische Begründung dieser „Abwägungslösung“ ist ursprünglich vor allem *Rogall* zuzuschreiben.¹² In ihrer Anwendung durch die Justizpraxis ist die Folge dieser (vermeintlichen) „Abwägung“ jedoch nahezu ausnahmslos die Annahme des vermeintlichen Überwiegens der Strafverfolgungsinteressen, so dass trotz rechtswidriger Beweiserhebung der Beweis verwertet wird, wie sich an einigen – lediglich exemplarisch ausgewählten – Beispielen zeigen lässt: So soll die Zweckentfremdung von entnommenen Körperzellen zum Zweck der DNA-Analyse in anderen Strafverfahren entgegen § 81a Abs. 3 StPO nicht zu einem Verwertungsverbot führen.¹³ Auch die Missachtung der Befristung einer Telekommunikationsüberwachung (Verstoß gegen § 100e Abs. 1 S. 4 StPO)

⁷ Vgl. auch die Überblicke bei *Heghmanns*, ZIS 2016, 404; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl. (2017), § 24 Rn. 23 ff.; *Kudlich*, in: *MüKo-StPO*, 1. Aufl. (2014), Einl. Rn. 452; *Schmitt*, in: *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, 61. Aufl. (2018), Einl. Rn. 55; *Beulke*, in: *SSW-StPO*, 3. Aufl. (2018), Einl. Rn. 263.

⁸ So die *hM*; vgl. etwa *Schmitt*, in: *Meyer-Goßner/Schmitt*, Einl. Rn. 55; *Beulke*, in: *SSW-StPO*, Einl. Rn. 264; *Fischer*, in: *KK-StPO*, 7. Aufl. (2013), Einl. Rn. 387; *Heghmanns*, Strafverfahren, 2014, Rn. 961; *ders.*, ZIS 2016, 404 ff.

⁹ *BGHSt* 44, 243 (249); 56, 127 (132 f.); vgl. auch *BVerfG*, NJW 2010, 287 und *BVerfG*, NJW 2011, 2417 (2419) – „Steuer-CD“; vgl. auch *Landau*, *NStZ* 2007, 121 (129).

¹⁰ *OLG Hamburg*, *NStZ* 2017, 726.

¹¹ Vgl. nur *BGH*, *NStZ* 2016, 551 (552 mwN).

¹² *Rogall*, *ZStW* 91 (1979), 1 (21, 29 ff.); vgl. *Heghmanns*, ZIS 2016, 404 (406), m.w.N.

¹³ *BGH*, NJW 2015, 2594 f.

führt nicht zu einem Beweisverwertungsverbot.¹⁴ Die Verwertung von Erkenntnissen aus präventiv-polizeilichen Lauschangriffen soll zulässig sein.¹⁵ Sehr deutlich wird die Problematik auch in einer Entscheidung des *OLG Frankfurt a.M.* zur rechtswidrigen Delegation von Geschwindigkeitsüberwachungen auf Private.¹⁶ Das *Gericht* findet zum Gesetzesverstoß der Verfolgungsbehörden Worte, die deutlicher kaum sein könnten: Die Behörden hätten die „Fiktion einer Arbeitnehmerüberlassung konstruiert“, um „den Schein der Rechtsstaatlichkeit“ zu wahren (!). Die abschließende Entscheidung der Behörde sei nur „täuschende Fassade“ gewesen. Die Beweismittel seien „nicht auf rechtsstaatliche Weise“ erlangt worden.¹⁷ Nach diesen eindeutigen Befunden gelangt das *OLG* jedoch sodann – im Gegensatz zum *AG* als Vorinstanz – zu dem Ergebnis, dass die genannten Feststellungen die Annahme eines Beweisverwertungsverbots nicht trügen. Welche Behörde soll bei einer solchen Argumentation gesetzliche Grenzen für das eigene Verhalten bei der Beweiserhebung noch ernst nehmen?

Die Missachtung des Richtervorbehalts vor der StPO-Reform des Jahres 2017 (vgl. jetzt die Ausnahmen vom Richtervorbehalt in § 81a Abs. 2 S. 2 StPO) sollte bei der Blutprobe lediglich in „krassen Ausnahmefällen“ zu einem Beweisverwertungsverbot führen.¹⁸

Gleiches gilt bei der Verwertung von Informationen, die Dritte rechtswidrig erlangt haben: So sollen Steuer-Daten, die ein (privater) Informant unter Verstoß gegen geltendes Recht beschafft und den Verfolgungsbehörden (gegen Entgelt) zur Verfügung gestellt hat, verwertbar sein.¹⁹ Aktuell kristallisiert sich hinsichtlich der umstrittenen Frage der Verwertung von Dashcam-Videoaufzeichnungen eine herrschende Meinung heraus, welche – nach dem Vorstehenden wenig überraschend – die Verwertung solcher (unter Verstoß gegen § 4 BDSG gewonnenen) Videoaufzeichnungen im Straf-, Zivil- und sogar Ordnungswidrigkeitenverfahren zulässt.²⁰

Die Liste ließe sich fortsetzen.²¹ Die Instanzgerichte haben die „Botschaft“ offenbar verstanden. Beweisverwertungsverbote werden hier als Folge der Missachtung prozessualer Normen praktisch nur noch anerkannt, wenn es aufgrund ausdrücklicher verfassungsgerichtlicher Anordnung völlig unausweichlich ist: Das *AG Schweinfurt* etwa hat selbst noch in einem Fall einer Abstandsunterschreitung im Straßenverkehr (also einer banalen Ordnungswidrigkeit, bei welcher der Abwägungsfaktor des „Gewichts des Verfolgungsinteresses“ gewiss nicht allzu hoch zu

veranschlagen sein dürfte) trotz Rechtswidrigkeit der Verkehrs-Videoüberwachung kein Verwertungsverbot angenommen.²² Hier zeigt sich im Übrigen die Funktionsweise der „Abwägungslösung“ in der Praxis: Um wenigstens den Mindestanforderungen an die postulierte Abwägung formal gerecht zu werden, wird eine folgenlos gebliebene Unterschreitung des Sicherheitsabstands im Straßenverkehr zu einer „Ordnungswidrigkeit von erheblicher Bedeutung“ stilisiert.²³

b) Die Rechtsprechung des BVerfG

Das *BVerfG* hat die oben beschriebene Praxis der Strafgerichte unbeanstandet gelassen und den Abwägungsansatz als jedenfalls nicht verfassungswidrig gekennzeichnet.²⁴ Im Jahr 2014 allerdings sah es sich in einem zunächst eher unscheinbar daherkommenden *obiter dictum* zu Ausführungen im Zusammenhang mit der Missachtung des Richtervorbehalts veranlasst: Es bestünden „aus rechtsstaatlicher (Art. 20 Abs. 3 GG) wie auch grundrechtlicher (Art. 2 Abs. 2 GG) Sicht erhebliche Bedenken an einer Praxis, die den gesetzlichen Richtervorbehalt (...) durch eine großzügige Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel flächendeckend aushebelt.“²⁵ Damit erkannte auch das *BVerfG* jedenfalls im Grundsatz an, dass die letztlich schrankenlose Verwertung rechtswidrig erlangter Beweise dem Rechtsstaatsprinzip widersprechen kann, Beweisverwertungsverbote also unter dem Gesichtspunkt des Rechtsstaatsprinzips geboten sein können.

III. Kritik des judikativ geschaffenen Rechtszustandes

Wie oben anhand ausgewählter Beispiele illustriert, führt die aktuelle Rechtsprechung dazu, dass rechtswidrige Beweiserhebungen in aller Regel folgenlos bleiben. Neben der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege werden diverse Parameter in die Abwägung eingestellt, so beispielsweise das objektive Gewicht des Verstoßes gegen die Beweiserhebungsvorschrift, der Zweck der verletzten Verfahrensvorschrift, die Beeinträchtigung des Beweiswertes durch die konkrete Erhebung im Einzelfall und die Frage nach der hypothetisch rechtmäßigen Beweiserlangung. Abgesehen von der Fragwürdigkeit mancher Abwägungskriterien ist der Abwägungsprozess selten nachvollziehbar belegt.²⁶ Welchem Kriterium welches Gewicht in der Abwägung zukommen soll, ist eine Frage des Einzelfalls,²⁷ bei deren Beantwortung stets die Gefahr einer Orientierung am vermeintlich „richtigen“ Ergebnis besteht (s. o.). Es hat sich gleichsam eine Einschätzungspräroga-

¹⁴ BGHSt 44, 243 (248 f.).

¹⁵ BGH, NSStZ 1995, 601 (602) m. krit. Anm. *Welp*; vgl. auch BVerfGE 130, 1 (25 ff.).

¹⁶ OLG Frankfurt a.M., NSStZ 2017, 588 m. Anm. *Niehaus*, VRR 08/2017, 15.

¹⁷ OLG Frankfurt a.M., NSStZ 2017, 588 (589 f.).

¹⁸ OLG Düsseldorf, NZV 2010, 306.

¹⁹ BVerfG, NJW 2011, 2417 (2418).

²⁰ Vgl. zuletzt BGH, Urt. v. 15.5.2018 – VI ZR 233/17 Rn. 29 ff.; *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, § 100h Rn. 1a; *OLG Stuttgart*, NJW 2016, 2280 mit abl. Anm. *Cornelius* sowie *Niehaus*, NZV 2016, 551 (insbes. 555); *AG Nienburg*, DAR 2015, 280; zum Problemkreis der Verwertbarkeit von durch Private erlangten Beweismitteln *Roxin/Schünemann*, § 24 Rn. 65.

²¹ Vgl. dazu etwa die Übersicht bei *Kudlich*, in: MüKo-StPO, Einl. Rn. 460 ff.

²² *AG Schweinfurt*, Urt. v. 31.8.2009 – 12 OWi 17 Js 7822/09 –, juris. Vgl. dazu *Niehaus*, DAR 2009, 632 (635).

²⁴ BVerfGE 130, 1 (25 ff.); vgl. auch *BVerfG*, StV 2008, 1 (4).

²⁵ *BVerfG*, NJW 2015, 1005 (1006) m. Anm. *Niehaus*, DAR 2015, 384.

²⁶ *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Einl. Rn. 55a.

²⁷ Überblick bei *Kudlich*, in: MüKo-StPO, Einl. Rn. 456 ff.

tive der Tatgerichte etabliert, die von der StPO nicht vorgesehen ist. Die Folge ist eine Unvorhersehbarkeit²⁸ des Erfolgs der Geltendmachung von Verwertungsverböten in allen Instanzen des Strafprozesses, die zu Lasten aller Rechtsanwender, in erster Linie aber zu Lasten des Angeklagten geht. Es ist deswegen richtig, im Einzelfall vom Abwägungsprozess als „black box“ zu sprechen.²⁹ Darin liegt eine Beeinträchtigung des Rechtsschutzes des Angeklagten ebenso wie ein Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip.

Für das von der Rechtsprechung postulierte Abwägungserfordernis zwischen Strafverfolgungsinteresse und Gewicht des Verfahrensverstößes gibt es im Gesetz keinen Anhaltspunkt. Es handelt sich damit um eine *freie Erfindung (praeter legem)*. Es soll die Konsequenz eines Rechtsverstoßes – die doch ansonsten jedem Rechtsanwender und auch jedem juristischem Laien selbstverständlich ist, dass nämlich zumindest die Erträge seiner Rechtsverletzung nicht behalten und verwertet werden dürfen – vermieden werden. Die Abwägungslehre ist deshalb als eine am Gesetz gewissermaßen „vorbei“ erfolgende Einschränkung des vorgenannten Grundsatzes, dessen Grundlage das *BVerfG* zu Recht im Rechtsstaatsprinzip erkennt,³⁰ bereits in ihrem Ausgangspunkt vollständig abzulehnen.³¹

Aber selbst wenn man sich auf den (nach dem oben Ausgeführten abzulehnenden) Ansatz der Rechtsprechung einließe, wonach die Frage der Beweisverwertung von einer Abwägung im Einzelfall abhängt, zeigt eine Analyse der geltenden Rechtsprechung ein verheerendes Bild (s.o.), das sich letztlich darin zusammenfassen lässt, dass das Strafverfolgungsinteresse (und selbst das Verfolgungsinteresse bei Straßenverkehrsordnungswidrigkeiten) regelmäßig überwiegt und Rechtsverstöße der Ermittlungsbehörden daher in aller Regel folgenlos bleiben. Es bedarf keiner näheren Erläuterung, welche Folgen ein solches Signal in die Praxis der Strafverfolgung ausstrahlt. Normen, deren Verletzung keine Rechtsfolgen nach sich zieht, werden nicht beachtet. Lediglich exemplarisch sei auf das vorgenannte Beispiel der Dashcam-Aufzeichnungen Bezug genommen: Was bleibt vom grundsätzlichen gesetzlichen Verbot der Videoüberwachung öffentlich zugänglicher Räume (§ 4 BDSG), wenn dessen Missachtung keine Konsequenz für die Verwender der Videokameras nach sich zieht, diese vielmehr ihr Ziel, nämlich die Beweisführung im Straßenverkehr durch die fortlaufende Videoaufzeichnung des Geschehens für den Fall einer kritischen Verkehrssituation, im Ergebnis vollständig erreichen? Der Verweis auf die Ordnungswidrigkeit des Vor-

gehens macht den Widerspruch nur noch offensichtlicher:³² Einerseits soll der Gesetzesverstoß sanktioniert werden (Ordnungswidrigkeit), andererseits wird im benachbarten Saal desselben Gerichts das Ergebnis der Ordnungswidrigkeit durch den Staat selbst verwertet.

Wiederkehrend ist das *BVerfG* gezwungen, Hausdurchsuchungsmaßnahmen für rechtswidrig zu erklären, weil die gesetzlichen Vorgaben (unter Einschluss des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes) nicht eingehalten wurden.³³ Der Richtervorbehalt nützt nichts, weil auch die Richter die verfassungsrechtlichen Vorgaben schlicht negieren. Bedenkt man, wie viel Zeit, Kraft und Geld es kostet, sich gegen eine unrechtmäßige Hausdurchsuchung bis zum obersten Gericht zu wehren, so wird deutlich, dass es sich bei seinen Entscheidungen lediglich um die Spitze eines Eisbergs handelt und in der Praxis eine Vielzahl von Hausdurchsuchungen rechtswidrig ist.³⁴

Dasselbe gilt für Telefonüberwachungen: Die im Auftrag der Bundesregierung durchgeführte Untersuchung des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg³⁵ hat ebenso wie die gleichzeitige Untersuchung von *Backes/Gusy* von der Universität Bielefeld³⁶ gezeigt, dass etwa 75% bis 90% der richterlichen Telefonüberwachungsanordnungen nicht den gesetzlichen Anforderungen entsprechen.³⁷

Die von der Rechtsprechung geforderte Abwägung stellt in der Praxis – wie schon die Dürftigkeit der Begründungen zeigt – kaum mehr als eine lästige Formalität für die Gerichte dar, sofern eine solche überhaupt noch erfolgt. Am Ende steht viel zu häufig dasselbe Ergebnis: Das Verfolgungsinteresse überwiegt – daher kein Verwertungsverbot. Damit verschleiert der als solcher positiv konnotierte Begriff der Abwägungslehre (ist stetige „Abwägung“ nicht gerade die Aufgabe der Gerichte?) in ihrer heutigen Anwendung durch die Praxis letztlich den eigentlichen Bedeutungsgehalt dieser Konstruktion: Obwohl der Gesetzgeber durch die Schaffung einschränkender Voraussetzungen die maßgeblichen Interessen bereits „abgewogen“ hat, wird der Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften für folgenlos erklärt. Völlig zu Recht weist deshalb das *BVerfG* darauf hin, dass eine Praxis, wie sie soeben beschrieben wurde, die gesetzlichen Eingriffsvoraussetzungen auf dem Umweg über die Beweisverwertungsverbotrechtsprechung flächendeckend aushebelt.³⁸ Eben deshalb ist diese Rechtsprechung, für die das Gesetz keinerlei Grundlage bietet, abzulehnen.

²⁸ Ähnlich *Dallmeyer*, HRRS 2009, 429 (431).

²⁹ *Heghmanns*, in: *Zehn Jahre ZIS*, 2018, 867 (876).

³⁰ *BVerfG*, NJW 2015, 1005 (1006).

³¹ Grundlegend *Dencker*, Verwertungsverbote im Strafprozeß, 1977; *ders.*, DAR 2009, 257 (259); *Wohlens*, StV 2008, 434 (442); *Beulke*, Strafprozessrecht, 12. Aufl. (2012), Rn. 458; *Fezer*, Strafprozessrecht, 2. Aufl. (1995), S. 220; *Niehaus*, DAR 2009, 632 (635); *ders.*, DAR 2015, 384 f.; *ders.*, in: *Burhoff*, Handbuch für das straßenverkehrsrechtliche OWi-Verfahren, 5. Aufl. (2018), Rn. 606.

³² Vgl. *Niehaus*, VRR 01/2018, 18 (20).

³³ Exemplarisch und mit zahlreichen weiteren Nachweisen *BVerfG*, NJW 2018, 1240 ff.

³⁴ Vgl. im Einzelnen die Darstellung bei *Müller-Heidelberg*, in: *ders.* u.a., Grundrechte-Report 2009, S. 138 ff.; *ders.*, in: Grundrechte-Report 2016, S. 123 ff.

³⁵ *Albrecht/Dorsch/Kripte*, Rechtswirklichkeit und Effizienz der Überwachung der Telekommunikation nach den §§ 100a, 100b StPO und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen, 2003.

³⁶ StV 2003, 249 ff.

³⁷ Zusammenfassung bei *Müller-Heidelberg*, in: *ders.* u.a., Grundrechte-Report 2004, S. 101.

³⁸ *BVerfG*, NJW 2015, 1005 (1006).

IV. Rechtslage in anderen Rechtsordnungen

Eine einheitliche Regelung der Beweisverbote findet sich auch in anderen Rechtsordnungen nicht.

1. Beweisverwertungsverbote im englischen Strafprozess

Großbritannien verfügt – anders als Deutschland – nicht über eine Verfassung oder ein verfassungsähnliches Dokument, welches dem Einzelnen Rechte einräumen würde und einen Gesetzesvorbehalt für Eingriffe vorsieht. Das Ermittlungsverfahren ist im Wesentlichen durch den *Police and Criminal Evidence Act 1984 (PACE)* geregelt, so auch die Ermittlungsbefugnisse. Das Strafverfahren ist als Parteiverfahren ausgestaltet und unterliegt nicht der Prozessleitung durch das Gericht.³⁹ Beweismittel sind durch die Anklage und die Verteidigung vorzubringen. Die Beurteilung der Zulässigkeit von Beweismitteln und sonstiger Rechtsfragen obliegt hingegen dem Richter. Unabhängig von der Frage, ob die Beweiserhebung rechtmäßig oder rechtswidrig war, sind grundsätzlich alle Beweise verwertbar, sofern sie für die Entscheidungsfindung des Gerichts Relevanz besitzen. Da jedoch der Richter den Ablauf eines fairen Verfahrens zu garantieren hat, sind bestimmte Beweise auszuschließen, so dass allein die Verfahrensfairness und nicht die Art der Beweiserhebung Anknüpfungspunkt für einen Beweisausschluss ist. Gesetzlich geregelt ist der zwingende Ausschluss von Geständnissen, die durch Zwang erlangt wurden (Section 76 [2 a] PACE). Die Tatsache, dass ein Geständnis ausgeschlossen wird, hat allerdings keinen Einfluss auf die mittelbar durch die Aussage erlangten Beweise. Diese Ermittlungsergebnisse/Beweise sind nach den Absätzen 4–6 der Vorschrift in begrenztem Umfang zugelassen. Section 78 PACE sieht hingegen vor, dass die Zulassung/Ausschluss jedes Beweismittel im Ermessen des entscheidenden Richters steht, wenn die Zulassung unter Berücksichtigung aller Umstände, einschließlich der Umstände, unter denen die Beweismittel erhoben wurden, das faire Verfahren beeinträchtigen würde. Hierunter fallen insbesondere Verstöße gegen den PACE selbst.

2. Beweisverbote im U.S.-amerikanischen Strafprozessrecht

Im U.S.-amerikanischen Strafprozessrecht besteht der Sinn und Zweck der Beweisverbote darin, Strafverfolgungsorgane und einzelne Polizisten zu disziplinieren. Der Ausschluss von rechtswidrigen Beweisen erfolgt nicht selbständig durch das Gericht, sondern muss von dem Beschuldigten bzw. dem Verteidiger als Partei beantragt werden.

Der *Supreme Court* hat in seinen wegweisenden Entscheidungen die Integrität der Justiz und den Schutz der Privatsphäre bei der Herleitung der Verwertungsverbote zwar erwähnt, gleichwohl ist der Zweck der Sicherung der Integrität der Justiz im Laufe der Zeit in den Hintergrund getreten. Und der Schutz der Privatsphäre dient lediglich zur Bestimmung, welches Verhalten der Polizeibeamten

bei Ermittlungen zulässig ist.

Bei den zahlreichen Beweisverboten, die nur schwer zu systematisieren sind, kann eine grobe Differenzierung vorgenommen werden zwischen Beweisverboten, deren primärer Sinn und Zweck es ist, die Jury möglichst bei der Entscheidungsfindung unbeeinflusst zu lassen, sowie Beweisverboten, bei denen eher die Rechtsverletzung bei der Beweiserhebung im Vordergrund steht. Beweisverbote der zweiten Gruppe beruhen auf einer Verletzung von Rechten des Beschuldigten, die sich in der Regel unmittelbar aus den Zusatzartikeln der Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika ableiten lassen.

Die „due process“-Regel in Art. 14 der Verfassung enthält das Recht auf ein ordnungs- und rechtmäßiges Gerichtsverfahren. Beweismittel, die von der Polizei in Überschreitung ihrer Ermittlungsbefugnisse beschafft wurden, dürfen nicht verwertet werden.

Als bedeutendste Ausschlussregel gilt die Verletzung des 4. Zusatzartikels über die Einschränkung von Durchsuchungen. 1914 führte der *Supreme Court* die „exclusionary rule“ ein, wonach unrechtmäßig erlangte Beweise von der weiteren Verwendung in einem Prozess ausgeschlossen werden. In der Entscheidung „*Mapp v. Ohio*“ entschied der *Supreme Court* ferner, dass dieser Verfassungszusatz bedeutungslos wäre, wenn nicht seiner Verletzung ein Beweisverwertungsverbot folge. In dieser Entscheidung wurde die Regelung auch für einzelstaatliche Verfahren für anwendbar erklärt und ist gesicherte Regel des Strafprozessrechts auf Bundesstaatsebene.

Eine Durchbrechung dieser Regelung, die heute noch hauptsächlich als Disziplinierungsmittel gegen Polizeibeamte dient, die unrechtmäßige Durchsuchungen und Beschlagnahmen durchführen wollen, etablierte der *Supreme Court* 1984 in der Entscheidung „*United States v. Leon*“ die sog. „good faith rule“ als Ausnahme zur „exclusionary rule“. Beweise, die von Polizeibeamten im berechtigten Vertrauen auf den Bestand eines erlassenen Durchsuchungsbefehls, der später für unwirksam erklärt wurde, beschlagnahmt wurden, konnten nunmehr in einem späteren Prozess zugelassen werden.

Eine der wohl der bekanntesten gewohnheitsrechtlichen Regeln im amerikanischen Strafprozess für Beweisverbote ist die unter dem Stichwort „fruit of the poisonous tree doctrine“ bekannte Fernwirkung.⁴⁰ Erstmals anerkannt wurde dieser Grundsatz in der Entscheidung „*Silverthorne Lumber Co v. United States*“. Der „vergiftete Baum“ ist eine Metapher für das unmittelbare Beweismittel, das durch eine rechtswidrige Handlung – sei es eine unzulässige Verhaftung, Durchsuchung oder Vernehmung durch die Polizei – erlangt wurde. Die „Frucht des vergifteten Baumes“ ist das Beweismittel, das später aufgrund der Kenntnis aus der rechtswidrigen Ermittlungstätigkeit erlangt wird, also das mittelbare Beweismittel. Im Sinne des „erst recht Schlusses“ sind sowohl „der vergiftete Baum“ als auch seine „Früchte“ von der Verwertung

³⁹ Vgl. dazu und zum Folgenden etwa Kühne, *Strafprozessrecht*, 9. Aufl. (2015), S. 736 ff.

⁴⁰ Vgl. dazu auch Beulke, in: SSW-StPO, Einl. Rn. 279.

im Strafprozess ausgeschlossen. Wenn sich bereits die Anklage auf auszuschließende Beweise stützt, entfällt die Anklage, es sei denn, die „übrig gebliebenen Beweise“ sind ausreichend, und die Anklage kann beweisen, dass sie ohne den inkriminierten Beweis zu denselben Erkenntnissen gekommen wäre („clean path“). Allerdings ist auch dieser Grundsatz mit zahlreichen Ausnahmen belegt, die trotz einer formalen Rechtswidrigkeit nicht zu einem Ausschluss des betroffenen Beweises führen.

3. Beweisverbote im französischen Strafprozessrecht

Im französischen Strafprozessrecht bestimmen verfassungsrechtliche Schranken, wann eine Beweiserhebung unzulässig und der Beweis unverwertbar ist.⁴¹ Beweise sind in der Regel unzulässig, wenn dadurch die Würde des Gerichts, die Grundwerte der Zivilisation oder das Recht des Einzelnen verletzt würden, so z.B. bei erzwungenen oder erschlichenen Aussagen des Beschuldigten. Bestimmte Beweiserhebungen sind hingegen nichtig, wenn hierbei Vorgaben des Strafprozessrechts (des Code de Procédure Pénale) oder anderer Gesetze nicht beachtet wurden und damit die Interessen der Beteiligten berührt sind. Ähnlich wie die „fruit of the poisonous tree doctrine“ gibt es das von der Rechtsprechung entwickelte Institut „nullité“,⁴² d.h. rechtswidrig erlangte Beweise werden für nichtig erklärt. Auf Antrag des Beschuldigten müssen dann alle Resultate der Beweiserhebung aus der Akte entfernt werden. Das „nullité“ – Prinzip gilt aber nicht universell, sondern lediglich für Hausdurchsuchungen und für die körperliche Untersuchung. Es gilt auch nicht, wenn die Beweise rechtswidrig durch Privatpersonen erlangt wurden.

V. Rechtsstaatliche Beweiserhebung und -verwertung – Alternativen zur gegenwärtigen Rechtsprechung

In den Kapiteln I bis III wurde dargelegt, dass die gegenwärtige Situation der Rechtslage zu den Beweisverwertungsverböten unbefriedigend und eines Rechtsstaats nicht würdig ist. Das Gesetz verhält sich zu den Beweisverboten lediglich bruchstückhaft und unsystematisch, die praktische Handhabung in der Rechtsprechung ist ebenso unsystematisch, am Einzelfall orientiert und nicht voraussehbar.⁴³ Die unbefriedigende Rechtsprechung gipfelt in der verfassungsrechtlich unhaltbaren Position, dass nicht etwa die Verwertung unrechtmäßig erlangter Beweise nach dem rechtsstaatlichen Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes einer gesetzlichen Grundlage bedarf, sondern dass umgekehrt ein Verwertungsverbot für unrechtmäßig erlangte Beweise einer gesetzlichen Grundlage bedürfe. Völlig zu recht führt dagegen in jüngerer Zeit das *LG Memmingen* (bezeichnenderweise in einem Urteil in einer Zivilsache) aus, dass unter der Geltung des Rechtsstaatsprinzips das Gegenteil richtig ist: „Verbotswidrig er-

langte Beweismittel sind nur ausnahmsweise verwertbar“.⁴⁴

Der Hinweis, dass im Rahmen einer „funktionstüchtigen Rechtspflege“ die „unabweisbaren Bedürfnisse einer wirksamen Strafverfolgung anerkannt (und) das öffentliche Interesse an einer möglichst vollständigen Wahrheitsermittlung im Strafprozess betont“ werden müsse,⁴⁵ ist eine unzulässige Verkürzung der verfassungsrechtlichen Gebote. Ein Rechtsstaat darf eben nicht Interesse haben „an einer möglichst vollständigen Wahrheitsermittlung“, sondern an einer möglichst vollständigen Wahrheitsermittlung *nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften*. Es wird *Burkhard Hirsch* die rhetorische Frage zugeschrieben, was denn die gesamte Strafprozessordnung anderes als eine Ansammlung von Hindernissen und Hemmnissen für die Strafverfolgungsbehörden sei – im Interesse des ja lediglich Beschuldigten und somit bis zur rechtskräftigen Verurteilung Unschuldigen?⁴⁶

1. Die von der Rechtsprechung geforderte Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an einer möglichst vollständigen Wahrheitsermittlung im Strafprozess und dem Schutz des Beschuldigten vor Eingriffsmaßnahmen hat nicht durch die Straferichte zu erfolgen bei der Frage, ob rechtswidrig erlangte Beweismittel im Strafprozess verwertet werden dürfen. Vielmehr wurde diese Abwägung bereits durch den Gesetzgeber – für die Rechtsprechung verbindlich – vorgenommen: Indem er gesetzlich festgelegt hat, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang Beweismittel gewonnen werden dürfen, weil dies das öffentliche Interesse an der Wahrheitserforschung erfordert, hat er damit gleichzeitig festgelegt, dass immer dann, wenn diese Voraussetzungen nicht gegeben sind, das Interesse des Beschuldigten und/oder das Interesse der Allgemeinheit, in deren Interesse die verletzte Norm besteht, Vorrang haben muss. Eine weitere Abwägung im Einzelfall im Strafprozess ist damit unvereinbar.

Um sicherzustellen, dass die vom Gesetzgeber beschlossenen Voraussetzungen und Einschränkungen der Ermittlungsmaßnahmen eingehalten werden, die in der Strafprozessordnung (und in den Polizeigesetzen) ihren Niederschlag gefunden haben, muss verhindert werden, dass ungesetzlich erlangte Beweismittel dennoch verwertet werden. Dies gilt auch für eine Nutzung von rechtswidrig erlangten Erkenntnissen als sog. „Spurenansatz“:⁴⁷ Verstöße gegen Beweisverbotswörter müssen eine Fernwirkung entfalten.⁴⁸ Namentlich hat dies auch bei Verletzungen des besonderen Schutzes von Kontakten mit Berufsheimnisträgern zu gelten.⁴⁹

Wie im Kapitel IV über die Rechtsvergleichung für die USA und Frankreich dargelegt wurde, ist das Verbot der Verwertung unrechtmäßig erlangter Beweismittel erforderlich, um die Strafverfolgungsbehörden zu disziplinieren, damit sie sich an die gesetzlichen Vorgaben halten.⁵⁰

⁴¹ Vgl. den Überblick bei Kühne, S. 756 f.

⁴² Kühne, S. 757.

⁴³ Vgl. Heghmanns, ZIS 2016, 404 (406).

⁴⁴ *LG Memmingen*, Urt. v. 14.1.2016 – 22 O 1983/13, BeckRS 2016, 01288 m. Anm. Niehaus, VRR 05/2016, 9 ff.

⁴⁵ Vgl. etwa BVerfGE 33, 367 (378).

⁴⁶ Vgl. Prantl, Deutschland – leicht entflammbar, 1995, S. 164.

⁴⁷ Zu diesem Problembereich näher *Roxin/Schünemann*, § 24 Rn. 59 ff.

⁴⁸ Zum Diskussionsstand vgl. *Heghmanns*, in: *Zehn Jahre ZIS*, 2018, S. 867 (888 ff.); *Beulke*, in: *SSW-StPO*, Einl. Rn. 280; zum Streitstand bei der Verwertung von TK-Daten vgl. stellvertretend für viele *Gercke*, in: *HK-StPO*, 5. Aufl. (2012), § 100a Rn. 44.

⁴⁹ In diesem Sinne etwa *Zöller*, in: *HK-StPO*, § 160a Rn. 12.

⁵⁰ Dagegen *Beulke*, in: *SSW-StPO*, Einl. Rn. 260 („Nebenfunktion“).

Wie *Jahn* in seinem Gutachten für den 67. Deutschen Juristentag ausführt, haben „wirkräftige Beweisverwertungsverbote eine disziplinierende Wirkung, da sie den Ermittlungsbeamten den Anreiz für die Nicht- oder Geringschätzung von Verfahrensvorschriften nehmen können“.⁵¹ Die gegenwärtige, durch die Rechtsprechung geprägte Rechtslage, die Beweisverwertungsverbote nur in wenigen Fällen anerkennt, führt dazu, dass in der Praxis die in der Strafprozessordnung vorgesehenen Voraussetzungen und Einschränkungen von Ermittlungsmaßnahmen nicht nur vereinzelt nicht beachtet werden (Bsp.: Richtervorbehalt) und dies folgenlos bleibt.

Wenn es zu den aus der Verfassung abgeleiteten Aufgaben des Staates gehören soll, im Strafprozess die vollständige Wahrheitsfindung zu ermöglichen, so gehört es sicherlich noch mehr zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an einen Rechtsstaat, dafür zu sorgen, dass seine Gesetze eingehalten werden – gerade auch von seinen eigenen Ermittlungsorganen. Da dies offensichtlich in der gegenwärtigen Praxis nicht hinreichend erfolgt, hilft lediglich ein uneingeschränktes Verbot der Verwertung von Beweismitteln, die der Staat auf nicht rechtmäßigem Wege erlangt hat.

2. Dieses Konzept uneingeschränkter Beweisverwertungsverbote für staatliches rechtswidriges Handeln muss auch gelten, wenn deutsche Strafverfolgungsbehörden Beweismittel verwerten wollen, die sie von *Drittstaaten* (und deren Geheimdiensten) erhalten haben. Hat der ausländische Staat die Beweismittel unrechtmäßig nach seinen eigenen Vorschriften erlangt (Geständnisse aus den USA unter Verstoß gegen das auch nach der amerikanischen Verfassung geltende Folterverbot), so sind diese Beweismittel staatlich rechtswidrig erlangt und damit auch in einem deutschen Strafprozess nicht verwertbar. Dasselbe muss gelten, wenn der Drittstaat die Beweismittel zwar nach seinem nationalen Recht rechtmäßig erlangt hat, die Art und Weise der Erlangung aber nach deutschen Rechtsvorschriften rechtswidrig gewesen wäre. Es darf nicht sein, dass der deutsche Staat – möglicherweise sogar gezielt – ihm verbotene Ermittlungsmethoden Drittstaaten überlässt und dann die Ergebnisse verwertet. Deswegen ist auch die strafprozessuale Nutzung von Dateien, in die auch Erkenntnisse von ausländischen Geheimdiensten eingespist werden, abzulehnen.⁵²

Das *OLG Hamburg* entschied im Jahr 2005 zwar, dass grundsätzlich bereits nach geltender Rechtslage auf derartige Fälle eine analoge Anwendung des § 136a StPO möglich sei, jedoch legte es den Maßstab, der an das Eingreifen eines Beweisverwertungsverbots anzulegen sei, falsch

an: Im beschriebenen Fall ging es um die Frage der Verwertung von Aussagen dreier Zeugen im Fall El Motassadeq, bei denen Anhaltspunkte dafür sprachen, dass sie von den USA entführt und ihre Aussagen unter Folter durch U.S.-Beamte gewonnen wurden. Der *Senat des OLG Hamburg* befand, dass einer Verwertung der Aussagen weder Art. 15 VN-Anti-Folter-Übereinkommen noch § 136a StPO in entsprechender Anwendung entgegenstünden, „weil eine Anwendung von Folter oder sonstige besonders gravierende Verstöße gegen die Menschenwürde nicht bewiesen sind.“⁵³ Und: „An dem Erfordernis des – vollen – Nachweises der das Beweisverbot begründenden Umstände ist auch bei schwieriger Beweislage festzuhalten.“⁵⁴ Zur Begründung für die Erforderlichkeit des Nachweises der Folter führte der *Senat* aus, dass „auf der Grundlage der gerichtlichen Verpflichtung zur Wahrheitserforschung die Nichtverwertbarkeit gegebener Beweismittel die Ausnahme sein muss und nicht zum Regelfall erhoben werden darf“⁵⁵ und § 136a StPO Verfahrensverstöße regele, die, wie grundsätzlich alle Verfahrensvoraussetzungen und -hindernisse, zu ihrer Berücksichtigung erwiesen sein müssten. Damit bürdet das Gericht dem Angeklagten eine Beweislast auf, der nachzukommen im Einzelfall unmöglich sein kann. Denn wie soll ein Angeklagter Entführungen und Folterungen im Ausland nachweisen, wenn dies selbst staatlichen Stellen und Organisationen mit personellen und finanziellen Ressourcen kaum möglich ist?⁵⁶ Vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Garantie eines effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG muss daher vielmehr gelten: Bei tatsächlichen Anhaltspunkten für eine Verletzung des § 136a StPO in analoger Anwendung durch Drittstaaten ist eine Verwertung der betreffenden Beweismittel ausgeschlossen.⁵⁷

Im Fall El Motassadeq kam es letztlich für eine Verurteilung nicht auf die Verwertung der genannten Aussagen an, dennoch sei zur Illustration der Maßstäbe für eine Verwertung auf die zeitlich auf den Beschluss des *OLG Hamburg* nachfolgenden Erkenntnisse verwiesen: Ramzi Bin al-Shibh wurde unter anderem mit Schlaf- und Nahrungsentzug und Schlägen malträtiert, auch nachdem feststand, dass er keine nützlichen Informationen besitzt. Im April 2005 wurde durch einen CIA-Psychologen festgestellt, dass Shibh zu dem Zeitpunkt „bis zu zweieinhalb Jahre“ in „sozialer Isolation“ verbracht habe – mit gravierenden psychischen Folgen. Khalid Sheikh Mohammed wurde im

⁵¹ *Jahn*, Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus, Gutachten C zum 67. Deutschen Juristentag 2008, S. 55.

⁵² Ausf. dazu *Roggan*, in: GS Weßlau, 2016, S. 269 ff.

⁵³ *OLG Hamburg*, NJW 2005, 2326 (2327, 4. LS).

⁵⁴ *OLG Hamburg*, NJW 2005, 2326 (2327, 5. LS); vgl. zur Problematik der Verwertung von Informationen aus Vernehmungen in Foltergefängnissen auch ECCHR (Hrsg.), Folter und die Verwertung von Informationen bei der Terrorismusbekämpfung, ECCHR-Studie, Juli 2011, S. 82 ff., www.ecchr.eu/de/dokumente/publikationen/ecchr-publikationen/articles/folter-und-die-verwertung-von-informationen-in-der-terrorisusbekampfung.html (zuletzt abgerufen am 6.7.2018).

⁵⁵ *OLG Hamburg*, NJW 2005, 2326 (2329 f.).

⁵⁶ Zu diesem Problemkreis vgl. etwa *Knierim*, StV 2008, 599 (601).

⁵⁷ Vgl. dazu ausführlich ECCHR (o. Fn. 47); vgl. auch *Roggan*, in: GS Weßlau, S. 269 (288 ff.) zur Dateinutzung.

März 2003 allein in der „Detention Site Cobalt“ in Afghanistan 183-mal dem Waterboarding unterzogen.⁵⁸ Mohamedou Ould Slahi veröffentlichte das „Guantanamo Diary“. Dort beschreibt er regelmäßige körperliche Gewalt, Zwangsernährung, Verbot der Gebetspflicht, Drohungen, der Familie etwas anzutun, sexuelle Belästigung, Schlafentzug und weitere Foltermethoden, deren Opfer er wurde.⁵⁹ Nach der Rechtsprechung des *OLG Hamburg* sind die Aussagen dieser drei Personen zum damaligen Zeitpunkt verwertbar gewesen.

3. Auch die Verwertung *privater* Beweismittel, die rechtswidrig erlangt worden sind, muss aus Rechtsstaatsgründen ausgeschlossen sein. Insoweit ist auf die Rechtsprechung des *BVerfG* zum Datenschutz zurückzugreifen. Nach dieser Rechtsprechung bedeutet jeder einzelne Schritt der Datenerfassung, -speicherung, -verarbeitung, -verwertung, -weitergabe jeweils einen Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 1 Abs. 1 und 2 Abs. 1 GG.⁶⁰ Entsprechendes muss gelten bei der Verwertung privater rechtswidrig erlangter Beweise im staatlichen Prozess. Denn auch die Verwertung dieser privaten rechtswidrigen Beweise ist ein neuer eigenständiger Eingriff in die Grundrechte des Betroffenen durch den Staat,⁶¹ so dass auch hier das Beweisverwertungsverbot greifen muss.

4. Erforderlich ist also eine Generalklausel in der Strafprozessordnung, wonach *ohne Ausnahme* Beweismittel, die durch rechtswidrige staatliche Maßnahmen erlangt worden sind, nicht verwertbar sind. Dieser Grundsatz der Unverwertbarkeit folgt aus dem verfassungsrechtlichen Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) und steht folglich auch nicht zur Disposition des betroffenen Beschuldigten. Der Beschuldigte – bzw. im späteren Verfahren der Angeklagte – kann daher auch nicht auf das Verbot der Beweisverwertung verzichten und sich mit der Beweisverwertung einverstanden erklären.⁶² Daraus folgt weiter, dass das Verbot der Beweisverwertung im Strafprozess auch nicht davon abhängig sein kann, dass der Beschuldigte/Angeklagte bzw. sein Verteidiger im Ermittlungsverfahren oder im Hauptverfahren ausdrücklich der Verwertung der unzulässig gewonnenen Beweise widerspricht⁶³ – vielmehr ist die Unverwertbarkeit unzulässig gewonnener Beweise objektives Recht und nicht ein subjektives Recht des Angeklagten. Erst recht vermag es nicht zu überzeugen, dass ein Tatgericht bei fehlendem Widerspruch verpflichtet sein soll, ein rechtswidrig gewonnenes Beweismittel bei der Urteilsfindung zu berücksichtigen.⁶⁴

VI. Konsequenzen/Ergebnis

Nach Auffassung der *Verf.* folgt dieses Beweisverwertungsverbot rechtswidrig erlangter Beweismittel aus dem Rechtsstaatsgebot und entspricht somit schon jetzt *de lege lata* der aktuellen Rechtslage, wie dies auch das *BVerfG* in seiner Entscheidung vom 28. Juni 2014⁶⁵ zumindest angedeutet hat. Da allerdings die Rechtsprechung dies ignoriert, ist eine klare Gesetzesregelung nötig.

In eine solche Generalklausel muss der Vollständigkeit halber – auch wenn dies von der Praxis bereits praktiziert wird – eine ebenso generell gültige Regelung aufgenommen werden, dass dann, wenn bestimmte Ermittlungsmaßnahmen nur für einen bestimmten Straftatenkatalog zulässig sind – wie etwa Überwachung der Telekommunikation nach § 100a Abs. 2 StPO nur für dort genannte besonders schwere Straftaten –, die Ergebnisse dieser Ermittlungsmaßnahme auch nur für die Verfolgung des genannten Straftatenkatalogs verwertet werden dürfen und nicht etwa auch für andere dabei bekannt gewordene Straftaten. Denn wenn der Gesetzgeber in der Strafprozessordnung diese Ermittlungsmaßnahme nur bei besonders genannten schweren Straftaten für angemessen hält, bei anderen – leichteren – Straftaten hingegen nicht, so bedeutet dies eben, dass mit für solche leichteren Straftaten verbotenen Ermittlungsmaßnahmen gewonnene Erkenntnisse nicht für die Verfolgung dieser leichteren Straftaten verwertet werden dürfen.⁶⁶

VII. Regelungsvorschlag

§ 244a StPO Beweisverwertungsverbote

(1) Ist eine Beweiserhebung oder die Art ihrer Durchführung ohne Beachtung der gesetzlichen Voraussetzungen oder des gesetzlich zulässigen Umfangs erfolgt, so dürfen ihre Ergebnisse in keiner Weise für das Strafverfahren verwandt oder verwertet werden. Dies gilt auch für Ermittlungsergebnisse, die Straftaten betreffen, die nicht von einem gesetzlichen Straftatenkatalog erfasst werden, für den eine Ermittlungsmaßnahme zugelassen ist.

(2) Absatz 1 gilt auch dann, wenn der Beschuldigte oder Angeklagte der Verwertung zustimmt.

⁵⁸ *Pitzke*, Spiegel-Online, www.spiegel.de/politik/ausland/cia-folterbericht-so-wurden-vier-maenner-von-der-cia-gefoltert-a-1007575.html (zuletzt abgerufen am 6.7.2018).

⁵⁹ Vgl. *Hintermeier*, FAZ vom 20.1.2015, www.faz.net/aktuell/feuilleton/tagebuch-des-guantanamo-gefangenen-mohamedou-ould-slahi-13379358.html (zuletzt abgerufen am 12.7.2018).

⁶⁰ *BVerfGE* 65, 1 (41 ff.).

⁶¹ Ebenso *Dallmeyer*, HRRS 2009, 429 (430); *Niehaus*, NZV 2016, 551 (552).

⁶² Dagegen aber *Wohlers*, GS Weßlau, S. 427 (440); *Roxin/Schünemann*, § 24 Rn. 29; *Heghmanns*, ZIS 2016, 404 (406); vgl. auch die Nachweise bei *Schmitt*, in: Meyer-Göfner/Schmitt, Einl. Rn. 55a.

⁶³ *Beulke*, in: SSW-StPO, Einl. Rn. 277 mwN; *Heghmanns*, ZIS 2016, 404 (414); *Cierniak/Niehaus*, in: MüKo-StPO, 1. Aufl. (2016), § 257 Rn. 22 f.; dagegen BGHSt 38, 214 (225 f.); *BGH*, NSTZ 1996, 291 (293); *BGH*, StV 2001, 545; vgl. aber nunmehr *BGH*, NSTZ 2017, 376 (368 f.) – unselbständige Beweisverwertungsverbote.

⁶⁴ Zutreffend *Beulke*, in: SSW-StPO, Einl. Rn. 277 mwN.

⁶⁵ *BVerfG*, NJW 2015, 1005 f.

⁶⁶ Krit. allerdings insgesamt zum Potential der vom Gesetzgeber praktizierten Straftatenkatalog-Technik, Grundrechtseingriffe zu legitimieren *Niehaus*, Katalogtatensysteme als Beschränkungen strafprozessualer Eingriffsbefugnisse, 2001.

Digitale Rechtsgüter zwischen Grundrechtsschutz und kollektiver Sicherheit

von Wiss. Mit. Mathias Kahler, LL.M. und
Prof. Dr. Klaus Hoffmann-Holland*

Abstract

Der Bundesratsentwurf für einen neuen § 202e StGB, der prägnant als „digitaler Hausfriedensbruch“ firmiert, soll einen lückenlosen Schutz des Grundrechts auf Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme durch das Strafrecht gewährleisten. Tatsächlich aber zeigt eine nähere Analyse des Gesetzgebungsvorhabens deutliche Fehlvorstellungen über die Bedeutung grundrechtlicher Schutzpflichten im digitalen Zeitalter sowie ein unklares Rechtsgüterkonzept auf. Eine differenziertere Analyse digitaler Rechtsgüter kann eine verlässlichere Abklärung des rechtlichen Handlungsbedarfs sowie eine präzisere und schonendere Ausgestaltung des Strafrechtsschutzes ermöglichen.

I. Die Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme als Schutzauftrag für das Strafrecht

Strafrechtlicher Grundrechtsschutz ist weder außergewöhnlich noch eine Selbstverständlichkeit. Die allgemeine staatliche Pflicht zum Grundrechtsschutz erzwingt zwar keineswegs stets den Einsatz des Strafrechts.¹ Das Strafrecht muss vielmehr als seinerseits höchst grundrechtssensibles Eingriffsrecht gerade aus einer grundrechtlichen Perspektive *ultima ratio* bleiben.² Doch dann, wenn dem Staat ein wirksamer und angemessener Grundrechtsschutz anderweitig nicht möglich ist, wird ihm auch der Griff zum Strafrecht durch das Untermaßverbot des Grundrechtsschutzes abverlangt.³ Dabei rücken die grundrechtlichen Schutzpflichten namentlich dort in den Vordergrund, wo der ungestörte Genuss grundrechtlicher Freiheiten angesichts neuer, komplexer und dynamischer Gefährdungsszenarien nur im Vorfeld konkreter Verletzungen noch effektiv gewährleistet werden kann.⁴ So ist es kein Zufall, dass staatliche Grundrechtsschutzpflichten jüngst besonders im Bereich der Fortentwicklung digitaler Technologien besonders hervorgehoben werden.⁵

Ganz in diesem Sinne – als Weiterentwicklung des digitalen Grundrechtsschutzes durch das Strafrecht – will sich

der vom Bundesrat am 2.3.2018 auf Initiative Hessens (erneut)⁶ angenommene Gesetzentwurf zur „Strafbarkeit der unbefugten Benutzung informationstechnischer Systeme“ in einem neuen § 202e StGB (im Folgenden: § 202e E-StGB) verstanden wissen.⁷ Verwirklicht werden soll ein lückenloser strafrechtlicher Schutz des Grundrechtes auf Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme.⁸

Dieses „Computergrundrecht“⁹ wurde vom *BVerfG* in seinem Urteil zur Online-Durchsuchung zwecks Ausfüllung grundrechtlicher Schutzlücken aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG entwickelt.¹⁰ Abstrahiert vom einzelnen privaten Datum, das bereits durch das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung geschützt wird, unterliegt das private IT-System als Ganzes durch diese Grundrechtsausprägung seither einem selbständigen verfassungsrechtlichen Schutz. Dieser Schutz eines Gesamtbereichs an Privatheit steht dabei in erkennbarer Nähe zum Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung aus Art. 13 GG – nur eben in einer virtuellen Ausprägung. In Anlehnung an diese räumlich-gegenständliche Analogie des Schutzguts ist zu verstehen, dass der Bundesrat § 202e E-StGB als „digitalen Hausfriedensbruch“ verstanden wissen will; entsprechend hat er gar den „digitalen Hausfriedensbruch“ zum Untertitel des Gesetzesentwurfs erhoben.¹¹

Studiert man die Entwurfsbegründung des Bundesrats, traut man sich kaum noch Zweifel daran zu äußern, dass eine umfassende strafrechtliche Flankierung des jungen Grundrechts angesichts der grassierenden Cyberkriminalität in Deutschland dringend geboten sei.

Vorrangiges Augenmerk schenkt die Begründung dabei der Verbreitung sog. Botnetze.¹² Bei Botnetzen handelt es sich um Verbände von mit einer Schadsoftware infizierten Computern – den einzelnen Bots –, die durch einen zentralen sog. „Command & Control-Server“ („C&C-Server“)

* Mathias Kahler ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter, Klaus Hoffmann-Holland Professor im Arbeitsbereich Kriminologie und Strafrecht an der Freien Universität Berlin.

¹ *BVerfG*, NJW 1975, 573 (576 f.).

² A.a.O.

³ *BVerfG*, NJW 1975, 573 (576 f.); zum Untermaßverbot auch NJW 1993, 1751 (1754) mit Verweis auf *Isensee*, Handbuch des Staatsrechts, Band V (1992), § 111 Rn. 165 f.

⁴ Vgl. *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, GG, 82. EL Januar 2018, Art. 1 Abs. 3, Rn. 22.

⁵ *Papier*, NJW 2017, 3025; *Heinemann*, Grundrechtlicher Schutz informationstechnischer Systeme, Berlin 2015, S. 209 ff.; zu staatlichen Datenschutzpflichten vgl. auch *BVerfGE* 125, 260 (325 ff.).

⁶ Ein erster Anlauf hatte sich durch parlamentarische Diskontinuität erledigt. Vgl. BT-Drs. 18/10182.

⁷ BT-Drs. 19/1716.

⁸ A.a.O., S. 3.

⁹ Etwa *Uerpmann-Witzack* (Hrsg.), Das neue Computergrundrecht, 2009.

¹⁰ *BVerfG*, NJW 2008, 822 (827).

¹¹ BT-Drs. 19/1716.

¹² A.a.O., S. 1 f., 14 f.

kontrolliert, ausspioniert und manipuliert werden können.¹³

Wie der Bundesrat gleich im ersten Satz des Gesetzesentwurfes zutreffend betont,¹⁴ werden solche Botnetze insbesondere für sog. DDoS-Attacken genutzt, mit denen Server durch Missbrauch der im Botnetz gesteuerten IT-Systeme vorübergehend oder gar dauerhaft lahmgelegt werden können.¹⁵ Die hierdurch verursachten Schäden bleiben keineswegs rein virtuell sondern können ganze Einrichtungen, Organisationen und Infrastrukturen paralysieren und der Gesellschaft massive Schäden zufügen.¹⁶ Weitere Verwendungszwecke der Botnetze sind z.B. der massenhafte Versand von Spam- und Phishing-E-mails oder weiterer Schadsoftware.¹⁷ Berücksichtigt man die immens hohen Zahlen solcher Infiltrationen von IT-Systemen alleine im Hellfeld,¹⁸ erscheint es zunächst geradezu zwingend, wenn der Gesetzesentwurf konstatiert: „Es ist daher die Aufgabe auch des Strafrechts, den lückenlosen Schutz des bedeutsamen Grundrechts auf die Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme sicherzustellen“¹⁹

Doch bei näherer Analyse des Gesetzesentwurfes zeigen sich zahlreiche Friktionen, Verwerfungen und Unstimmigkeiten im angestrebten Schutzkonzept.²⁰ Dies gilt gerade dann, wenn man dem Bundesrat in der Schutznotwendigkeit des Grundrechts auf Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme zustimmt. Der Entwurf geht nicht nur weit über dieses berechnete Schutzzanliegen hinaus, sondern wird tatsächlich zu einem bedeutsamen Teil von grundrechtsexternen Anliegen bestimmt.

II. Das mosaikhafte Rechtsgutskonzept des § 202e E-StGB

Schon bei der ersten Lektüre des § 202e E-StGB, fällt auf, dass das gesetzgeberische Anliegen zur Einführung eines „digitalen Hausfriedensbruchs“ nicht recht zur Normüberschrift „unbefugte Benutzung informationstechnischer Systeme“ passen will.²¹

Tathandlung eines Hausfriedensbruchs ist keine „unbefugte Benutzung“ sondern ein „widerrechtliches Eindringen“. Auch sonst findet sich im gesamten StGB der Begriff der „Benutzung“ bisher nicht. Dieser systemfremde Begriff resultiert dabei aus einer schon im Ansatz unklaren rechtsdogmatischen Kategorisierung des § 202e E-StGB. Soll einerseits der Integritätsschutz privater IT-

Systeme in Analogie zu § 123 StGB gewährleistet werden, soll andererseits die missbräuchliche Nutzung von IT-Systemen zur Herstellung und Operation von Botnetzen als „virtuelle Gebrauchsanmaßung“ dieser Systeme erfasst werden. Die Entwurfsbegründung zieht hier dementsprechend eine Parallele zum unbefugten Gebrauch eines Fahrzeugs in § 248b StGB und meint: „Derzeit sind sogar Fahrräder besser geschützt als Computer mit höchstpersönlichen Daten. Die Gefahr für die Allgemeinheit, die von unbefugt genutzten informationstechnischen Systemen ausgeht, ist, wie oben dargelegt, hoch.“²²

Zunächst ist es im Ausgangspunkt eher problematisch, die Ausnahmenvorschrift des § 248b StGB bedenkenlos als Argument für eine weitere Strafbarkeit des *furtum usus* heranzuziehen, anstatt umgekehrt zu hinterfragen, ob der strafrechtliche Sonderschutz des Gebrauchsrechts an Fahrrädern überhaupt überzeugt. Auch besteht bei der Störung des Gebrauchsrechts an Fahrzeugen die Besonderheit, dass dieses Gebrauchsrecht unteilbar ist, so dass der Berechtigte während der Gebrauchsanmaßung vollständig um seine eigene Nutzungsmöglichkeit gebracht wird. Dies liegt bei IT-Systemen anders, deren Rechenkapazitäten durchaus teilbar sind.²³ Vor allem aber wird hier eine Zwitterstellung des § 202e E-StGB erkennbar. Irgendwo zwischen digitalem Hausfriedensbruch und digitaler Gebrauchsanmaßung soll die Norm liegen. Sie soll gleichzeitig digitale Privatheit und digitales Nutzungsrecht schützen und dies auch noch deshalb, weil dessen Missbrauch eine erhebliche „Gefahr für die Allgemeinheit“ bedeute. Der ursprüngliche Grundrechtsschutzauftrag aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG wird so neben gänzlich andere, nur noch teilweise individual-schützende Belange gestellt.²⁴

Diese Ambivalenz des Schutzzwecks konkretisiert sich in den Begehungsmodalitäten des § 202e Abs. 1 E-StGB. Tathandlungen sollen einerseits die unbefugte Zugangverschaffung zu einem IT-System (§ 202e Abs. 1 Nr. 1) sein, worin man am ehesten die beabsichtigte Parallele zum „widerrechtlichen Eindringen“ in § 123 StGB sehen kann, andererseits aber auch – in Analogie zu § 248b StGB – das unbefugte Ingebrauchnehmen eines IT-Systems (§ 202e Abs. 1 Nr. 2) und schließlich das unbefugte Ingangsetzen oder Beeinflussen eines Datenverarbeitungsvorgangs oder informationstechnischen Ablaufs (§ 202e Abs. 1 Nr. 3), was sich weder § 123 StGB noch § 248b StGB klar zuordnen lässt und dessen eigenständige Berechtigung sich nicht gerade von selbst erklärt.

¹³ Vgl. BKA, Cyberkriminalität Bundeslagebild 2016, S. 13; *Stam*, ZIS 2017, 547.

¹⁴ BT-Drs. 19/1716, S. 1.

¹⁵ BKA, Cybercrime Bundeslagebild 2016, S. 14.

¹⁶ Vgl. etwa BKA, Cybercrime, Bundeslagebild 2016, S. 14 f.; <https://www.it-finanzmagazin.de/ddos-attacke-malware-bank-finanzinstitut-darknet-51620/> (zuletzt abgerufen am 13.9.2018).

¹⁷ BKA, Cybercrime Bundeslagebild 2016, S. 13; *Stam*, ZIS 2017, 547.

¹⁸ Das BSI, Die Lage der IT-Sicherheit in Deutschland, 2017, S. 29 berichtete für 2016/17 von täglich bis zu 27.000 Botinfektionen deutscher Systeme, die den Internet-Providern gemeldet wurden. Zur Dunkelfeldproblematik BKA, Cybercrime Bundeslagebild 2016, S. 3.

¹⁹ BT-Drs. 19/1716, S. 3.

²⁰ So auch *Mavany*, ZRP 2016, 221 (222).

²¹ Anders offenbar *Tassi*, DuD 2017, 175, die meint, bereits der Titel der Norm offenbare, dass es um den Schutz von Vertraulichkeit und Integrität gehe solle.

²² BT-Drs. 19/1716, S. 5.

²³ Kritisch zur Vergleichbarkeit der virtuellen Nutzung mit § 248b StGB auch *Tassi*, DuD 2017, 175 (178).

²⁴ Vgl. *Mavany*, ZRP 2016, 221 (222).

Die Diffusion des Rechtsgutskonzepts findet sich aber noch viel deutlicher in der Ausgestaltung des Tatobjekts wieder.²⁵ Tatobjekt des § 202e Abs. 1 E-StGB sind IT-Systeme. Diese definiert § 202e Abs. 6 E-StGB als solche, die entweder zur Verarbeitung personenbezogener Daten geeignet oder bestimmt sind oder Teil einer Einrichtung oder Anlage sind, die wirtschaftlichen, öffentlichen, wissenschaftlichen, künstlerischen, gemeinnützigen oder sportlichen Zwecken dient oder die den Bereichen Energie, Telekommunikation, Transport und Verkehr, Gesundheit, Wasser, Ernährung, Versorgung, Haustechnik oder Haushaltstechnik angehört.

Kaum ein IT-System lässt sich vorstellen, das aus dieser Definition herausfällt.²⁶ Der Entwurf meint hierzu: „Damit sind z. B. nicht vernetzte elektronische Unterhaltungsgeräte, Spielzeug oder Taschenrechner aus dem Tatbestand ausgeklammert.“²⁷ Das ist bereits zweifelhaft. Warum soll ein Taschenrechner nicht Teil einer Einrichtung sein können, die wirtschaftlichen oder wissenschaftlichen Zwecken dient? Warum kann ein elektronisches Unterhaltungsgerät nicht künstlerischen Zwecken dienen? Doch selbst, wenn man diese wenigen Ausnahmen anerkennen will, bleibt die Beschreibung an Tatobjekten nahezu uferlos. Es verwundert daher die Behauptung des Gesetzesentwurfes: „Es sollen nur solche Geräte, Anlagen etc. geschützt sein, die objektiv eine besondere Bedeutung für den Berechtigten haben oder deren Fremdnutzung besonders gefährdungsintensiv ist und die damit in herausgehobener Weise schutzwürdig sind“.²⁸ Dieses Anliegen verfehlt der Entwurf.

Die besondere Gefährdungsintensität und Schutzbedürftigkeit von IT-Systemen wird auch nicht dadurch abgesichert, dass § 202e Abs. 1 S. 2 E-StGB noch eine Geringfügigkeitsklausel vorschlägt. Die unbefugte Benutzung soll nur dann strafbar sein, wenn sie geeignet ist, berechnete Interessen eines anderen zu beeinträchtigen. Was aber „berechnete Interessen“ sind, lässt der Entwurf offen. Ob es sich um materielle oder ideelle, private oder öffentliche Interessen handele, sei jedenfalls gleichgültig, sofern sie nur vom Recht als schutzwürdig anerkannt seien oder diesem jedenfalls nicht zuwiderliegen.²⁹ Damit ist letztlich jedes Interesse an der Nutzung eines IT-Systems im Rahmen der Rechtsordnung geschützt, das noch nicht einmal beim eigentlich berechtigten Nutzer selbst liegen müsse, sondern gar auch ein Allgemeininteresse sein könne. Die Konsequenzen sind Kriminalisierungsrisiken für alltägliche und bagatellhafte Vorgänge.³⁰

Besinnen wir uns zurück auf das ursprünglich betonte Anliegen des Gesetzesentwurfes, das Grundrecht auf Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme umfassend zu schützen, bietet sich ein Blick auf den verfassungsrechtlichen Schutzgehalt dieses Grundrechts an. Dieser ist bei weitem nicht so uferlos, wie ihn der Bundesrat offenbar missversteht.

Das *BVerfG* führte hierzu aus:

„Allerdings bedarf nicht jedes informationstechnische System, das personenbezogene Daten erzeugen, verarbeiten oder speichern kann, des besonderen Schutzes durch eine eigenständige persönlichkeitsrechtliche Gewährleistung. Soweit ein derartiges System nach seiner technischen Konstruktion lediglich Daten mit punktuellm Bezug zu einem bestimmten Lebensbereich des Betroffenen enthält – zum Beispiel nicht vernetzte elektronische Steuerungsanlagen der Haustechnik –, unterscheidet sich ein staatlicher Zugriff auf den vorhandenen Datenbestand qualitativ nicht von anderen Datenerhebungen. [...] Das Grundrecht auf Gewährleistung der Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme ist hingegen anzuwenden, wenn die Eingriffsermächtigung Systeme erfasst, die allein oder in ihren technischen Vernetzungen personenbezogene Daten des Betroffenen in einem Umfang und in einer Vielfalt enthalten können, dass ein Zugriff auf das System es ermöglicht, einen Einblick in wesentliche Teile der Lebensgestaltung einer Person zu gewinnen oder gar ein aussagekräftiges Bild der Persönlichkeit zu erhalten. [...] Eine grundrechtlich anzuerkennende Vertraulichkeits- und Integritätserwartung besteht allerdings nur, soweit der Betroffene das informationstechnische System als eigenes nutzt und deshalb den Umständen nach davon ausgehen darf, dass er allein oder zusammen mit anderen zur Nutzung berechtigten Personen über das informationstechnische System selbstbestimmt verfügt.“³¹

Schon die Einbeziehung aller IT-Systeme, die nur irgendwie zur Bearbeitung beliebiger personenbezogener Daten geeignet oder bestimmt sind, geht damit weit über das verfassungsrechtliche Schutzgut hinaus. Die zweite Variante des Tatobjekts (§ 202e Abs. 6 Nr. 1 lit. b) E-StGB) findet indes gar keine Wurzeln mehr im Computergrundrecht. Es handelt sich hier um IT-Systeme die zweifelsohne teilweise wichtige Funktionen erbringen, die aber nicht notwendig durch die besondere Privatheit ihres Datenbestandes gekennzeichnet sind. Gerade Anlagen, die öffentlichen Zwecken dienen, sind dem verfassungsrechtlichen Konzept digitaler Privatheit eher entgegengesetzt. Auf die Spitze getrieben: Der vom BKA zur Onlinedurchsuchung verwendete Dienstcomputer ist sicherlich eine IT-Anlage, die öffentlichen Zwecken dient – dem Grundrecht auf Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme unterfällt dieser aber als hoheitliches Eingriffsmittel nicht.

Verständlich wird die Hervorhebung der besonderen gesellschaftlichen Funktionsrelevanz von IT-Systemen als Tatobjekt, wenn man die Ausführungen des Gesetzesentwurfes zu den Gefahren für die Allgemeinheit durch die Tätigkeit von Botnetzen berücksichtigt. Geschildert werden die Angriffe auf das Netzwerk des Deutschen Bun-

²⁵ Friktionen bei der Frage nach dem Schutzgut konstatiert auch *Mavany*, ZRP 2016, 221 (222).

²⁶ So auch *Buermeyer/Golla*, K&R 2017, 14 (16 f.).

²⁷ BT-Drs. 19/1716, S. 16.

²⁸ A.a.O.

²⁹ A.a.O.

³⁰ *Buermeyer/Golla*, K&R 2017, 14 (16 f.).

³¹ *BVerfG*, NJW 2008, 822 (827).

destages, Attacken auf ein Stahlwerk, auf Rundfunkunternehmen oder ein deutsches Atomkraftwerk.³² All diese Einrichtungen sind ohne Zweifel von höchster Relevanz für das Allgemeinwohl und die kollektive Sicherheit. Ihr Schutzgrund lässt sich aber nicht in der Privatheit der IT-Systeme einzelner Bürger finden. Diese Rechtsgutausrichtung liegt auch den vorgesehenen Strafschärfungen in § 202e Abs. 3 Nr. 3 und Abs. 4 E-StGB zugrunde, die einen klaren Gemeinwohlbezug aufweisen. Der Entwurf beruht ersichtlich auf der Annahme, dass in vielen – und gerade auch in typischen – Fällen von Cyberkriminalität nicht grundrechtliche Erwartungen an Integrität und Vertraulichkeit in erster Linie schutzrelevant sind, sondern vielmehr Gemeinwohlbelange, die durch Botnetzaktivität gefährdet werden. Das Schutzkonzept des § 202e E-StGB ist dementsprechend nach diesen zwei deutlich verschiedenen Rechtsgütern differenziert zu betrachten.

III. Der strafrechtliche Schutz gegen Botnetz-Attacken

Dass der Schutz gesellschaftsrelevanter oder gar kritischer Einrichtungen und Infrastrukturen gegen die Gefahr durch Botnetzattacken nicht mit dem ursprünglichen Grundrechtsschutzanliegen zu erklären ist, heißt keineswegs, dass der Schutz dieser Rechtsgüter durch das Strafrecht an sich ein illegitimes Anliegen wäre. Dem Bundesrat ist inhaltlich zuzustimmen, dass die diversen Erscheinungsformen von Cyberkriminalität gravierende ökonomische Schäden verursachen, aber darüberhinausgehend auch unwägbarere Gefahren für die innere wie äußere Sicherheit der Bundesrepublik darstellen. Weitaus angreifbarer erscheint hingegen die Begründung des Bundesrates, dass das bisherige Strafrecht nur unzureichende Mittel böte, um diesen Rechtsgutsangriffen zu begegnen.³³

Um das Bestehen solcher angeblicher Strafbarkeitslücken bei Botnetzaktivitäten analysieren zu können, müssen zunächst die typischen technischen Abläufe solcher virtueller Angriffshandlungen kurz skizziert werden. *Buermeyer/Golla* trennen dieses typische Angriffsgeschehen beim Einsatz von Botnetzen überzeugend in vier Phasen:³⁴ In einem ersten Schritt wird eine Schadsoftware geschrieben, mit der möglichst zahlreiche Systeme (Bots) zu infizieren sind. Die Infektion der Einzelsysteme folgt dann im zweiten Schritt. Die Schadsoftware wird meist mittels sog. Trojaner auf die Systeme aufgebracht, wobei verschiedene Infektionswege zu unterscheiden sind. Teilweise erfolgt die Infektion über manipulierte E-Mail-Anhänge, als „Drive-by-Download“ beim Aufruf bestimmter manipulierter Websites oder als Direktdownload der Schadsoftware über einen Weblink.³⁵ Die einzelnen Bots verbinden sich dann im dritten Schritt über das Internet

mit dem zentralen C&C-Server, der ihnen Befehle erteilen kann. Der vierte Schritt stellt dann die Attacke des Botnetzes auf Befehl des C&C-Servers dar. Die einzelnen Bots können etwa den Befehl erhalten, durch massenhaften Aufruf von Servern diese zum Absturz zu bringen (DDoS-Attacke), durch Versand massenhafter und anonymer Spamemails der Vorbereitung von Vermögensdelikten (etwa durch „Phishing“) zu dienen oder die Gesamtbreite des Botnetzes für gewaltige Rechenoperationen auszunutzen, wie sie etwa zur Schöpfung von Kryptowährungen erforderlich sind.³⁶

Den zentralen Strafbarkeitsmangel sieht der Bundesratsentwurf im zweiten Schritt: Die Infektion der Einzelsysteme durch Schadsoftware sei bisher nach dem Kernstrafrecht straflos.³⁷ Doch trifft der Befund des Bundesrats zum Strafbarkeitsdefizit tatsächlich zu?

1. Strafbarkeit der Infektion von IT-Systemen nach § 202a Abs. 1 StGB?

Die Infektion der einzelnen Bots geht typischerweise mit einem Zugriff auf die im einzelnen IT-System gespeicherten Daten einher, die über den Zugriff auf einzelne Datenbestandteile, die für die Fremdsteuerung durch den C&C-Server erforderlich sind, bis hin zu einem Totalzugriff auf den gesamten Datenbestand des Systems gehen können.³⁸ Dieser Zugriff könnte als Ausspähen von Daten gem. § 202a Abs. 1 StGB strafbar sein. Der Bundesrat sieht die Schutzlücke nun darin, dass § 202a Abs. 1 StGB nur solche Daten schützt, die gegen den unberechtigten Zugang besonders gesichert sind und bei denen die Zugangverschaffung unter Überwindung dieser Zugangssicherung erfolgt. Es dürfe die Strafbarkeit und Schutzwürdigkeit der Daten aber nicht davon abhängen, ob der Einzelne ausreichende Schutzvorkehrungen gegen den unbefugten Datenzugriff getroffen habe, da ein effektiver technischer Schutz gegen Infiltrationen heute ohnehin oftmals kaum möglich sei.³⁹

In die Irre führt aber das zur Illustration dieser angeblichen Schutzlücke verwendete Parade-Beispiel der Entwurfsbegründung des Bundesrats: Die heimliche Beobachtung der PIN-Eingabe in ein fremdes Handy, das sodann entwendet wird und unter Eingabe der beobachteten PIN aktiviert und ausgekundschaftet wird.⁴⁰ Auch wenn man (was die wohl h.M. freilich anders sieht)⁴¹ zustimmen will, dass es sich hierbei tatsächlich nicht um die Überwindung einer besonderen Zugangssicherung handelt,⁴² trifft das Beispiel den hiesigen Kontext überhaupt nicht. Die Entwendung eines Mobiltelefons stellt für den Aufbau eines Botnetzes weder einen typischen noch sonderlich geeigneten Fall dar. Soweit es § 202e E-StGB um die

³² BT-Drs. 19/1716, S. 1.

³³ A.a.O., S. 3 ff.

³⁴ *Buermeyer/Golla*, K&R 2017, 14 (15).

³⁵ BSI, Die Lage der IT-Sicherheit in Deutschland 2017, S. 22; *Stam*, ZIS 2017, 547 f.

³⁶ *Stam*, ZIS 2017, 547.

³⁷ BT-Drs. 19/1716 S. 4 f.

³⁸ *Buermeyer/Golla*, K&R 2017, 14 (15).

³⁹ BT-Drs. 19/1716, S. 5, 17; kritisch dazu *Basar*, jurisPR-StrafR 26/2016, Anm. 1.

⁴⁰ BT-Drs. 19/1716, S. 4.

⁴¹ Für eine Strafbarkeit nach § 202a StGB etwa *Buermeyer/Golla*, K&R, 2017, 14 (15 f); *Graf*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 202a Rn. 46.

⁴² Dafür spricht die gesetzgeberische Absicht, dass die „Überwindung“ einen nicht unerheblichen zeitlichen oder technischen Aufwand erfordern soll, BT-Drs. 16/3656, S. 10; in diese Richtung gegen die Strafbarkeit des „Phishing“ *Graf*, NStZ 2017, 129 (131); a.A. *Fischer*, StGB, 64. Aufl. (2017), § 202a, Rn. 11b.

Bekämpfung dieser Kriminalitätsform gehen soll, führt das Beispiel nicht weiter.

Treffender in Bezug auf Botnetz-Kriminalität ist da schon der Hinweis des Bundesratsentwurfs auf einen *BGH*-Beschluss, der eine Strafbarkeit nach § 202a StGB durch die Infektion zahlreicher IT-Systeme mittels Schadsoftware als nicht ausreichend belegt ansah, weil das LG nicht die notwendigen Feststellungen zur Frage der Überwindung besonderer Schutzvorkehrungen getroffen hatte.⁴³ Etwas kurz greift die in der Literatur geäußerte Kritik, dem Bundesrat gehe es angesichts des Verweises auf diesen Beschluss nur um die Beseitigung von Beweisproblemen. Richtig ist sicherlich, dass die Beseitigung bisheriger Beweisprobleme ein zentrales Motiv des Bundesrates ist⁴⁴ und dieser Beweggrund alleine höchst fragwürdig wäre.⁴⁵ Es steckt aber auch ein materieller Kern in der kritischen Betrachtung der Rechtsprechung. Nach Ansicht des *BGH* und im Einklang mit der h.M. muss die Zugangssicherung i.S.v. § 202a Abs. 1 StGB darauf angelegt sein, den Zugriff Dritter auf die Daten auszuschließen oder wenigstens nicht unerheblich zu erschweren.⁴⁶ Diese Anforderungen können etwa Schutzprogramme erfüllen, welche geeignet sind, unberechtigten Zugriff auf die auf einem Computer abgelegten Daten zu verhindern, und die nicht ohne fachspezifische Kenntnisse überwunden werden können und den Täter zu einer Zugangsart zwingen, die der Verfügungsberechtigte erkennbar verhindern wollte.⁴⁷

Bezogen auf die Infiltration mit einer Schadsoftware macht der *BGH* im konkreten Fall nun deutlich, dass zwischen Virenschannern und einer Firewall zu differenzieren sei. Eine Firewall könne den besonderen Schutz, den § 202a StGB verlange, gegen die konkrete Schadsoftware nicht gewähren.⁴⁸ Diesem Befund wird man sich auch anschließen können, denn eine Firewall schützt nicht vor der Installation einer Schadsoftware sondern allenfalls vor der späteren Verbindungsaufnahme mit dem C&C-Server (also der „dritten Stufe“ des Angriffsgeschehens).⁴⁹ Scheint der *BGH* nun also einen geeigneten Virenschanner als besondere Sicherung des IT-Systems zu verlangen, würde dies in der Tat eine Einengung der durch § 202a StGB geschützten Systeme andeuten. Pauschal von der Hand weisen kann man die Bedenken des Bundesrats insoweit also nicht.

2. Strafbarkeit der Infektion von IT-Systemen nach § 303a StGB?

Allerdings kann jenseits von § 202a StGB die Infektion des Systems mit einer Datenveränderung einhergehen, die

nach § 303a Abs. 1 StGB strafbar wäre. Zur Ausführung der Schadsoftware muss der Trojaner Daten im Speicher des Systems verändern, um auch einen Reboot des Systems zu überstehen.⁵⁰ Jedenfalls für den Aufbau eines funktionierenden Botnetzes erscheint diese Voraussetzung für die stabilisierte Kontrolle durch den C&C-Server unverzichtbar. Nun unterfällt das bloße Hinzufügen von Daten in ein System als solches § 303a Abs. 1 StGB zwar noch nicht. Sobald aber durch das Hinzufügen einzelner Daten der Datenbestand in seinem Aussagegehalt verändert wird, kommt man zu einer strafbaren Datenveränderung.⁵¹ Hier überzeugen die Zweifel des Bundesrats auch nicht recht. Zutreffend ist zwar der Hinweis auf die Existenz von „Fileless Malware“, die keine Speicherung von Schadsoftware auf dauerhaften Systemspeichern vollzieht.⁵² Doch auch zur Aktivierung von Fileless Malware sind (jedenfalls temporäre) Veränderungen in den RAM-Daten des IT-Systems erforderlich und Daten der Registry werden verändert.⁵³ Zumindest die notwendigen vorübergehenden Datenveränderungen zur Verbindungseinrichtung des Bots mit dem C&C-Server werden dabei § 303a Abs. 1 StGB unterfallen.⁵⁴ Eine dauerhafte Veränderung von Daten verlangt § 303a Abs. 1 StGB jedenfalls nicht.⁵⁵ Daher sind kaum Fälle von Botnetz-Infiltrationen denkbar, die nicht § 303a StGB unterfallen würden. Hier hatte der Bundesrat wohl tatsächlich ganz primär Beweisprobleme im Sinn, die durch die erschwerte Nachweisbarkeit von Datenveränderungen durch Fileless Malware zu befürchten sind. Diese reichen als hinreichender Sachgrund für die umfassende Kriminalisierung unbefugter Zugriffe auf fast jegliches IT-System aber kaum aus.⁵⁶

3. Strafbarkeit der Angriffsaktivitäten durch Botnetze

Noch deutlicher wird der schon umfassend bestehende strafrechtliche Schutz gegen Botnetz-Kriminalität beim Blick auf die „vierte Stufe“ – den Missbrauch des geschaffenen Botnetzes für weitergehende Rechtsgutsangriffe. Gerade die vom Bundesrat besonders hervorgehobenen Fälle der DDoS-Attacken stellen völlig unstreitig eine Computersabotage nach § 303b StGB dar. Dies räumt der Bundesratsentwurf auch selbst ausdrücklich ein.⁵⁷ Gleiches gilt auch für den aktuell grassierenden Einsatz von Botnetzen für die Verbreitung von Krypto-Trojanern, die fremde Festplattendaten verschlüsseln und nur gegen Zahlung von Lösegeld wieder freischalten (bzw. dies versprechen). Hier ist nicht nur an § 253 Abs. 1 StGB zu denken. Eine (vorübergehende) Verschlüsselung von Festplattendaten stellt überdies eine Datenunterdrückung und eine Computersabotage dar (§§ 303a Abs. 1, 303b Abs. 1

⁴³ *BGH*, Beschl. v. 21.7.2015 – 1 StR 16/15 = ZD 2016, 174.

⁴⁴ Vgl. die Ausführungen bei BT-Drs. 19/1716, S. 13.

⁴⁵ So zu Recht *Basar*, jurisPR-StrafR 26/2016, Anm. 1.

⁴⁶ *BGH*, ZD 2016, 174; *Hilgendorf*, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2010), § 202a Rn. 32; *Graf*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 202a Rn. 35; *Rübenstahl/Debus*, NZWiSt 2012, 129 (131).

⁴⁷ *BGH*, ZD 2016, 174 unter Verweis auf die Gesetzesbegründung in BT-Drs. 16/3656, S. 10.

⁴⁸ *BGH*, ZD 2016, 174 (175).

⁴⁹ Zutreffend *Stam*, ZIS 2017, 547 (549); a.A. *Basar*, jurisPR-StrafR 26/2016, Anm. 1.

⁵⁰ *Buermeyer/Golla*, K&R 2017, S. 14, 15; *Stam*, ZIS 2017, 547 (550 f.).

⁵¹ *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 303a Rn. 3; *Stree/Hecker*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 303a Rn. 8.

⁵² BT-Drs. 19/1716 S. 4.

⁵³ https://en.wikipedia.org/wiki/Fileless_malware (zuletzt abgerufen am 13.9.2018).

⁵⁴ *Heine*, NSStZ 2016, 441 (443 f.). Die Veränderung der Registry-Einträge soll mangels Dateieigenschaft dagegen nicht ausreichen.

⁵⁵ Vgl. für die Variante des „Unterdrückens“ *Stree/Hecker*, in: Schönke/Schröder, § 303a Rn. 9 m.w.N.

⁵⁶ *Basar*, jurisPR-StrafR 26/2016, Anm. 1.

⁵⁷ BT-Drs. 19/1716, S. 5.

Nr. 1, 3 StGB).⁵⁸ Auch der besondere Schutz kritischer Infrastrukturen und sonstiger Gemeinwohlbelange vor entsprechenden Attacken durch Botnetze wird dort in § 303b Abs. 2 und Abs. 4 Nr. 3 StGB strafschärfend berücksichtigt. Da die Computersabotage in § 303b Abs. 5 StGB auf die Strafbarkeit der verselbständigten Vorbereitungshandlungen in § 202c StGB verweist, ist neben der Programmierung entsprechender Schadsoftware und der Verschaffung von Passwörtern und sonstiger Sicherungscodes einzelner Bots auch deren Ankauf oder sonstige Zugänglichmachung sanktioniert.

So trifft auch der Hinweis des Bundesratsentwurfs auf Sanktionslücken durch arbeitsteiliges Vorgehen nicht ohne Weiteres zu.⁵⁹ Der Verkauf von Datensätzen infiltrierter Bots über das Darknet an die Betreiber von Botnetzen wird sich schon als Vorbereitungstat über § 303b Abs. 5 erfassen lassen – ganz abgesehen davon, dass der neue § 202d Abs. 1 StGB die Weitergabe rechtswidrig erlangter Daten als Datenhehlerei selbständig erfasst.

Nun mögen im Einzelfall bestimmte Konstellationen von Botnetz-Aktivitäten denkbar sein, die auf dieser Stufe §§ 303a, 303b StGB nicht unterfallen. Dieser Umstand wird etwa bei dem vom Bundesratsentwurf aufgegriffenen BGH-Beschluss deutlich, in welchem das Botnetz der Schaffung von Bitcoins dienen sollte, indem die Rechenleistung (und damit insbesondere der Energieverbrauch) der infizierten Computer ausgenutzt wurden.⁶⁰ Der Missbrauch fremder Rechenleistung dürfte jedenfalls nicht zwingend in jedem Fall zu einer erheblichen Störung der Datenverarbeitung i.S.d. § 303b Abs. 1 StGB führen. Falls man insoweit tatsächlich im Einzelfall an den Voraussetzungen des § 202a StGB auf der ersten Stufe scheitert, weil etwa keine ausreichenden Sicherungsprogramme auf den betroffenen IT-Systemen aktiviert waren, und man eine Strafbarkeit alleine nach § 303a StGB für die Infektion nicht für ausreichend hält, um das weitergehende Unrecht der Botnetz-Aktivität zu erfassen, kann man für diese Angriffsformen Strafbarkeitsdefizite nicht ausschließen. Diesem Schutzdefizit gegen einzelne besonders schwerwiegende Formen missbräuchlicher Nutzung von IT-Ressourcen durch Botnetze wäre aber nicht mit der generellen Kriminalisierung jeglicher Befugnisüberschreitungen zu begegnen, wie sie § 202e E-StGB vorsieht.

Zunächst ließe sich mit *Buermeyer/Golla* an einen „Hackerparagraph“ denken, der die Infektion eines Systems mit Malware zur Vorbereitung einer Straftat selbständig unter Strafe stellt und den sie in § 202c Abs. 1 S. 2 StGB verorten wollen.⁶¹ Problematisch ist an der von *Buermeyer/Golla* vorgeschlagenen Fassung aber, dass die Absicht eines Hackers nach dem Gesagten ja nicht zwingend in der Vorbereitung einer Straftat bestehen muss, selbst wenn er ein Botnetz aufbauen will. Der mögliche Strafbarkeitsmangel liegt angesichts von § 303a StGB auch weniger beim Infektionsvorgang selbst, sondern auf

Ebene des Betriebs des Botnetzes etwa zur Generierung von Bitcoin. Zudem wäre die Verortung einer zusätzlichen Sanktionierung des Botnetz-Betriebs in § 202c StGB nicht stimmig, da es nicht primär um den Schutz des persönlichen Lebens- und Geheimnisbereichs geht, sondern um den Missbrauch der Rechenleistungen und Energieresourcen von IT-Systemen. Vorzugswürdig erscheint daher eine Ausweitung von § 303b StGB, um auch solche Fälle des unbefugten „Kaperns“ von Computern zu erfassen, die zwar die Datenverarbeitung des einzelnen IT-Systems nicht erheblich stören, aber für den Berechtigten ebenso gravierende Folgen haben, indem etwa seine Stromrechnung durch Ausnutzung seiner IT erheblich steigt. Um ein stimmiges Verhältnis im Unrechtsgehalt zu den bisherigen Varianten in § 303b Abs. 1 StGB sicherzustellen, müsste neben dem bloßen Missbrauch durch das „Hacking“ ein Tatbestandserfolg aufgenommen werden, der nur besonders schwere Missbrauchsformen pönalisiert. Durch eine solch begrenzte „Hackerstrafbarkeit“ würde das Anliegen des Bundesrats aufgenommen werden, den Schutz des Gebrauchsrechts an IT-Systemen strafrechtlich zu stärken ohne aber massenhafte Bagatell- und Alltagskriminalität zu generieren und sozialadäquate Verhaltensweisen in die Illegalität zu drängen. Möglich erschiene folgende Fassung eines neuen § 303b Abs. 2 StGB:

„Ebenso wird bestraft, wer durch unbefugtes Anbringen eines Programmcodes auf einem informationstechnischen System auf diesem unbefugte Datenverarbeitungsvorgänge ausführt oder ausführen lässt und dadurch dem Berechtigten erhebliche Nachteile zufügt.“

Insgesamt aber ist festzuhalten, dass der Schutz des Internets gegen Botnetze wohl kaum in erster Linie an den Mängeln und Lücken des materiellen Strafrechts krankt.⁶² Ursächlich für eine geringe Aufklärungsquote und ein immens hohes Dunkelfeld ist viel eher die häufige Anonymität der Täter, die sich hinter ihren hochkomplexen und verschachtelten Netzwerken verstecken können.⁶³ Auch lässt sich die Opferstellung der Inhaber der einzelnen betroffenen Bots mitunter gar nicht bemerken.⁶⁴ Daran würde auch eine ausufernde Vorfeldstrafbarkeit, wie sie § 202e E-StGB vorsieht, nichts ändern können, die zudem weit über den Bereich der typischen Botnetz-Kriminalität hinausreichen würde. Zu prüfen wäre in erster Linie, ob neben den bereits erfolgten sicherheitsbehördlichen und nachrichtendienstlichen Befugnisausweitungen⁶⁵ auch eine verschärfte zivilrechtliche Produkthaftung für sicherheitsrelevante Hardware und Software eingeführt werden sollte.⁶⁶

⁵⁸ Für die vorübergehende Unterdrückung von Daten bei § 303a vgl. oben Fn. 55; für § 303b vgl. *Wieck-Nooldt*, in: *MüKo-StGB*, 2. Aufl. (2014), § 303b Rn. 19.

⁵⁹ Vgl. BT-Drs. 19/1716 S. 4.

⁶⁰ *BGH*, Beschl. v. 21.7.2015 – 1 StR 16/15 = ZD 2016, 174.

⁶¹ *Buermeyer/Golla*, *K&R* 2017, 14 (18).

⁶² Ebenso *Schallbruch*, *CR* 2018, 215 (216).

⁶³ *Stam*, *ZIS* 2017, 547 (551).

⁶⁴ BKA, *Cybercrime Bundeslagebild* 2016, S. 3.

⁶⁵ *Schallbruch*, *CR* 2018, 215 (216 ff.).

⁶⁶ A.a.O., 221 f.

IV. Der strafrechtliche Schutz der Integrität und Vertraulichkeit persönlicher informationstechnischer Systeme

Wechselt man den Blick nun von der Schutzrichtung gegen die besonders sozialschädliche Botnetzkriminalität zurück zum Schutz des Individualgrundrechts auf Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme, ist in einem zweiten Schritt zu analysieren, inwieweit dieses Rechtsgut eine tragfähige Grundlage für eine extensivere Kriminalisierung auch jenseits typischer Cyberkriminalität bieten kann.

Auch diese Analyse muss mit einem kurzen Abgleich möglicher Verletzungshandlungen mit den bereits bestehenden Straftatbeständen beginnen, um einen gesetzgeberischen Handlungsbedarf *de lege ferenda* überhaupt einschätzen zu können.

1. Der strafrechtliche Schutz der Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme *de lege lata*

In erster Linie dient im gegenwärtigen Strafrecht § 202a StGB dem Schutz vor einem Bruch von Integrität und Vertraulichkeit durch Infiltration digitaler Technologien.

Die Strafbarkeit von Eingriffen in das Computergrundrecht nach § 202a StGB weist deutliche Parallelen zur Strafbarkeit von Botnetz-Aktivitäten auf der „zweiten Stufe“ auf.⁶⁷ Jedoch ist einerseits nicht jeder Angriff eines Botnetzes auch ein Eingriff in die Vertraulichkeit und Integrität eines Grundrechtsträgers, da grundrechtlich geschützt nur IT-Systeme von besonderer persönlicher Relevanz sind,⁶⁸ Botnetz-Kriminalität hingegen vom Zugriff auf jedes vernetzte IT-System profitieren kann, indem es z.B. dessen Rechenleistung oder Bandbreite ausnutzt. Damit fallen z.B. weite Teile des „Internets der Dinge“, die für Botnetze zunehmend interessant sind, nicht unter den spezifischen Grundrechtsschutz. Andererseits kann aber die Integrität und Vertraulichkeit von IT-Systemen auch durch ganz andere Angriffsformen als durch Botnetz-Infiltrationen beeinträchtigt werden. Hier lässt sich etwa auf das „Handy-Beispiel“ des Gesetzesentwurfs rekurrieren.⁶⁹ Wenngleich zahlreiche Fälle unbefugter Infiltrationen grundrechtlich geschützter IT-Systeme danach bereits nach § 202a StGB strafbar sind, – etwa wenn ein Zugriff durch einen Hackerangriff auf einen durch Virens Scanner geschützten PC erfolgt – ist hier noch wesentlich deutlicher als im Bereich der Botnetz-Kriminalität zu konstatieren, dass § 202a StGB nicht alle Grundrechtsgefährdungen abdecken kann. Abgesehen von den bereits oben geschilderten besonderen Anforderungen an Schutzvorrichtungen, sind beim Zugriff auf private IT-Systeme auch durchaus typische Tathandlungen denkbar, die nicht durch eine gezielte Überwindung technischer Schutzvorkehrungen auf das System zugreifen. Der Beispielsfall des Zugriffs mit einer mitgelesenen PIN mag ein denkbarer

Fall sein, der einen straflosen Zugriff auf sensibelste Daten ermöglichen könnte. Strafflos nach § 202a StGB wäre auch der Arbeitgeber, der seinem Arbeitnehmer ein Passwort zugeteilt hat, mit welchem er sich später selbst auf das System des Arbeitnehmers einloggt, um dessen private Daten auszuwerten.⁷⁰ Auch die mit Einwilligung des Nutzers ordnungsgemäß installierte und aktivierte App, die aber mehr Zugriffsrechte auf (privateste) Daten hat als dies in den Nutzungsbedingungen ausgedrückt wird, bedeutet jenseits von § 202a StGB immense Gefahren für Integrität und Vertraulichkeit des betroffenen Systems.⁷¹ In diesen Konstellationen wird auch – anders als bei typischer Botnetz-Aktivität – nicht in jedem Fall ein Schutz über § 303a StGB eingreifen. Der manuelle Zugriff auf persönliche IT-Systeme – etwa auf einen Computer, dessen Passwort der Täter zufällig auf dem Schreibtisch gefunden hatte oder dessen Verriegelung dieser zuvor durch Ablenkung oder Täuschung des Berechtigten verhindert hatte – geht nicht stets mit einer Datenveränderung einher. Auch ist ein Systemzugriff durch technische Hilfsmittel, anders als bei der Bildung stabiler Botnetze, nicht notwendig auf eine Speicherung von Schadsoftware angewiesen. Das Computergrundrecht ist aber auch vor solchen Eingriffsmethoden zu schützen, welche nicht in die Datenverarbeitung oder den Datenbestand selbst eingreifen sondern etwa durch Hardwaremanipulationen erfolgen.⁷² Anders als bei der typischen Bildung von Botnetzwerken weist das Kernstrafrecht daher durchaus Schwachstellen auf, was einen umfassenden Schutz der Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme angeht.

Nicht problematisiert hat der Bundesrat allerdings den spezifisch datenschutzrechtlichen Strafrechtsschutz durch § 42 BDSG. Aber auch vor diesem Hintergrund sind verbleibende Schutzlücken anzuerkennen. Denn während § 42 Abs. 1 BDSG die Strafbarkeit der Zugänglichmachung personenbezogener Daten von einem gewerbsmäßigen Handeln und einer Vielzahl Betroffener abhängig macht, setzt § 42 Abs. 2 BDSG zumindest Entgeltlichkeit des Handelns oder eine Bereicherungs- oder Schädigungsabsicht voraus. Diese Voraussetzungen werden zwar häufig, aber nicht zwingend bei einem strafwürdigen Zugriff auf privateste IT-Systeme erfüllt sein. Ein Ausspionieren aus Neugier oder ähnlichen Motiven ist keineswegs undenkbar. Wenngleich also viele Fälle des Zugriffs auf die digitale Privatsphäre durch § 42 BDSG bereits abgedeckt werden, bleibt doch ein nicht ganz unerheblicher Bereich bisher strafrechtlich unzureichend erfasster Zugriffsmöglichkeiten in die Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme bestehen.

2. Notwendigkeit und Möglichkeit eines Schutzes der Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme durch das Strafrecht *de lege ferenda*

Vergleicht man die Bedeutung digitaler Privatheit mit analogen Entfaltungsformen der Persönlichkeit, wird man

⁶⁷ Dazu oben unter III. 1.

⁶⁸ S. etwa *Heinemann*, (Fn. 5), S. 151 ff.

⁶⁹ S. oben III. 1.

⁷⁰ Vgl. *Eisele*, Computer- und Medienstrafrecht, 2013, S. 39; *LAG Köln*, NZA-RR 2004, 527.

⁷¹ Diesen Fall will auch der Bundesratsentwurf zu recht erfassen: BT-Drs. 19/1716 S. 16.

⁷² *BVerfG*, NJW 2008, 822 (828).

im heutigen Zeitalter weitreichender Lebensgestaltung in der virtuellen Welt auch die Erforderlichkeit einer Ausweitung des Strafrechts grundrechtlich begründen können,⁷³ wenn man nicht sogar der Ansicht des Bundesrates folgt, dass eine grundrechtliche Schutzpflicht diese Strafrechtsexpansion erfordert.⁷⁴ Denn es ist kaum einsehbar, dass der verschlossene Briefumschlag, das in einer Schreibtischschublade versperrte Tagebuch oder die abschließbare Dokumentenmappe über § 202 StGB⁷⁵ einen stärkeren strafrechtlichen Privatheitsschutz erfahren als hochsensible informationstechnische Systeme, die Abschluss über einen Großteil der Persönlichkeitsentfaltung geben könnten. Hier kann der Strafrechtsgesetzgeber in der Tat aufgerufen sein, einen zielgerichteten Privatheitsschutz für die Herausforderungen der digitalen Welt zu schaffen.

Dieser Schutzauftrag gebietet aber keinesfalls eine uferlose Kriminalisierung alltäglicher Verhaltensweisen und von Bagatelldelikten. Dies kann durch eine präzisere Orientierung am verfassungsrechtlichen Rechtsgut vermieden werden.⁷⁶

Zu kritisieren an § 202e E-StGB sind vor diesem Hintergrund weniger die umfassend ausgestalteten Begehungsmodalitäten. Denn es ist gerade die Vielzahl denkbarer Zugriffshandlungen auf persönliche IT-Systeme, die bisher strafrechtliche Lücken lässt. Zudem ist dem Bundesrat zuzustimmen, dass der Grundrechtsschutz „technikoffen“ zu gestalten ist, was durch die recht weite Fassung der tatbestandlichen Verletzungshandlung erreicht wird.⁷⁷ An der Angriffshandlung der unbefugten Zugangverschaffung in § 202e Abs. 1 Nr. 1 E-StGB wird man daher festhalten können. Eine zusätzliche Pönalisierung des „Ingebrauchnehmens“, „Beeinflussens“ oder „Ingangsetzens“, wie sie § 202e Abs. 1 Nr. 2, 3 E-StGB vorsieht, bedarf es für diesen Integritätsschutz hingegen nicht. Die Anlehnung an § 248b StGB führt nur zu gravierenden Unschärfen und Komplexitäten des Tatbestandes.⁷⁸

Allerdings ist das Tatobjekt in Orientierung am verfassungsrechtlich geprägten Rechtsgut deutlich enger zu fassen. Hierzu kann auf die oben⁷⁹ wiedergegebene Definition des *BVerfG* verwiesen werden. Ein besonders persönlichkeitssensibles IT-System wird danach charakterisiert

durch

- die nach den Umständen berechnete Erwartung des Nutzers, dass er über das System alleine oder mit anderen gemeinsam selbstbestimmt verfügen kann,
- die Eignung des Systems zur Verarbeitung, Speicherung oder Bearbeitung personenbezogener Daten sowie
- die Eignung dieser personenbezogenen Daten – alleine oder in ihren Vernetzungen –, einen Einblick in wesentliche Teile der Lebensgestaltung des Betroffenen zu geben.

Löst man sich also von dem für dieses Schutzgut viel zu weitgefassten IT-Begriff des § 202e Abs. 6 Nr. 1 E-StGB, würde sich folgende Fassung eines neuen § 202e StGB anbieten:

„Wer sich unbefugt zu einem informationstechnischen System, das geeignet ist, personenbezogene Daten des Berechtigten zu enthalten, die einen Einblick in wesentliche Teile seiner Lebensgestaltung geben können, Zugang verschafft, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwerer Strafe bedroht ist.“⁸⁰

Mit dieser Tatbestandsfassung nähert man sich einem „digitalen Hausfriedensbruch“ nun tatsächlich an. Allerdings erscheint die Formulierung „digitaler Wohnungseinbruch“ weitaus passender. Denn der Schutz der Integrität und Vertraulichkeit schützt weniger ein diffuses und selbst in der analogen Welt umstrittenes „Hausrecht“⁸¹ als – in digitaler Entsprechung zu Art. 13 Abs. 1 GG – den virtuellen Raum der Privatheit; die „virtuelle Wohnung“.

V. Fazit

Es ist begrüßenswert, dass der Bundesrat sich des besonderen Schutzbedarfes von Privatheit im digitalen Zeitalter angenommen hat. Effektiver Grundrechtsschutz kann bei besonders sensiblen Gefährdungslagen, denen der Staat anderweitig nicht ausreichend wirksam begegnen kann, auch im virtuellen Raum den Einsatz des Strafrechts rechtfertigen oder im Sinne des Untermaßverbotes gar gebieten. Dies gilt auch für das Grundrecht auf Integrität und

⁷³ Vgl. *Tassi*, DuD, 175 f.

⁷⁴ BT-Drs. 19/1716 S. 3.

⁷⁵ Vgl. *Graf*, in: MüKo-StGB 3. Aufl. (2017), § 202 Rn. 16.

⁷⁶ Umfassend *Heinemann* (Fn. 5), insb. S. 148 ff.

⁷⁷ BT-Drs. 19/1716, S. 5.

⁷⁸ Für eine Orientierung am grundrechtlichen Schutzgut anstelle einer Analogie zu „analogen“ Straftatbeständen auch *Tassi*, DuD 2017, 175 (178).

⁷⁹ S. oben II.

⁸⁰ Dabei wird als schwereres Delikt, zu dem § 202e StGB subsidiär wäre, insbesondere § 42 BDSG in Frage kommen. Aber auch § 303c StGB könnte jedenfalls nach der vorgeschlagenen Hinzufügung einer „Hackerklausel“ vorrangigen Schutz gewähren, wenn sensible persönliche Daten durch eine Infektion des Systems tatsächlich abgeschöpft worden sind. Auf die in § 202e Abs. 2 E-StGB vorgesehene Qualifikation kann angesichts von § 42 Abs. 2 BDSG ohne nennenswerte Schutzeinbußen verzichtet werden. Die Regelbeispiele in § 202e Abs. 3 Nr. 1 und 2 E-StGB sind zudem unstimmt zu § 42 Abs. 1 BDSG, der für die kumulative Verwirklichung beider Regelbeispiele nur eine Geldstrafe vorsieht. Begrenzt man den § 202e Abs. 1 StGB freilich gegenüber § 42 Abs. 1 BDSG durch die hier vorgeschlagene enge Fassung des Tatobjekts, mag man nunmehr einen Platz für diese Regelbeispiele sehen. Die in § 202e Abs. 3 Nr. 2 und 4 sowie Abs. 4 E-StGB vorgesehenen Strafschärfungen dürften dagegen allenfalls durch moderate Anpassungen in § 303c StGB aufzunehmen sein, da es sich nicht um typische Ausnutzungsfolgen von Privatheit und Vertraulichkeit handelt.

⁸¹ Deziert ablehnend zu einem eigenständigen Hausrecht aus zivilrechtlicher Sicht *Baldus*, JZ 2016, 449.

Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme. Tatsächlich lässt sich *de lege lata* ein hinreichender strafrechtlicher Schutz dieses Rechtsguts angesichts der inzwischen zentralen Bedeutung informationstechnischer Systeme für die Persönlichkeitsentfaltung des Einzelnen und der immensen Gefahren, die durch die Infiltration persönlichster IT-Systeme drohen, nicht für jeden Einzelfall garantieren. Ebenso kann man dem Bundesrat darin zustimmen, dass der Kampf gegen die grassierende Cyberkriminalität durch den Einsatz umfassender Botnetze höchster Aufmerksamkeit auch des Gesetzgebers bedarf, um zentrale Gemeinschaftsgüter – insbesondere sog. kritische Infrastrukturen – vor den Angriffen solcher Botnetze zu schützen.

Allerdings geht der vom Bundesrat vorgeschlagene § 202e E-StGB über diese Ziele nicht nur weit hinaus, indem er eine Generalnorm zur Bekämpfung missbräuchlicher Nutzung von IT-Systemen vorschlägt, die zahlreiche sozialadäquate oder bagatellhafte Befugnisüberschreitungen pönalisieren würde und daher die Grenzen des Übermaßverbots zu sprengen droht. Das Kernproblem des Ent-

wurfs liegt darin, dass er zwischen verschiedenen Schutzanliegen hin und her changiert und so keine kohärente Rechtsgutsstruktur zu schaffen vermag. Zwischen dem Schutz digitaler Privatheit, digitaler Gebrauchsrechte und von Gemeinschaftsrechtsgütern kann sich § 202e E-StGB nicht entscheiden. Diese Friktionen in der Rechtsgutsstruktur können nicht durch den Vorschlag des Bundesrates überspielt werden, dass nahezu alle erdenklichen Missbrauchsformen von IT-Systemen im digitalen Zeitalter erfasst werden sollen um dies sogleich nur durch eine völlig unbestimmte Geringfügigkeitsklausel zu entschärfen. Weder der Zwang zur technikoffenen Gestaltung von Schutznormen noch die Vielzahl betroffener Schutzanliegen können den Gesetzgeber von der Pflicht zu einer möglichst präzisen und rechtsgutsorientierten Fassung strafrechtlicher Normen entbinden. Systematische Kohärenz und rationale Stimmigkeit des Rechtsgüterschutzes bleiben notwendige Ziele eines dogmatisch darstellbaren und verhältnismäßigen Strafrechts. Der verfassungsrechtliche Schutzauftrag darf nicht zu einer rhetorisch wirkmächtigen Apologetik für das Überwinden der *ultima ratio*-Grenze des Strafrechts missbraucht werden.⁸²

⁸² Allgemein zum Konflikt zwischen Schutzpflicht und Übermaßverbot *Papier*, NJW 2017, 3025 (3027).

Die öffentliche Wahrnehmung von Strafzumessungsentscheidungen – Anlass für Reformen?

von Prof. Dr. Elisa Hoven*

Abstract

Deutschen Strafgerichten wird immer wieder der Vorwurf gemacht, zu milde und zu „täterfreundlich“ zu urteilen. Der vorliegende Beitrag nimmt Form, Inhalt und Folgen der öffentlichen Kritik an gerichtlichen Strafzumessungsentscheidungen näher in den Blick. Grundlage der Betrachtungen ist eine Inhaltsanalyse von fast 2000 Nutzerkommentaren zu Medienberichten über Sexual-, Wirtschafts- und Gewaltdelikte. Die Untersuchung gibt Aufschluss darüber, welche Aspekte der Strafzumessung auf Unverständnis in der Bevölkerung stoßen: Gegenstand der Kritik sind etwa die vermeintlich fehlende Berücksichtigung von Opferinteressen, der Verzicht auf die Ausschöpfung von Strafrahmen sowie die Aussetzung von Strafen zur Bewährung. Die Analyse zeigt ferner, dass Kriminalität und Strafurteile zu einem Politikum geworden sind: Die Empörung über ein als gering empfundenes Strafmaß ist regelmäßig Anlass für eine generelle Ablehnung des deutschen Justizsystems sowie der „Flüchtlingspolitik“ der Bundesregierung. Der Beitrag erörtert mögliche Gründe für die kritische Wahrnehmung der Strafzumessungsentscheidungen und thematisiert anschließende Wege, um Diskrepanzen zwischen den Strafentscheidungen von Richtern und den Straferwartungen von Teilen der Bevölkerung zu überwinden. Eine wichtige Rolle können dabei „Sentencing Guidelines“ spielen, die eine einheitliche und für die Öffentlichkeit transparentere Strafzumessung ermöglichen.

I. Einführung und Forschungsfragen

Der Fall des Gefährders Sami A. löste in Medien und Politik eine intensive Diskussion über das Verhältnis von Justiz und öffentlicher Meinung aus. Der nordrhein-westfälische Innenminister *Herbert Reul* hatte den Gerichten, die eine Rückholung des abgeschobenen Tunesiers angeordnet hatten, empfohlen, sich in ihren Entscheidungen nicht zu stark vom „Rechtsempfinden“ der Bevölkerung zu entfernen. Die Aussage des Ministers traf zu Recht auf Kritik; schließlich ist die Justiz an das Recht und nicht an eine – mutmaßliche, womöglich passagere – Stimmung in der Öffentlichkeit gebunden. Der Minister hat jedoch ein

wichtiges allgemeines Problem angesprochen: Gerechtigkeitsvorstellungen der Bevölkerung müssen in einer Demokratie ernst genommen werden; anderenfalls verlieren staatliche Institutionen an Vertrauen. In erster Linie richtet sich dieses Postulat allerdings nicht an die Gerichte, sondern an den Gesetzgeber. Er darf die Bedürfnisse der Bevölkerung nicht ignorieren, sondern muss für die Öffentlichkeit nachvollziehbare Regelungen schaffen. Der Grat zwischen demokratisch sensibler Rechtsetzung und Populismus ist freilich schmal.

Besonders deutlich offenbart sich das Spannungsverhältnis zwischen Rechtsanwendung und Rechtsempfinden in Fällen der Strafzumessung. Immer wieder wird deutschen Gerichten der Vorwurf gemacht, zu milde zu urteilen; die Strafjustiz gilt vielen als „lasch“ und täterfreundlich.¹ Eine von der Verfasserin durchgeführte Studie bestätigt eine Diskrepanz zwischen dem Rechtsempfinden von Laien und richterlichen Strafzumessungsentscheidungen, wie sie in den Medien kommuniziert werden. Probanden, denen Medienberichte über Strafurteile ohne Angabe der Strafhöhe vorgelegt wurden, sprachen sich für deutlich härtere Sanktionen aus als die Gerichte sie tatsächlich verhängt hatten.² Die von den Befragten gewählten Freiheitsstrafen lagen in Fällen von Körperverletzung, Vergewaltigung und Wohnungseinbruchsdiebstahl zwei- bis dreimal so hoch wie die tatsächlich gesprochenen Urteile; lediglich in einem Fall der Wirtschaftskriminalität urteilten die Befragten tendenziell milder als das Gericht. Erwarten Mediennutzer auf Grundlage der Berichterstattung eine strengere Sanktion, so ist zu vermuten, dass sie die tatsächliche Gerichtsentscheidung für unangemessen milde halten.

Mit der hier vorgestellten Studie sollen diese Fragen vertieft werden. Durch die Analyse der Kommentarspalten verschiedener Online-Zeitschriften können die Reaktionen der Leser auf Medienberichte über strafgerichtliche Entscheidungen untersucht werden. Eine Auswertung und Systematisierung der Nutzerkommentare ermöglicht es, nicht nur Diskrepanzen in den Strafvorstellungen von RichterInnen und Laien zu erkennen, sondern zugleich die Gründe für abweichende Bewertungen der Tatschwere zu

* Die Verfasserin ist Professorin an der Universität Leipzig, Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Medienstrafrecht.

¹ Vgl. etwa „Überlastet, überfordert, zu lasch - Was läuft schief bei den Gerichten?“, *Hart aber fair* v. 19.2.2018; <http://www.ardmediathek.de/tv/Hart-aber-fair/Überlastet-überfordert-zu-lasch-Was-/Das-Erste/Video?bcastId=561146&documentId=50161176> (zuletzt abgerufen am 7.5.2018).

² An der Studie nahmen knapp 800 Studierende teil. Die Tendenz zu härteren Strafen gilt also selbst dann, wenn die Probanden, wie in der vorliegenden Untersuchung, einen akademischen Hintergrund aufweisen. Es kann vermutet werden, dass die Diskrepanzen im Rahmen einer repräsentativen Bevölkerungsbefragung noch deutlicher ausfallen würden.

Zu ähnlichen Ergebnissen kommen bei Vorlage fiktiver Fälle an RichterInnen und Laien *Simmler u.a.*, *Schweizerische Zeitschrift für Kriminologie* 2017, 5.

identifizieren. Auf diese Weise lassen sich Aspekte der Strafzumessung benennen, die in der Öffentlichkeit auf Kritik oder Unverständnis stoßen. Zudem zeigt die Analyse, welche politischen Diskussionen die Berichterstattung auslöst; sie gibt damit Aufschluss darüber, welche gesellschaftlichen Wirkungen ein vermeintlich zu mildes Strafurteil entfaltet. Nutzerkommentare geben zwar nicht notwendig die Ansichten der Bevölkerungsmehrheit wieder (s. unten II.), erscheinen dem Leser jedoch als Indikator für die öffentliche Stimmung. Da der Kommentarbereich von vielen Nutzern ebenso konsumiert wird wie der Beitragstext selbst, können dort formulierte Meinungen die Wahrnehmung eines Gerichtsurteils beeinflussen („wenn alle das Urteil zu milde finden, wird es so sein“). Im Fokus der Untersuchung stehen die folgenden Forschungsfragen:

- Werden die verhängten Sanktionen als zu streng, als angemessen oder als zu milde bewertet?
- Welche konkreten Aspekte der Urteile stoßen auf Unverständnis oder Kritik?
- Welche weiteren Diskussionen löst die Kritik an milder Strafzumessung aus?

II. Design der Untersuchung

Für die Analyse wurden zunächst online verfügbare Beiträge aus den Jahren 2016 bis 2018 recherchiert, die über strafgerichtliche Urteile berichteten und mindestens 30 Leserkommentare enthielten. Als Quellen wurden die Homepages der Online-Ausgaben der Zeitschriften ZEIT, Frankfurter Allgemeine Zeitung, Focus und Welt sowie deren offizielle Facebook-Seiten herangezogen; nicht hingegen Kommentare unter von Nutzern geteilten Inhalten in sozialen Netzwerken. Die gesammelten Artikel hatten überwiegend Sexualstraftaten zum Gegenstand; weit weniger Beiträge widmeten sich Tötungs- und Körperverletzungsdelikten und nur vereinzelt wurde über Fälle der Wirtschaftskriminalität berichtet. Aus diesem Pool wurden insgesamt sechs Beiträge ausgewählt.³ Die Selektion erfolgte zufällig; es wurde lediglich sichergestellt, dass ein Beitrag über eine Wirtschaftsstraftat enthalten war, um mögliche Unterschiede in der Wahrnehmung verschiedener Deliktskategorien sichtbar zu machen.

Tabelle 1: Übersicht über die ausgewählten Medienbeiträge 1-6

	Delikt	Urteil	Publikationsorgan	Anzahl Kommentare
1	Vergewaltigung	6 Jahre Freiheitsstrafe	FAZ vom 27.3.2018 ⁴	132

³ Die Analyse erfolgte bis zur Erreichung einer empirischen Sättigung für die Forschungsfragen.

⁴ <http://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/kriminalitaet/sechs-jahre-gefaengnis-fuer-vergewaltigung-von-seniorin-15515285.html> (zuletzt abgerufen am 17.9.2018).

⁵ <https://www.zeit.de/hamburg/2016-10/hamburg-vergewaltigung-prozess> (zuletzt abgerufen am 17.9.2018).

⁶ https://www.focus.de/panorama/welt/dueren-29-jaehriger-verpruegelt-polizisten-wegen-knoellchens-vier-jahre-haft_id_8067823.html (zuletzt abgerufen am 17.9.2018).

2	Vergewaltigung durch mehrere Täter	Bewährungsstrafen für minderjährige Täter Freiheitsstrafe (nicht spezifiziert) für erwachsenen Täter	Zeit online vom 20.10.2016 ⁵	905
3	Vergewaltigung	11 Jahre Freiheitsstrafe	FAZ vom 19.10.2017	166
4	Vergewaltigung und KöV	3 Jahre 10 Monate Freiheitsstrafe	Welt vom 20.01.2017	33
5	KöV und Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte	T1: 4 Jahre Freiheitsstrafe T2: 8 Monate Freiheitsstrafe mit Bewährung T3: 6 Monate Freiheitsstrafe mit Bewährung	Focus online vom 22.12.2017 ⁶	115
6	Bankrott	T1: 2 Jahre Freiheitsstrafe mit Bewährung T2 und 3: 2 Jahre 8 Monate Freiheitsstrafe	Zeit online vom 27.11.2017 ⁷	594

Im Rahmen der qualitativen Inhaltsanalyse wurden insgesamt 1945 Kommentare ausgewertet. Die Auswertung folgte der Methode der Grounded Theory nach Strauss/Corbin,⁸ nach der keine Hypothesen an das Datenmaterial herangetragen werden, sondern die Erkenntnisse aus den Texten selbst – unter Zurückstellung eigener Vorannahmen – herausgearbeitet werden.⁹ Das Analyse-schemata ergab sich folglich erst im Laufe der Systematisierung der Leserkommentare und wurde sukzessive mit

⁷ <http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2017-11/anton-schlecker-zu-zwei-jahren-auf-bewahrung-verurteilt> (zuletzt abgerufen am 17.9.2018).

⁸ Strauss/Corbin, Grounded Theory, Grundlagen Qualitativer Sozialforschung, 1996.

⁹ Lucius-Hoene/Deppermann, Rekonstruktion narrativer Identität, Ein Arbeitsbuch zur Analyse narrativer Interviews, 2002, S. 96; Hoffmann-Riem, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 1980, 325.

der Materialsichtung um immer neue Dimensionen erweitert. Auf diese Weise konnten die Reaktionen auf die Artikel kategorisiert und verbreitete Argumentationsmuster identifiziert werden.

Eine Limitation der gewählten Methode liegt darin, dass die Kommentare nicht zwingend Ausdruck einer Mehrheitsmeinung in der Bevölkerung sind. Die Kommentarfunktion wird überwiegend von Lesern genutzt, die sich durch den Inhalt emotional angesprochen und herausgefordert fühlen. In den hier betrachteten Fällen ist daher zu vermuten, dass sich in erster Linie Personen äußern, die mit der Entscheidung des Gerichts nicht einverstanden sind. Durch die schützende Anonymität in den sozialen Netzwerken werden Meinungen zudem ungefiltert kommuniziert, was nicht selten eine Zuspitzung der Argumente und eine Dramatisierung der Diskussion zur Folge hat. Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung sind diese methodischen Einschränkungen allerdings unproblematisch: Die Studie hat nicht den Anspruch, ein repräsentatives Bild der öffentlichen Einschätzung von Straftaten zu zeichnen; vielmehr sollen Inhalte und Hintergründe verbreiteter Kritik- und Argumentationsmuster untersucht werden.

III. Ergebnisse

1. Die Darstellung der Taten und Urteile in den Medienberichten

Die Berichterstattung über Straftaten erfährt von Seiten der Wissenschaft immer wieder erhebliche Kritik.¹⁰ Den Medien wird vorgeworfen, durch eine selektive und skandalisierende Darstellung von Straftaten die Kriminalitätswirklichkeit zu verzerren.¹¹ Um die Aufmerksamkeit der Nutzer zu gewinnen, werden Taten mit hohem Empörungswert ausgewählt, die den Leser erschüttern oder provozieren sollen. „Je spektakulärer das Ereignis erscheint, je schwerwiegender es ist“, so etwa *Reuband*, „desto größer ist die Chance aufgegriffen und zum Thema der Berichterstattung zu werden.“¹² Der Wunsch der Medien nach „Erzeugung und Steuerung von Aufmerksamkeit“¹³ führt zu einer überproportional häufigen Berichterstattung über Sexual- und Gewaltdelikte,¹⁴ die bestehende Feindbilder bedient und Täter- wie Opferstereotype reproduziert. Es liegt nahe, dass Berichte über strafgerichtliche Urteile den gleichen Mustern der Dramatisierung und Emotionalisierung¹⁵ folgen: Gerichtsentscheidungen, die von der Öffentlichkeit als unverhältnismäßig milde empfunden werden, lösen Widerspruch aus; sie werden häufiger gelesen, geteilt und kommentiert – wodurch die publizierende Zeitung für Werbekunden an Attraktivität gewinnt.¹⁶

Die untersuchten Artikel bestätigen dieses Bild nur zum Teil. Alle Beiträge zu Sexualdelikten schilderten Vergewaltigungen, in denen der Täter besonders rücksichtslos und brutal vorgegangen war: der stundenlange Missbrauch einer 82-jährigen Frau durch einen HIV infizierten Täter (Beitrag 1), eine Gruppenvergewaltigung, die von den Tätern mit dem Handy aufgezeichnet wurde (Beitrag 2), eine Vergewaltigung in einem Park vor den Augen des Freundes des Opfers (Beitrag 3) und die Vergewaltigung einer jungen Frau durch einen mit Hepatitis B infizierten Täter, der versuchte sein Opfer anzustecken (Beitrag 4). In den Beiträgen 1, 3 und 4 war Gegenstand der Berichterstattung eine Vergewaltigung durch einen dem Opfer unbekanntem Täter, teilweise im öffentlichen Raum; beide Faktoren lassen das Opfer austauschbar und die Tat für den Leser als persönlich bedrohlich erscheinen. Bei dem Gewaltdelikt in Beitrag 5 handelte es sich um einen Angriff auf Polizeibeamte durch mehrere Mitglieder einer Familie. Die begangene Körperverletzung erscheint hier nicht nur als Verletzung individueller Rechtsgüter, sondern zugleich als Missachtung des Staates und seiner Institutionen. Vor dem Hintergrund der wachsenden Sorge vor einer Respektlosigkeit gegenüber der Polizei und dem Einfluss krimineller Familienclans wurde die berichtete Tat von vielen Lesern als symptomatisch für ein generelles gesellschaftliches Problem wahrgenommen. Bericht 6 hingegen generiert Aufmerksamkeit durch die Bekanntheit der Akteure (die Schlecker-Familie) und die spürbaren Folgen der Tat im Alltag der Menschen (Schließung der Schlecker-Filialen).

Dass alle Berichte Straftaten mit besonderem Empörungspotential zum Gegenstand haben, ist den Medien freilich nicht vorzuwerfen; sie bedienen die Wünsche der Nutzer, die kein wirklichkeitsgetreues, repräsentatives Abbild der Kriminalität in Deutschland nachfragen, sondern sich für besonders „skandalöse“ Fälle interessieren. Wesentlich für die Bewertung der Medienberichterstattung ist jedoch die Art der Darstellung von Tat und Urteil. Hier zeigt sich mit Blick auf die ausgewählten Beiträge ein differenziertes Bild. Inhaltliche Schwerpunkte der Beiträge lagen auf den Folgen der Tat für das Opfer (Beiträge 1, 3 und 4) sowie auf dem Nachtat- und Prozessverhalten der Angeklagten (Beiträge 2 und 5) – und damit auf Aspekten, die das Geschehene nicht erklären, sondern geeignet sind, Wut auf die Täter auszulösen. Allerdings erfolgte die Schilderung der Ereignisse in allen Beiträgen weitgehend nüchtern und sachlich. Auch die Strafmaßentscheidungen wurden von den Autoren nicht kritisch kommentiert, sondern ohne eigene Wertung wiedergegeben. Lediglich in Beitrag 2 deuteten Zwischenüberschriften („Wie Sieger im Gerichtssaal“) eine zu milde Bestrafung der Täter an. Bei den berichteten Entscheidungen handelte es sich zudem keineswegs nur um potentielle „Skandalurteile“.

¹⁰ Statt aller: *Feltes*, *Kriminalistik* 1980, 451; *Lamnek*, *MSchrKrim* 1990, 163; *Schwind*, *Kriminologie und Kriminalpolitik*, 23. Aufl. (2016), § 14 Rn. 4; *Hestermann*, in: Marks/Steffens, *Prävention rechnet sich*, S. 309; *Walter*, *AWPsozA* 1/2007, 26; *Reuband*, in: Lautmann/Klimke/Sack (Hrsg.), *Punitivität*, 8. Beiheft des *KrimJ*, 2004, 89; *ders.*, *KrimJ* 2000, 43; *ders.*, *Soziale Probleme*, 1998, 125.

¹¹ *Walter*, in: Rode/Leipert, *Das moderne Strafrecht in der Mediengesellschaft*, 2009, S. 27, 32.

¹² *Reuband*, *KrimJ* 2000, 51.

¹³ *Bonfadelli*, *Medienwirkungsforschung* I, 2004, S. 231.

¹⁴ *Feltes*, *Kriminalistik* 1980, 451 (453 ff.); *Lamnek*, *MSchrKrim* 1990, 163 (164); *Hestermann*, in: Marks/Steffens (Hrsg.), *Prävention rechnet sich*. Zur Ökonomie der Kriminalprävention, 2015, S. 309, 310.

¹⁵ *Schwind*, *Kriminologie und Kriminalpolitik*, 23. Aufl. (2016), § 14 Rn. 4.

¹⁶ Siehe auch *Hoven*, *Strafzumessung und Medienberichterstattung* (im Erscheinen).

Haftstrafen von 11 Jahren für eine Vergewaltigung (Beitrag 2), von 4 Jahren für eine gefährliche Körperverletzung (Beitrag 5) sowie von knapp drei Jahren wegen eines Insolvenzdelikts (Beitrag 6) dürften zumindest unter Juristen als vergleichsweise harte Strafen gelten. Emotionale Reaktionen der Nutzer lassen sich hier also nicht durch eine aggressive Rhetorik der Medien, eine überzogene Verallgemeinerung von Kriminalitätsphänomenen oder eine explizite Justizschelte begründen.

2. Tenor der Kritik

a) Sexual- und Gewaltdelikte

Die Urteile in den Beiträgen 1-5 wurden von den Lesern fast einmütig als unverhältnismäßig milde kritisiert.

„6 Jahre?!?! Wie kann man das hier noch ‚Rechtsstaat‘ nennen!?“¹⁷

„Das Urteil lässt fassungslos zurück!“

„3 Jahre und 10 Monate ist doch lächerlich!“

Gegenstimmen fanden sich nur vereinzelt und wurden in der Regel von Nutzern geäußert, die angaben, selbst Juristen zu sein. Wenig überraschend war das Unverständnis über das Strafmaß umso größer je niedriger die Strafe ausgefallen war. Auch bei der vergleichsweise strengen Sanktion in Beitrag 3 (11 Jahre Freiheitsstrafe) bewerteten die meisten Nutzer das Strafmaß als zu milde; der Schwerpunkt der Kritik verschob sich jedoch auf die vermeintlich unangemessen gute Behandlung von Straftätern in den Justizvollzugsanstalten.

„Was sind denn 11 Jahre...verrückt der gehört weggesperrt und das für immer!“

„Jetzt wird der auch noch gefüttert und hat nen warmen Hintern. Köpfen sollte wieder eingeführt werden. Falls es am Personal zur durchführung fehlen sollte, würde ich mich gern einbringen.“

„Der Kerl wird durch den Steuerzahler für die nächsten 11 Jahre ernährt. Ich hoffe, im widerfährt eine anständige Behandlung im Gefängnis mit der Klobürste.“

Besonders deutlich war das Missfallen der Nutzer bei den Berichten über Sexualdelikte ohne eine zuvor bestehende Täter-Opfer-Beziehung (Beiträge 1, 3 und 4). Hier nahmen viele Nutzer an, dass von einem solchen Täter eine erhebliche Wiederholungsgefahr ausgehe, und forderten daher langjährige Haftstrafen.

„Einfach nur widerlich und für mich immer wieder unbegreiflich, warum Vergewaltiger immer wieder mit solchen milden Strafen davon kommen.“

„Sperrt den Weg! Für immer! Der macht das doch Wieder!“

Die Artikel führten kaum zu einer sachlichen Auseinandersetzung mit Tat und Strafmaß, sondern lösten vor allem emotionale Reaktionen aus. Die Nutzer zeigten sich dabei in erster Linie wütend über die Milde der Urteile;

vielfach wurden Rachedgedanken geäußert.

„Lächerliches Urteil für diesen Perversen! Er sollte im dunklen Loch kein Tageslicht mehr sehen!“

„Möge dieses Etwas die richtigen Zellennachbarn im Knast bekommen!“

„Dazu noch Kastration, ist was dieses unmenschliches Verhalten verdient!“

Häufig zu beobachten waren zudem die Angst vor einer Wiederholung der Taten sowie die Sorge vor steigender Kriminalität und gesellschaftlicher Verrohung.

„Der gehört in eine geschlossene Anstalt. Will jemand ernsthaft behaupten, dass er nach Verübung der Haft (Wie lange? Werden es überhaupt 2 Jahre sein?) keine Gefahr für die Öffentlichkeit darstellt?“

„Ich bin wütend, sprachlos und traurig. Wo werden wir uns in 10-20 Jahren befinden? In welchen Verhältnissen werden wir leben, wenn schon das, was heute passiert, wie ein schlimmer Alptraum scheint zu sein.“

Verbreitet zeigte sich die Vorstellung, dass das Leben in Deutschland immer gefährlicher werde und die Strafen der Gerichte gleichzeitig milder ausfielen als „früher“.

„Verstehe ich nicht. wer in meiner Jugend Widerstand gegen die Staatsgewalt geleistet hatte ging in den Knast, ohne wenn u. aber. 3 Polizisten verletzen u. den Gerichtssaal als freier Mensch zu verlassen, ist eine Einladung an diese Klientel die nur eine Sprache kennt.“

Die Wut der Nutzer richtete sich vielfach unmittelbar gegen die beteiligten RichterInnen, die als „weltfremd“ und „lasch“ wahrgenommen wurden.

„Was geht in den Köpfen solcher Richter bitte vor? Auf welchem Planeten leben die bitte?“

„Aber meine Empathie hielt sich in Grenzen wenn diesen Skandalrichtern familiär das Gleiche passierte.“

b) Wirtschaftsdelikte

Ein anderes Bild zeigte sich bei der Berichterstattung über die Wirtschaftsstraftaten. Die Nutzer bewerteten die gegen Anton Schlecker und seine Kinder verhängten Strafen überwiegend als streng oder sogar zu streng.

„Ein sehr hartes Urteil.“

„Die Kinder in den Knast zu schicken, find ich schon ziemlich heftig.“

Die geringere Punitivität lässt sich darauf zurückzuführen, dass viele Nutzer die Begehung von Wirtschaftsdelikten generell als – etwa im Vergleich zu Gewaltdelikten – weniger schwerwiegend einstufen.

„Gemessen an Gewaltverbrechen, bei denen ein Mensch sein Leben verliert, und die dann mit Bewährung ‚gesühnt‘ werden, ist es eine hohe Strafe.“

¹⁷ Die Kommentare wurden in ihrer Schreibweise wiedergegeben und nicht korrigiert.

Eine wichtige Rolle bei der Einschätzung des Strafmaßes spielte die Tatsache, dass von dem Wirtschaftsstraftäter keine individuelle Bedrohung für den Leser ausging. Die Verhängung einer Gefängnisstrafe traf wegen der fehlenden Gefährlichkeit der Täter daher vielfach auf Unverständnis.

„Was sollen die Kinder im Gefängnis? (...) Es ist ja nicht so, dass man nachts Angst haben müsste von den Schleckers überfallen zu werden.“

Teilweise wurde die Bestrafung der Täter mit Blick auf ihre Verdienste für die deutsche Wirtschaft kritisiert. In den Augen vieler Nutzer stellt eine Strafe offenbar nicht nur eine Reaktion auf die konkrete Tat, sondern ein Gesamt-Urteil über die Person des Täters dar – und erscheint daher mit Blick auf das „Lebenswerk“ von Anton Schlecker vielen als unangemessen hart.

„Ein hartes und ungerechtes Urteil gegen einen Unternehmer, der Jahrzehnte viele Tausend Arbeitsplätze geschaffen hatte.“

„Haben Sie ein Ahnung, wie viel Steuern er (über die Firma) im Laufe seines Lebens bezahlt hat? Wieviel Arbeit und Risiko in so was steckt? Wie viele Menschen er in Lohn und Brot gebracht hat? Und nun, wo seine Firma Pleite ist, da glauben etliche noch draufschlagen zu müssen mit ‚kreuzigt ihn‘?“

In den Augen einiger Leser ist die Verurteilung dann auch Ausdruck von Sozialneid und einer mangelnden Wertschätzung für „hart arbeitende“ Unternehmer.

„Wenn Schlecker zu mehr verurteilt worden wäre, hätte das einen Tiefschlag für alle Selbständigen, Gründer und Firmen bedeutet. Warum was gründen, warum erfolgreich sein, wenn man von den Linken am Ende nicht wertgeschätzt sondern noch abqualifiziert und als Kapitalist gebrandmarkt wird? Sie wissen schon, woher auch Ihr Wohlstand kommt?“

„Und jetzt wissen Sie, warum ich dieses famose Neidland Deutschland verlassen habe.“

Nur sehr vereinzelt wird auf die teilweise erheblichen Schäden hingewiesen, die durch Insolvenzdelikte entstehen können; und die eine Gesellschaft wirtschaftlich deutlich schwerer treffen als etwa einfache Diebstahlsdelikte.

„So Geschäftsleute wie die Schleckers sind für die Gesellschaft eine viel größere Gefahr als jemand, der nachts Handtaschen raubt.“

3. Gegenstand der Kritik

Die Urteile in den Beiträgen 1-5 wurden nicht nur generell als unangemessen milde eingeschätzt; im Rahmen der Diskussionsanalyse konnten verschiedene Punkte identifiziert werden, die in besonderer Weise Unmut über die Strafmaßentscheidung der Gerichte ausgelöst haben.

a) Einschätzung der Deliktsschwere

Viele Nutzer stützten ihre Kritik an den Urteilen der Gerichte auf einen Vergleich mit anderen Taten, die – trotz geringerer Deliktsschwere – vermeintlich härter bestraft würden. Der Justiz wird vorgeworfen, Gewalt- und Sexualstraftaten milder zu bestrafen als einfache Wirtschaftsdelikte – und damit die Rechtsgüter des Einzelnen geringer zu achten als die finanziellen Interessen von Staat und Unternehmen.

„Diese Strafe ist ein Witz, hätte er eine Bank überfallen und Geld geraubt wäre es mehr.“

„Man bekommt in Deutschland schnell eine Haftstrafe wenn man sich weigert seine Rundfunkgebühren zu zahlen, oder wenn man einfach nicht kann. Meine Vermutung, dass in diesem Land etwas schon lange nicht mehr stimmt, verstärkt sich damit einmal mehr.“

„Der jüngere Sohn hat 3!! Polizisten verletzt und bekommt eine Bewährungsstrafe, da kann man ihn auch gleich Freisprechen. Auf der anderen Seite kommen Leute ins Gefängnis wenn sie aus Hunger was zu essen klauen.“

Auch die wenigen Kritiker der Gerichtsentscheidung in Beitrag 6 argumentierten mit einem Vergleich zu anderen Verfahren: die Justiz „hänge die Kleinen und lasse die Großen laufen“.

„Mal wieder ist ein ganz großer mit ganz kleiner strafe davon gekommen...“

„Es geht darum das Herr Schlecker Geld (Millionen) zur Seite geschafft (gestohlen) hat, mit dem er in der Haftung war. Für so etwas kommt man für gewöhnlich ins Gefängnis; zum Beispiel eine ältere Dame von über 80 Jahren, die ihr Leben wohl nicht so gut im Griff hatte, sitzt für mehrere Monate wegen Warendiebstahl im Wert von 75,- € ein. Ohne Bewährung!“

„So eine kleine Sünde. Die paar Millionen Euro...die paar zerstörte Leben (wie viele waren das bei Schlecker nochmal?) Aber die eine CD! Das ist der Untergang. Denn da wagt es der kleine Mann dem großen was zu klauen. Das geht gar nicht.“

Den Gerichten wurde nicht selten eine politisch „linke“ Einstellung und ein zu großes Verständnis für ausländische Straftäter vorgeworfen (s. unten 4 b)). Damit korrespondierte teilweise die Überzeugung, dass Straftaten aus dem politisch „rechten“ Spektrum ungleich härter geahndet würden.

„Und acht [Jahre] gibt es, wenn man als NPD-Sympathisant ein bekanntermaßen leerstehendes Haus anzündet!“

b) Unklarheit über Rechtsfragen

Gegenstand der Kritik war in den Beiträgen 1 und 2 auch die rechtliche Bewertung der Tat. Einige Nutzer sahen etwa die HIV-Infektion des Täters (Beitrag 1) als nicht hinreichend berücksichtigt an.

„Ich würde das als Mordversuch werten!“

Viele Kommentare offenbaren Missverständnisse über das geltende Recht; insbesondere die Abgrenzung zwischen Mord und Totschlag wird von juristischen Laien oft nicht richtig gezogen. In den Kommentaren zu Beitrag 2 äußerten Leser Unverständnis darüber, dass das Ablegen des unbedeckten Opfers „bei eisiger Kälte“ nicht als versuchte Tötung gewertet wurde.

„Gefährliche Körperverletzung? Wenn da nicht der Tatbestand des versuchten Totschlags erfüllt ist weiß ich auch nicht. Als 21-Jähriger weiß man, dass niemand lange nackt in der Kälte überlebt und um das Mädchen 'gekümmert' hätten sie sich auch nicht.“

„Warum sind beim ‚Ablegen‘ einer hilflosen Person in der Kälte keine Mordversuchs-Merkmale vorhanden?“

Die Kritik der Nutzer ist hier durchaus nachvollziehbar: Auf Basis der Medienberichterstattung („Doch Nicole hatte 1,9 Promille Alkohol im Blut, als ein Nachbar sie in dem Hinterhof fand, gerade noch rechtzeitig, sonst wäre sie erfroren.“) ist kaum zu erklären, weshalb die Tat nicht als versuchtes Tötungsdelikt angeklagt war.¹⁸

c) Kritik an Bewährungsaussetzung und vorzeitiger Haftentlassung

Viele Nutzer missbilligten die Aussetzung der Freiheitsstrafen zur Bewährung (Beiträge 2 und 5). Die Täter würden – so die Kritik – durch eine Bewährungsstrafe keine spürbare Sanktion erfahren und die Verurteilung wie einen Freispruch wahrnehmen.

„Vier Jahre Haft für den Haupttäter ist okay. Aber die anderen hätten nicht mit Bewährung davon kommen dürfen. Denn in diese Kreisen gilt das wie Freispruch.“

Bei der Bewertung der Strafaussetzung spielten Person und Lebensumstände des Täters für die Nutzer keine Rolle – sie wurden in den Artikeln auch nicht thematisiert. Dies legt den Schluss nahe, dass juristischen Laien der Sinn und Zweck von Bewährungsstrafen nicht hinlänglich bekannt ist – oder dass sie bei schweren Straftaten die Berücksichtigung einer positiven Sozialprognose grundsätzlich ablehnen.

„Bei schwerer Körperverletzung hier noch Bewährung auszusprechen, ist unverantwortlich!“

Ähnlich unzufrieden zeigten sich die Leser mit der Vollstreckung von Freiheitsstrafen. Selbst vergleichsweise hohe Strafaussprüche wurden mit Hinweis auf die Möglichkeit von Vollzugslockerungen und vorzeitiger Haftentlassung sowie der guten Haftbedingungen in Deutschland relativiert.

„Ok, die Kinder wandern für fast 3 Jahre ins Gefängnis. – Nein, tun sie nicht, in spätestens 1,5 Jahren wird der

Rest der Strafe zur Bewährung ausgesetzt und die sind wieder frei. Ähnlich wie bei Hoeneß, der anstatt 3,5 Jahren nur die Hälfte absaß.“

„Diese milden Urteile bieten keinerlei Abschreckungspotential. In Kombination mit vorzeitiger Entlassung, Freigang, Hafturlaub ist es kein Wunder, dass kaum einer mehr vor der Begehung einer schweren Straftat zurückschreckt.“

„Und außerdem bekommt er dann noch im Monat für ca 1000.- Euro HIV Medikamente, damit es ihm gut geht.“

d) Unverständnis über Strafmilderungsgründe

In den Artikeln fanden sich nur selten Informationen über die Strafzumessungserwägungen der Gerichte. Lediglich Beitrag 2 berichtete darüber, dass sich das Geständnis der Angeklagten strafmildernd ausgewirkt habe. Für viele Nutzer war ein solcher „Strafabatt“ nicht nachvollziehbar; schließlich existierten Videoaufnahmen der Tat, die die Schuld der Angeklagten zweifelsfrei belegten.

„Das ist doch billig. Etwas zu gestehen, was erwiesen ist, nur um ein mildereres Urteil zu erhalten, sollte nicht als Milderungsgrund gelten. Was für eine Schande.“

„Sie haben immerhin zugegeben, dass sie die handelnden Personen auf dem Video sind. Ironie off.“

Ebenfalls auf Unverständnis stieß die mangelnde Ausschöpfung des gesetzlichen Strafrahmens. Auch bei vergleichsweise strengen Strafen stellten Nutzer die Frage, weshalb von der Verhängung der Höchststrafe abgesehen wurde.

„Verweicht ist das Urteil nicht. Aber wenn nicht mal in diesem Fall das Strafmaß voll ausgeschöpft wird, wann denn dann?“

„Mich würden gerne die Gründe, insbesondere die, die zur Strafmildertung geführt haben sollen. Allein die Schilderung dieses menschenverachtenden Verbrechens hätte die Höchststrafe nach sich ziehen müssen.“

„Was sprach gegen die Höchststrafe von 15 Jahren und warum blieb das Gericht unter der Forderung der Staatsanwaltschaft?“

„Kuscheljustiz. Warum keine Höchststrafe? Was hat für dieses Urteil strafmildernd gewirkt? Seine Beleidigungen ggü. dem Opfer? Sein unflätiges, aggressives Verhalten während der Verhandlung? Oder seine nicht vorhandene Reue? Auch dieses Urteil nicht in meinem Namen.“

e) Kritik an mangelnder Opferorientierung

Viele Nutzer äußerten Mitgefühl mit den Opfern der Straftaten. Diese Anteilnahme schlug im Laufe der Diskussion häufig in Unverständnis und Wut über die mangelnde Berücksichtigung der Verletztenperspektive in der Strafzumessung um. Die vermeintlich geringe Strafhärte wurde

¹⁸ Dass der kritischen Einschätzung der Leser eine gewisse Berechtigung nicht abgesprochen werden kann, zeigt auch die spätere Aufhebung des Urteils durch den BGH. Der 5. Strafsenat monierte zwar nicht die fehlende Prüfung des Tötungsvorsatzes, beanstandete aber die mangelnde Auseinandersetzung mit einer Aussetzung durch Unterlassen, BGH, NSTZ 2018, 209.

als Abwertung des Opfers und als Respektlosigkeit gegenüber seinem Bedürfnis nach angemessener Ahndung der Tat gesehen.

„Dieses Urteil ist leider nochmals eine Verhöhnung des Opfers.“

„Das Urteil ist doch ein Schlag ins Gesicht des Opfers.“

Gerade im Bereich des Sexualstrafrechts sahen Nutzer die Gefahr, dass die Aussicht auf eine milde Bestrafung der Täter künftige Opfer von einer Anzeige abhalten könnte.

„Und wieder werden sich noch mehr Vergewaltigungsopfer dreimal ueberlegen, ob sie sich die Tortur mit Anzeige und Gerichtsverfahren antuen sollen.“

Erneut richtete sich die – teilweise sehr emotionale – Kritik gegen die beteiligten RichterInnen, denen fehlende Empathie unterstellt wurde.

„3 Jahre und 10 Monate ist doch lächerlich. Die Frau muss ihr ganzes Leben damit klarkommen. Offensichtlich haben diese Richter weder Mütter, Schwestern noch Töchter!“

Der deutschen Strafjustiz wurde attestiert, den Schutz des Täters über die Belange des Verletzten zu stellen. Das Opfer, so der häufig erhobene Vorwurf, werde in einem ausschließlich täterzentrierten Strafverfahren an den Rand gedrängt.

„Es ist aber ideologisch viel interessanter, den Täterschutz auszuüben. (...) Mit den [Opfern] weiß das Establishment überhaupt nichts anzufangen. [Sie] werden zu Zeugen ohne eigenes Entschädigungsinteresse kastriert und wenn sie Rache haben wollen, dann erklären die am erlittenen Leid professionell unbeteiligten Richter (neutral: der Täter hat Rechte!) dieses natürlichste und gerechteste Begehren für moralisch verwerflich.“

f) Kritik an Resozialisierungs- und Erziehungsbestrebungen

Mit dieser Kritik einher gehen Bedenken gegenüber der Betonung von Resozialisierungs- und Erziehungsbemühungen auf Kosten einer schuldangemessenen Bestrafung. Die milden Urteile der Gerichte würden weder auf den verurteilten Täter noch auf andere Kriminelle abschreckend wirken – und damit die Sicherheit in Deutschland gefährden.

„Ein Krimineller versteht nur eins. Es passiert mir nichts.“

„Die Kammer wuerde zweifellos einen grossen Fehler machen, die verheerende Signalwirkung ihrer Urteile zu bedenken.“

Großes Befremden löste bei vielen Nutzern die erzieherische Funktion des Jugendstrafrechts aus. Angesichts der

schwerwiegenden Tat in Beitrag 2 und dem respektlosen Verhalten der Angeklagten vor Gericht bezweifelten Leser die Möglichkeit einer Besserung der Täter durch Strafe.

„Wenn in der Erziehung dieser jugendlich sadistischen (!) Gewalttäter schon so viel falsch gelaufen ist, dann sollte die Justiz sich nicht anmaßen, noch etwas außerhalb einer angemessen harten Strafe therapieren zu wollen!“

Die Verhängung von Bewährungsstrafen wurde von vielen Kommentatoren auch unter pädagogischen Gesichtspunkten als Fehler bewertet: nur eine konsequente und im Strafmaß spürbare Ahndung der Tat habe auf die Jugendlichen einen erzieherischen Effekt.

„Ich bin sogar der (rein privaten, laienhaften) Ansicht, dass solche Jugendliche bestraft werden müssen, weil sie sonst nur lernen ‚weitermachen, war nur halb so schlimm‘. Da können Richter reden, was sie wollen - es zählt nur, welche Konsequenz erfolgt. So funktioniert m.E. Lernen bei Mensch + Tier. Besonders in der Jugend. Deshalb wäre es m.E. eine pädagogische Maßnahme, eine sinnvolle (d.h. auch spürbare und ernst zu nehmende) Strafe auf solch üble Taten incl. Uneinsichtigkeit folgen zu lassen. Das kann dem Täter zumindest eindrücklich zeigen, dass die Gesellschaft sein Verhalten nicht toleriert und es keinen Grund zum Jubeln und Feixen gibt.“

Gegen die teilweise heftige Kritik am Jugendstrafrecht („Vielleicht sollte man das Jugendstrafrecht einfach abschaffen!“) wurde vereinzelt auch Widerspruch erhoben.

„Das Jugendstrafrecht ist nun mal in erster Linie auf Erziehung angelegt und eine entsprechende Maßnahme (Therapie) ist bei den drei jüngeren Tätern ja offenbar auch ergriffen worden. Wenn man die nun auch in den Knast gesteckt hätte (so à la USA), glauben Sie wirklich, die würden da als bessere Menschen wieder rauskommen?“

4. Anschlussdiskussionen

In allen Beiträgen bot das Gerichtsurteil den Nutzern Anlass für weitergehende Diskussionen zu grundsätzlichen politischen und gesellschaftlichen Fragen. Im Zentrum der Beiträge 1-5¹⁹ standen Zweifel an Effektivität und Rechtsstaatlichkeit der deutschen Justiz sowie die Folgen der „Flüchtlingspolitik“. Zudem vermuteten Nutzer angesichts der als unangemessen milde wahrgenommenen Urteile einen gesetzlichen Handlungsbedarf und formulierten Forderungen nach einer Verschärfung des Strafgesetzbuchs.

a) Kritik am deutschen Justizsystem

Die Kritik der Leser traf nicht nur die am jeweiligen Verfahren beteiligten RichterInnen, sondern auch das deut-

¹⁹ In Beitrag 6 diskutierten die Nutzer freilich über andere Fragen; hier standen Kapitalismus und Verantwortung von Arbeitgebern im Fokus.

sche Justizsystem als solches. Die Mehrheit der Kommentatoren zeigte sich enttäuscht von der deutschen Justiz und bezweifelte, dass Gerichte angemessen auf Straftaten reagieren.

„Unsere Richter ticken einfach nicht richtig.“
 „Ich dachte, die Aufgabe der Gerichte sei es, gerechte Urteile zu sprechen. Mit Gerechtigkeit hat dieses Urteil nichts mehr zu tun, gar nichts.“
 „6 Jahre für das Zerstören eines Lebens. Und das wirklich Traurige daran: Man muss schon froh sein, dass er überhaupt verurteilt worden ist.“

Bezeichnenderweise fanden sich zu jedem der 6 Beiträge Kommentare, die die deutsche Strafgerichtsbarkeit als „Kuscheljustiz“ kritisieren.

„6 Jahre Haft, bei guter führung nach 3 Jahren frei...Diese kuscheljustiz in Deutschland ist einfach nur noch lächerlich...“
 „Die deutsche Kuscheljustiz war wieder am Werk.“

Dahinter stand überwiegend die Sorge, deutsche Gerichte würden – insbesondere von ausländischen Tätern – nicht ernst genommen, mit der Folge einer zunehmenden Erosion gesellschaftlicher Werte und wachsender Kriminalität.

„Unsere Kuschelrichter fördern mit solchen Urteilen, diese Klientel lacht doch darüber, dass sich nichts ändert. Die Rechtssprechung macht sich wirklich lächerlich.“
 „Die deutsche Justiz ist ein Witz und deshalb wird sie auch nicht ernst genommen von den Straftätern.“
 „Vorsätzliche Körperverletzung“ und wieder Bewährungsstrafe! Wann hören unsere (mit der Gewaltkultur unserer goldenen "Gäste" völlig überforderten) Richter auf, Bewährungsstrafen zu verhängen. (...) Der Dürener Migrant-Clan lacht sich doch ins Fäustchen u der Verurteilte wird als Held gefeiert. Das ist deren Kultur!“

Einige Nutzer gingen so weit, in der vermeintlich milden Sanktionspraxis der Gerichte eine Gefahr für den Rechtsstaat und den gesellschaftlichen Frieden zu sehen.

„Der Rechtsstaat wird von den Richtern demontiert.“
 „Der Täterschutz entspricht dem Gutmenschentum der Linken und Grünen. Nein, Milde ist bei Gewalttaten nicht angebracht denn es fördert die Anarchie! Was nützen Gesetze wenn sie nicht angewandt werden oder nach Gutdünken ausgelegt werden können! Eine klare und eindeutige Gesetzgebung sieht anders aus!“

Der Justiz wurde attestiert, den „gesunden Menschenverstand“ auszublenden und sich auf diese Weise von den Überzeugungen und Erwartungen der Menschen zu entfernen.

„Justiz und gesunder Menschenverstand gehen manchmal getrennte Wege. Ob die Erziehungsversuche bei den Tätern Früchte tragen, wage ich zu bezweifeln.“
 „Die Urteile wurden nicht im Namen des Volkes gesprochen. Das hätte anders geurteilt.“

Als Vorbild wurde regelmäßig das Strafrechtssystem der USA bemüht, das vielen Nutzern als effizienter und gerechter erschien.

„In den USA wäre der Typ wohl länger eingefahren. Manchmal schade, dass es hier nicht solche Gesetze gibt.“
 „Wir brauchen eine Justiz wie in Amerika. Da hätte er lebenslänglich bekommen.“
 „In den USA hätte er 60 Jahre bekommen.“

Angesichts des gefühlten Versagens der deutschen Gerichte wurde in Kommentaren zu den Beiträgen zu Sexualdelikten (Beiträge 1-4) die Legitimität von Selbstjustiz erörtert.

„6 Jahre?!?! Wie kann man das hier noch ‚Rechtsstaat‘ nennen!?! Dieser abartige Perversling hat einer Frau die letzten Jahre ihres Lebens geraubt! Es ist offensichtlich das unser "feiner" Staat wohl möchte, dass die Selbstjustiz einzug erhält. Langsam wäre ich dafür!“
 „Nach solch einem Urteil kann ich nachvollziehen, wenn das geschändete Mädchen die Täter über den Haufen schießen würde.“
 „Bei solchen Fällen verlasse ich auch selbst immer für ein paar Schritte den Pfad der Zivilisation und fange an an Selbstjustiz zu denken.“

b) Kritik an Ausländerkriminalität und Flüchtlingspolitik

In den Beiträgen 1-5 waren die Täter ausländischer Herkunft oder hatten einen Migrationshintergrund. Ausdrücklich wurde die Herkunft des Täters allerdings nur in Beitrag 3 erwähnt („Der 31 Jahre alte Asylbewerber aus Ghana.“). In Beitrag 4 legten die Umstände der berichteten Vorstrafe des Angeklagten – er hatte „aus Freude“ über die Terroranschläge in Brüssel im März 2016 mit einer Schreckschusspistole in die Luft geschossen – einen nicht-deutschen Hintergrund nahe. Beitrag 5 enthielt keine expliziten Informationen über die Nationalität der Täter, zeigt jedoch ein Foto, das – obwohl lediglich Statur und Haarfarbe zu erkennen waren – auf einen Migrationshintergrund schließen lassen konnte. Obwohl die Herkunft des Täters also nicht Gegenstand der Berichterstattung in den Beiträgen 1, 2, 4 und 5 war, stand dieser Aspekt in allen Kommentarbereichen im Zentrum der Diskussion. Die Nutzer kritisierten die fehlende Information über die Nationalität des Angeklagten als bewusstes Verschweigen von Wahrheiten aus politischen Gründen.

„Systempresse. Es war ein importierter illegaler Krimineller Ausländer der Regierung.“
 „Danke [an einen anderen Nutzer, Anm. v. Verf.] für den Hinweis auf die Nationalität des Täters, eine wichtige Information, die der Artikel nur vage auf dem Umweg über die mutmaßliche Religionszugehörigkeit andeutet. Wo beginnt eigentlich ‚Fake News‘ – gehört nicht auch zumindest in die Nähe davon, wenn in einer Demokratie für die öffentliche Meinungsbildung wesentliche Fakten verschwiegen werden?“

Die Taten wurden als Beleg für das generelle Problem einer wachsenden Ausländerkriminalität gesehen. Die Leser beunruhigte weniger die konkrete Straftat als vielmehr der Eindruck, dass es sich bei der Normverletzung durch Ausländer oder Migranten um ein verbreitetes und vor der Öffentlichkeit verheimlichtes Phänomen handele.

„Es hilft nicht, die Augen vor der Wirklichkeit zu verschließen. Ich selbst war jahrelang Jugendschöffe. Alle Angeklagten hatten Migrationshintergrund.“

„Ist das ein Wunder dass kriminelle Ausländer den deutschen Staat für dumm halten? Wer in den letzten Jahren verfolgt hat, wie Straftaten von Ausländern unter den Tisch gekehrt werden (wie etwa Brandstiftung in Asylantenheimen durch die Insassen), wie die Ausländerkriminalität kleingeredet wird, wie kriminelle Asylanten wie dieser Amri im Land geduldet und auf Kosten des Steuerzahlers auch noch alimentiert werden anstatt sie abzuschicken, der muss zwangsläufig zu dieser Schlussfolgerung kommen.“

In den Augen vieler Nutzer sind Straftaten durch Täter mit Migrationshintergrund zugleich Ausdruck einer gescheiterten Integrationspolitik.

„Wieder mal ein großartiges Beispiel dafür, wie hervorragend die Integration in diesem Land seit jeher gelingt.“

Justiz und Politik wird vorgeworfen, die Akzeptanz gemeinschaftlicher Werte nicht einzufordern und damit die Entstehung von Parallelgesellschaften zu begünstigen.

„Realitäten werden in diesem Land gerne durch Träumereien ersetzt, wie z. Bsp: Die Integration ist vorzüglich! Hier finden Gebietsverteidungskämpfe und Kampf gegen den Rechtsstaat u. Sicherheitskräfte von Familien Clans statt und die Politik bekommt es nicht mit, oder besser geschrieben, wollen es nicht mitbekommen!“

„Natürlich sind die Polizisten schuld. Was haben sie auch in deren Straße zu suchen. Damit haben sie den Zwischenfall doch provoziert. Da viele unserer türkischen Mitbürger sich nicht an die deutschen Gesetze gebunden fühlen, hat die Polizei das zu respektieren. Noch nicht kapiert, wer jetzt hier das Sagen hat? Ironie off.“

Das milde Vorgehen deutscher Gerichte und die auf gesellschaftliche Wiedereingliederung angelegte Strafpraxis versage bei ausländischen Tätern, die sich bereits nicht als Teil der deutschen Gemeinschaft sehen würden.

„Die strafen reichen aus um "westeuropäisch sozialisierte" menschen überwiegend von solchen taten abzuhalten. für anders sozialisierte menschen sind die strafen lächerlich. auch dank des humanen strafvollzug in westeuropa.“

„Da gibt es ganze Gesellschaftsgruppen, die die Autorität von Lehrern, Polizisten und Richtern nicht mehr anerkennen, sondern sie verachten und verhöhnen. Da kommen wir mit unseren beschützenden und partnerschaftlichen Methoden nicht mehr weiter. Der Staat wird hier als

Institution offen und demonstrativ abgelehnt, eine Parallelgesellschaft entsteht, mit eigenen Gesetzen und wahrscheinlich eigener Ökonomie. Das höhlt unsere Demokratie aus, rechtschaffene Bürger wenden sich selbst angewidert vom Staat ab und gehen nicht mehr zur Wahl.“

In allen Beiträgen, in denen die Täter nicht-deutscher Herkunft waren, wurde die sofortige Abschiebung gefordert und zugleich grundsätzliche Kritik an der „ineffektiven und inkonsequenten“ Rückführungspraxis geübt.

„Warum schickt man nicht jeden straffällig gewordenen zurück in ihr Heimatland oder das ihrer Eltern/Großeltern? Für immer.“

„drei kurze Fragen, 1. Hätte dieser Ausländer nach Deutschland einreisen dürfen? 2. Hätte sich dieser Ausländer in Deutschland aufhalten dürfen? 3. Wer trägt die Verantwortung dafür, wenn man beide zuvor gestellten Fragen mit einem klaren Nein beantwortet?“

„Es sind Serben, d.h. kein EU Bürger und zu Hause nicht verfolgt. Bitte diese Elemente also diese Familie verabschieden!“

Mit Blick auf deutsche Täter mit Migrationshintergrund warfen Nutzer den Behörden vor, die deutsche Staatsangehörigkeit zu leichtfertig auch an Personen zu vergeben, die keinen Integrationswillen zeigen würden.

„Lächerlich, dieses Urteil... Diese Menschen zeigen doch, dass sie sich hier nicht integrieren wollen. Da gibt es nur eins Abschiebung. Aber vermutlich hat man diesen Integrationsverweigerern schon vor Jahren einen deutschen Pass gegeben, so dass man sie gar nicht mehr abschieben kann. Dann sollten wenigstens längere Haftstrafen verhängt werden und nicht für zwei der Täter nur Bewährungsstrafen. Sarazin hatte Recht: Deutschland schafft sich ab.“

„Diese Neubürger sollten wieder in ihre Herkunftsländer einwandern müssen. Und wenn sie bereits die deutsche Staatsangehörigkeit haben, hat unser Staat mal wieder einen schweren Fehler gemacht. Man verteilt unsere Staatsangehörigkeit viel zu schnell. Man sollte sich mal in Kanada schlau machen. Dort geht es nicht so einfach wie hier im naiven und dummlichen Deutschland.“

Unabhängig davon, ob es sich bei dem Täter tatsächlich um einen Geflüchteten handelte, wurden die Berichte zum Anlass für eine – emotionale und wütende – Auseinandersetzung mit der deutschen Flüchtlingspolitik genommen.

„Hätte der Staat im Zuge der Asylkrise nicht teilweise die Kontrolle verloren, gäbe es auch dieses Opfer nicht. Der Rechtsstaat und insbesondere unsere Regierung hat versagt und viele Bürger sind die Leidtragenden, dass uns dieser Wahnninn auch heute noch als humanitäre Notwendigkeit vermarktet wird, ist eine Frechheit.“

Nutzer zitierten Aussagen von Politikern, die durch den Kontext kriminellen Verhaltens als realitätsfernes „Gutmenschenentum“ entlarvt werden sollten.

„Wir bekommen Menschen geschenkt.“

„Wir brauchen solche Neubürger.“
 „Was eine Kreatur So schön bunt alles.“

Mitgliedern der Regierungsparteien wurde eine Mitschuld an den Taten gegeben, die nach Meinung einiger Nutzer erst durch die Aufnahme von MigrantInnen ermöglicht wurden.

„Hier haben Politiker der Altparteien im Geiste mitvergewaltigt. Widerlich“

„Ist halt Politik der Grünen. Früher Öko-Partei jetzt die besten Freunde die besten Freunde von Vergewaltigern und Kinderschändern.“

„Warum bekommt eigentlich Frau Merkel keine 11 Jahre ? Sie ja doch veranlasst, dass solche Typen nach Deutschland kommen.“

„Diejenigen die den Flüchtlingsirrsinn verursacht haben, gehören mit in den Knast.“

An vielen Stellen der Diskussion zeigt sich ein tiefes Misstrauen der Nutzer gegenüber den politischen Parteien, denen eine Gefährdung der inneren Sicherheit und ein Desinteresse an den Bedürfnissen der Bevölkerung attestiert wird.

„Gar nichts gedenkt die Politik zu tun. Die hohen Politiker haben Personenschutz und das Volk ist ihnen vollkommen egal.“

Die Kritik an der deutschen Flüchtlingspolitik wurde verschiedentlich mit der Forderung verbunden, den etablierten Parteien bei den kommenden Wahlen einen „Denkzettel“ zu verpassen.

„Die Hauptverantwortung dafür aber tragen sogenannte Alt 68er in Politik und Justiz. Es bleibt zu hoffen, das der höchste Souverän im Lande, der Wähler, diese Fehlentwicklungen an der Wahlurne korrigiert.“

„Ein vorbestrafter Pakistani, der sich immer noch in Deutschland aufhalten darf. Warum?“ – Antwort: „Warum? Na weil Du wahrscheinlich die Wahlen geschwätzt hast, oder Deine Stimme für die Einheits- Partei CSU-CDU-SPD-FDP-DieGrünen abgegeben hast. Mach es im Jahre 2017 besser und animiere Deine Bekannte es demnächst anders zu machen – wählen gehen und dieser Regierung eine rote Karte zeigen.“

c) Forderungen an den Gesetzgeber

Einigen Nutzern stellte sich die Frage, ob die vermeintlich milden Urteile auch durch eine unzureichende Strafgesetzgebung bedingt waren.

„Die Frage, ist es die Schuld der Justiz oder des Gesetzgebers, dass die Strafen für derartig perverse Taten so

vergleichsweise mild ausfallen?“

„Ob die Richterin nicht härter urteilen konnte weil es die Rechtslage nicht hergibt oder ob es mal wieder ein weichgespültes Urteil ist kann ich nicht beurteilen, aber ich halte das Ergebnis für einen Skandal!“

Um künftig härtere Sanktionen für Sexualdelikte verhängen zu können, wurde – trotz der erst 2016 erfolgten Reform – eine Verschärfung des Sexualstrafrechts gefordert.

„Das Strafmaß zeigt das unser Strafgesetzbuch was sexualstraftaten anbelangt dringend überarbeitet werden muss.“

Wichtiger als die Gestaltung der Tatbestände erschien vielen Nutzern eine Korrektur des gesetzlichen Strafrahmens, der den RichterInnen zu viel Spielraum für geringe Sanktionen gewähren würde.

„Allerdings kommt man um die Beobachtung nicht herum, dass auch nach dem neuen Strafrecht die Strafen für diese Widerlinge nicht anders ausgefallen wären. Warum wurde mit viel Aufwand und Energie ein Passus geändert und Details im Sinne der rechtlichen Feststellung von Konsent poliert, anstatt mal an solchen Baustellen nachzubessern?“

Eine zweite Kritik an der geltenden Gesetzeslage betraf die Strafbarkeit von Angriffen gegen Polizeibeamte. Hier äußerten Nutzer teilweise konkrete Forderungen nach einem Mindeststrafmaß und einem Ausschluss der Strafaussetzung zur Bewährung.

„Wer einen Polizisten tötlich angreift, sollte eine Mindeststrafe von 1 Jahr ohne Bewährung bekommen.“

„Tätliche Angriffe auf Polizisten gehören grundsätzlich als Landfriedensbruch und bei mehreren Tätern als gemeinschaftliche Tat mit Mindeststrafe ohne Bewährung bestraft! Das Strafrecht muss dringend dahingehend geändert werden!“

IV. Diskussion

1. Folgen einer mangelnden Akzeptanz von Strafurteilen

„Die Strafen mögen einem Teil der Öffentlichkeit milde erscheinen. Daran aber hat sich die Kammer nicht zu orientieren.“ – mit diesen Worten zitiert Beitrag 2 den vorsitzenden Richter in der Urteilsbegründung. Wer jedoch die öffentliche Wahrnehmung von Strafurteilen ausblendet, verkennt ihre Bedeutung für den politischen und sozialen Diskurs. Taten und Urteile sind nicht nur selbst Gegenstand von Kritik, sondern werden als Symptome für generelle gesellschaftliche Fehlentwicklungen gedeutet.²⁰ Damit gewinnt ein vermeintlich zu mildes Urteil an

²⁰ Im Lichte der vorliegenden Erkenntnisse erscheint es nicht überzeugend, dass die „Bevölkerung – bis zur Evidenz des Gegenteils – davon ausgehen wird, dass auch eine als tendenziell zu niedrig wahrgenommene Strafe nicht durch abweichende Wertungen, sondern durch die größere Urteilskompetenz und Sachnähe der Urteilenden bedingt ist“, *Streng*, StV 2018, 593 (598). Zumindest in weiten Teilen der Bevölkerung scheint die Justiz einen solchen Vertrauensvorsprung nicht mehr zu genießen.

Sprengkraft: Es schürt Misstrauen in die Funktionsfähigkeit der Justiz und die Bereitschaft des Staates, seine Bürger effektiv vor Kriminalität zu schützen. Ein geringes Strafmaß und Strafaussetzungen zur Bewährung gelten vielen als Zeichen eines schwachen und naiven Staates,²¹ der die Bedrohung durch – überwiegend ausländische – Kriminelle nicht erkennt oder bewusst ignoriert.²² Bemühungen um eine Resozialisierung von Straftätern werden als realitätsblind kritisiert; in der fehlenden Abschreckungswirkung milder Sanktionen wird eine Einladung zur Begehung weiterer Straftaten gesehen. Gerichte erscheinen nicht in der Lage, Normverletzungen adäquat zu sanktionieren und ermöglichen damit die Entstehung von Parallelgesellschaften, in denen das deutsche Wertesystem nicht mehr akzeptiert wird. Die Sorge vor derartigen Entwicklungen verstärkt bestehende Kriminalitätsängste und lässt den Ruf nach immer weiteren Verschärfungen des Strafrechts laut werden.

Da Gewalt- und Sexualdelikte fast ausnahmslos als Ausländerkriminalität wahrgenommen werden, verhärtet die Wut über die „deutsche Kuscheljustiz“ auch die Fronten in der allgegenwärtigen Diskussion über die Flüchtlingspolitik. Straftaten von Nichtdeutschen dienen als Beleg für das Scheitern von Integration und bestätigen Vorbehalte gegen die Aufnahme von MigrantInnen. Ihre milde Bestrafung erscheint als Ausdruck eines verbreiteten „Gutmenschentums“, das aus Ideologie oder politischer Korrektheit die von Nichtdeutschen ausgehenden Gefahren relativiert.

Kriminalitätsfurcht und Misstrauen gegen die deutsche Justiz sind für das gesellschaftliche Klima in hohem Maße schädlich. Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass die formulierten Sorgen in weiten Teilen objektiv unbegründet sind. Nicht nur ist die Kriminalität in Deutschland rückläufig; auch das deutsche Justizsystem kann mit Blick auf die Wahrung rechtsstaatlicher Verfahrensvorgaben und die Unbestechlichkeit seiner Akteure im internationalen Vergleich als vorbildlich angesehen werden. Straftaten berühren jedoch grundlegende – und teils irrationale – Ängste der Menschen und vermeintlich milde Urteile wirken auf die Bevölkerung stärker als es die beteiligten RichterInnen vielleicht vermuten. Für den gesellschaftlichen Zusammenhalt sowie das Vertrauen der Menschen in Staat und Politik ist es daher von erheblicher Bedeutung, einer mangelnden Akzeptanz strafgerichtlicher Urteile entgegenzuwirken.

Die Wahrnehmung gerichtlich verhängter Strafen als angemessene Reaktion auf begangenes Unrecht ist jedoch nicht nur gesellschaftspolitisch notwendig, sondern auch eine wesentliche Voraussetzung für die Verwirklichung des mit Strafe verfolgten Zwecks der positiven Generalprävention.²³ Strafen sollen nicht nur auf den Täter wirken, sondern auch der normtreuen Bevölkerung die fortgeltende Verbindlichkeit der verletzen Norm bestätigen.²⁴ Ein Strafurteil ist also stets auch ein kommunikativer Akt gegenüber der Öffentlichkeit, das dem Rechtsbruch widerspricht und damit den gesellschaftlichen Konsens über die Einhaltung der vereinbarten Verhaltensregeln stabilisiert.²⁵ Auch wenn im Einzelfall kaum messbar ist,²⁶ darf sich staatliches Strafen von den Gerechtigkeitsvorstellungen der Bevölkerung nicht grundlegend entfernen.

2. Erklärungsansätze

Die beobachtete Kritik an den Urteilen der Strafgerichte lässt sich auf zwei Weisen erklären: (1) Es besteht tatsächlich eine Diskrepanz in der Strafschwereeinschätzung durch RichterInnen und Laien oder (2) Das Unverständnis über die Sanktionsentscheidung der Gerichte ist Folge eines defizitären Kommunikationsprozesses. Eine Annäherung an diese Fragen können Studien ermöglichen, die das Strafzumessungsverhalten von RichterInnen und Laien auf Basis gleicher Sachverhaltsinformationen untersuchen. Erste Erkenntnisse einer von der Verfasserin durchgeführten Befragung weisen darauf hin, dass Laien gerade im Bereich von Sexual- und Gewaltdelikten tatsächlich – deutlich – strengere Strafen befürworten als RichterInnen.²⁷

a) Diskrepanzen in der Strafschwereeinschätzung

Eine unterschiedliche Bewertung angemessenen Strafens durch RichterInnen und Laien kann drei Ursachen haben: Die Strafvorstellungen der Bevölkerung sind zu hoch, die Urteile der Gerichte zu milde oder die Strafschwereeinschätzung der Gruppen beruht auf verschiedenen Prämissen.

aa) Unterschiedliche Wertungen

Möglicherweise legen RichterInnen und Laien ihrer Strafzumessungsentscheidung unterschiedliche Wertungen zugrunde.²⁸ So hat die Analyse der Kommentarspalten ge-

²¹ So bereits *Walter*, AWPsoZA 1/2007, 26 (31).

²² A.a.O., S. 30.

²³ Statt aller: *Jakobs*, ZStW 107 (1995), 843; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil, 5. Aufl. (1995), § 8 II 3 a; *Kalous*, Positive Generalprävention durch Vergeltung, 2000, S. 249 ff.; *Hassemer/Neumann*, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), Vor § 1 Rn. 288; im Kontext der Strafzumessung siehe jüngst: *Streng*, StV 2018, 593.

²⁴ Statt aller: *Hörnle*, Strafrecht, 2011, S. 25 f.

²⁵ *Jakobs*, Norm, Person, Gesellschaft, 2008, S. 111; *Frisch*, in: Schünemann/von Hirsch/Jareborg (Hrsg.), Positive Generalprävention, 1998, S. 139 ff.

²⁶ Dies ist auch nicht erforderlich, wenn man etwa mit *Jakobs* den kommunikativen Selbstzweck der Strafe in den Vordergrund stellt und auf eine empirische Bestätigung des Normvertrauens verzichtet, *Jakobs*, Norm, Person, Gesellschaft, 2008, S. 61; *Neumann*, in: FS *Jakobs*, 2007, S. 435 (444).

²⁷ Im Rahmen der von der Verfasserin gemeinsam mit *Prof. Thomas Weigend* durchgeführten Studie wurden RichterInnen und Laien (im Zuge einer repräsentativen Bevölkerungsbefragung) verschiedene Fallvignetten vorgelegt und die Befragten um eine Sanktionsentscheidung gebeten. Die Daten werden derzeit ausgewertet.

²⁸ Zu der Frage, welche Faktoren RichterInnen und Laien in ihrer Strafzumessungsentscheidung berücksichtigen und wie sie die jeweiligen Aspekte gewichten, besteht Forschungsbedarf. Die von der Verfasserin durchgeführte Studie zum Strafzumessungsverhalten von RichterInnen und Laien wird hier erste Erkenntnisse liefern.

zeigt, dass die Kritik der Nutzer an zu milden Strafen häufig mit der Vernachlässigung der Opferperspektive begründet wurde. Eine Hypothese könnte daher lauten, dass Laien die Folgen der Tat für das Opfer in ihrer Strafzumessungsentscheidung stärker gewichten als RichterInnen, die den Täter im Zentrum des Strafverfahrens sehen. Ebenfalls unterschiedlich scheinen RichterInnen und Laien die Bedeutung eines Geständnisses zu bewerten. In der gerichtlichen Praxis stellt die geständige Einlassung des Täters einen zentralen Strafzumessungsfaktor dar.²⁹ Ein Geständnis wird auch dann strafmildernd berücksichtigt, wenn es nicht „in erster Linie aus Schuldeinsicht und Reue, sondern aus verfahrenstaktischen Gründen im Rahmen der Verständigung“³⁰ abgegeben wird. Selbst wenn ein Geständnis bei Vorliegen „erdrückender Beweise“ erfolgt, ist dem Gericht eine strafmildernde Würdigung nicht verwehrt.³¹ Viele Laien lehnen hingegen eine Strafmilderung für ein rein taktisches Geständnis ab. Damit liegen sie nicht „falsch“, sondern treffen eine nachvollziehbare Wertung, die auch im Schrifttum geteilt wird.³² In der Tat birgt die geltende Rechtsprechung die Gefahr, ein Geständnis allein aus arbeitsökonomischen Gründen zu belohnen und dabei die Grenzen schuldangemessenen Strafs zu unterschreiten.³³ Ein weiteres Risiko besteht darin, dass die Strafmilderung zum Automatismus wird und RichterInnen selbst ein „schlichtes Geständnis“ am Ende einer eindeutigen Beweisaufnahme zu Gunsten des Angeklagten in Ansatz bringen. Ein solches Vorgehen wäre mit dem Ziel einer schuldangemessenen Strafe nicht mehr vereinbar; schließlich ist die Einlassung des Täters in diesem Fall weder ein Zeichen moralischer Besserung (die dann nicht mehr durch Strafe erreicht werden muss) noch kann in einem formelhaften Bekenntnis zur Tat eine ausreichende Kommunikationsleistung zur Anerkennung der verletzten Norm gesehen werden. Die öffentliche Kritik könnte hier also nicht nur legitim sein, sondern auf eine notwendige Korrektur der gerichtlichen Praxis hinweisen.

bb) Fehlende Entscheidungsmaßstäbe

Auf den ersten Blick liegt die Annahme nahe, dass RichterInnen gegenüber der Bevölkerung über eine „größere Urteilskompetenz“ verfügen und folglich eher in der Lage sind, „richtige“ Strafmaßentscheidungen zu treffen. Dabei wird jedoch stillschweigend vorausgesetzt, dass es für jeden Fall ein „richtiges“ Strafmaß gibt, dem sich die Beteiligten annähern können. Dass diese Voraussetzung nicht zutrifft, zeigt aber bereits die Tatsache, dass ausländische Rechtsordnungen andere Strafrahmen vorgeben als das

deutsche Recht. Ob etwa ein Wohnungseinbruchsdiebstahl mit einem, drei oder fünf Jahren bestraft werden soll, lässt sich nicht theoretisch bestimmen, sondern ist das Ergebnis einer durch gesellschaftliche Rechtsvorstellungen geprägten Wertentscheidung.

Im Übrigen gibt das deutsche Strafrecht – abgesehen von den seltenen Fällen „absoluter“ Strafdrohungen wie in § 211 StGB – nur wenige verbindliche Maßstäbe für eine „richtige“ Strafzumessungsentscheidung vor. Die gesetzlichen Strafrahmen sind bei den meisten Tatbeständen sehr weit – so liegt die Mindeststrafe für Erpressung (§ 253 StGB) bei fünf Tagessätzen Geldstrafe, die Höchststrafe nach § 253 Abs. 4 StGB bei 15 Jahren Freiheitsstrafe. Auch die allgemeinen Regelungen in §§ 46-47 StGB enthalten nur vage Kriterien, deren Gewichtung und Verhältnis zueinander offen bleibt.³⁴ Damit wird die Frage nach der angemessenen Strafe dem jeweils entscheidenden Richter überlassen, ohne dass sich dieser auf klare gesetzliche Vorgaben stützen könnte. Dies hat zur Folge, dass Strafmaßentscheidungen unterschiedlicher RichterInnen, wie verschiedene empirische Studien gezeigt haben, nicht homogen sind, sondern ganz erhebliche Diskrepanzen aufweisen.³⁵ Jüngst hat *Streng* die Erkenntnisse eines Experiments veröffentlicht, in dem RichterInnen in unterschiedlich zusammengesetzten Gruppen ein Strafmaß festlegen sollten. Die von den sieben „Gerichten“ für denselben Fall einer räuberischen Erpressung erarbeiteten Strafen reichten von 3 Jahren und 3 Monaten bis zu 8 Jahren Freiheitsstrafe.³⁶ Und auch der gleiche Richter verhängt für eine Straftat nicht immer dieselbe Sanktion: Studien, die den ProbandInnen in zeitlichen Abständen einen identischen Sachverhalt zur Bewertung präsentiert haben, belegen deutlich abweichende Strafmaßentscheidungen.³⁷ Angesichts dieser Befunde wird man der Kritik an einzelnen Urteilen schwerlich entgegenhalten können, dass die Strafzumessung durch das Gericht objektiv „richtig“ war und Einwände gegen sie daher unberechtigt sind.

b) Kommunikationsdefizite

Ein weiterer Grund für das Unverständnis der Nutzer ist in einer defizitären Kommunikation der richterlichen Sanktionserwägungen zu sehen. Diese liegen zum Teil in der Natur der Sache: Die Öffentlichkeit erfährt in der Regel nur von den groben Abläufen des Tatgeschehens. Der Richter hingegen beschäftigt sich intensiv mit der Person des Täters; er sieht nicht nur den Normverstoß, sondern

²⁹ Schäfer/Sander/van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 2017, Rn. 679.

³⁰ BGH, NJW 1998, 86 (89).

³¹ BGH, NJW 1998, 86 (89), ebenso Schäfer, Verhandlungen des 58. DJT Bd. II, L 58 f.; Widmaier, Verhandlungen des 58. DJT Bd. II, L 40; Deter, NSTZ 1990, 221.

³² Rieß, in: FS Richter II, 2006, S. 433 (443); Dencker, ZStW 102 (1990), 51 (56); Höngig, Die strafmildernde Wirkung des Geständnisses im Lichte der Strafzwecke, 2004, S. 89; Frisch, ZStW 99 (1987), 751 (780).

³³ Siehe auch Streng, in: FS Schwind, 2006, S. 447 (465).

³⁴ Kritisch u.a. Kaspar, Gutachten zum 72. DJT Leipzig 2018, C. 60 ff.; Radtke, DriZ 2018, 250 (251); Stratenwerth, Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, 1977, S. 13; Lackner, Über neue Entwicklungen in der Strafzumessungslehre und ihre Bedeutung für die Praxis, 1978, S. 7; Verrel, JZ 2018, 811.

³⁵ McFatter, in: Pfeiffer/Oswald (Hrsg.), Strafzumessung. Empirische Forschung und Strafrechtsdogmatik im Dialog, 1989, S. 183; H.-J. Albrecht, Strafzumessung bei schwerer Kriminalität, 1994, S. 156 ff., 169 ff.; Schott, Gesetzliche Strafrahmen und ihre tatrichterliche Handhabung, 2004, S. 175 ff.; Streng, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl. (2012), Rn. 480 ff.; ferner Jescheck/Weigend, Allg. Teil, 5. Aufl. (1996), S. 875 f.; Höfer, Sanktionskarrieren, 2003, S. 42 ff.; Meier, Strafrechtliche Sanktionen, 4. Aufl. (2015), S. 255 ff.

³⁶ Streng, StV 2018, 593 (594).

³⁷ McFatter, in: Pfeiffer/Oswald (Hrsg.), Strafzumessung. Empirische Forschung und Strafrechtsdogmatik im Dialog, 1989, S. 183 (190 ff.). Ein ähnliches Phänomen zeigt sich bei Peters, Fehlerquellen im Strafprozeß I, 1970, S. 7, 369.

den Menschen hinter der Tat. Da sich menschliches Verhalten – und auch Straftaten – meist durch persönliche Erfahrungen und Lebenssituationen erklären, sieht der Richter, wie es zu der Tat kommen konnte und entwickelt möglicherweise Verständnis für den Angeklagten. Zugleich weiß der Richter, dass sein Strafurteil einen erheblichen Einschnitt in die Biographie eines Menschen bedeutet. Im Bewusstsein dieser Verantwortung für das Leben eines anderen wird er in seiner Sanktionsentscheidung zurückhaltender sein als ein Laie, für den die Tat ein abstraktes Kriminalitätsphänomen und der Täter ein anonymes Rechtsbrecher bleibt.

aa) Medien

Informationen über den Inhalt von Gerichtsurteilen erhalten Laien fast ausnahmslos über die Medien.³⁸ Den Medien wird dabei vorgeworfen, die Zahl ihrer Konsumenten durch eine skandalisierende Berichterstattung steigern zu wollen.³⁹ Um die Aufmerksamkeit der Nutzer zu erhalten, müssen Herausgeber und Journalisten Beiträge mit hohem Unterhaltungs- und Empörungswert anbieten.⁴⁰ Den Wettbewerb um das Interesse der Konsumenten gewinnen Artikel, die beim Leser Emotionen auslösen und seinen Widerspruch provozieren.⁴¹ Fühlen sich Nutzer durch den Beitrag herausgefordert, beschäftigen sie sich länger mit dem Text, teilen ihn in sozialen Netzwerken und verwenden die Kommentarfunktion; Artikel und Publikationsorgan gewinnen hierdurch an Relevanz.⁴² Die Eigengesetzlichkeit der Massenmedien begünstigt daher eine dramatisierte Darstellung von Kriminalität, die Ängste schürt,⁴³ Empathie mit den Opfern weckt und das Bedürfnis nach härteren Strafen⁴⁴ verstärkt. So erklärt sich etwa die unverhältnismäßig häufige Berichterstattung über schwere Gewalt- und Sexualstraftaten, die den Leser erschüttern und beunruhigen.⁴⁵

Gleiches ließe sich für die Berichterstattung über Gerichtsentscheidungen vermuten. Milde Urteile, noch dazu gegen besonders dreiste oder gefährliche Täter, sind skandalträchtig: Wie die Analyse deutlich gemacht hat, erzeu-

gen sie Empörung über eine naive Justiz und einen schwachen Staat, der seine Bürger nicht vor Kriminalität zu schützen vermag. Betrachtet man die für die vorliegende Studie ausgewählten Beiträge, so zeigt sich jedoch ein differenzierteres Bild. Zwar handelt es sich bei den berichteten Straftaten um krasse und auf das Ganze gesehen eher untypische Fälle, doch sind die Urteile in den Beiträgen 1, 3 und 5 – gerade weil es sich um ungewöhnlich schwere Straftaten handelt – kaum als milde einzustufen. Auch sprachlich waren die Beiträge überwiegend sachlich gehalten und enthielten keine Bewertung des richterlichen Urteils. Zudem verzichteten die meisten Artikel auf Angaben zur Nationalität der Angeklagten. Die vergleichsweise zurückhaltende Berichterstattung änderte allerdings nichts an der Intensität und Emotionalität der Diskussion. Die Vorbehalte gegen „zögerlich-weltfremde Juristen“⁴⁶ und die Wut insbesondere gegen ausländische Straftäter müssen von den Medien nicht mehr geschaffen werden; sie existieren bereits. Am Rande sei zu der häufig diskutierten Frage, ob Medien über die Herkunft von Angeklagten berichten dürfen oder sollen Folgendes bemerkt: Die Analyse zeigt, dass die Nationalität des Täters für viele Leser von großer Bedeutung ist und in den Kommentarbereichen stets thematisiert wird. Informiert ein Beitrag hierüber nicht, vermuten Nutzer ein bewusstes Verschweigen von Ausländerkriminalität aus politischer Korrektheit – ein Vorwurf, der die Diskussion weiter verschärft und die Wut gegen Medien und Staat, die „offensichtliche“ Probleme nicht erkennen (und damit auch nicht lösen) wollen, noch steigert. Durch das Aussparen der Herkunft wird also nichts gewonnen – ein Migrationshintergrund wird meist vermutet, zudem gelangt die Information über das Internet letztlich doch zu den Nutzern –, und gleichzeitig werden bestehende Vorbehalte verstärkt; ein Problem (hier die Kriminalitätsbelastung von Ausländern) wird in der Regel überschätzt, wenn man meint, dass es verheimlicht werden soll.

Eine große Rolle für die Wahrnehmung von Straftaten und Justiz dürfte allerdings die Präsenz der Kriminalitätsberichterstattung im Leben der Menschen spielen. Durch die

³⁸ *Windzio/Simonson/Pfeiffer/Kleimann*, Kriminalitätswahrnehmung und Punitivität in der Bevölkerung - Welche Rolle spielen die Massenmedien? Ergebnisse der Befragungen zu Kriminalitätswahrnehmung und Strafeinstellungen 2004 und 2006, KfN Forschungsbericht Nr. 103 2007, S. 11.

³⁹ Statt aller: *Walter*, AWPsoza 1/2007, 26; *Schwind*, Kriminologie und Kriminalpolitik, 23. Aufl. (2016), § 14 Rn. 4, 11. Zur Tendenz einer „reißerischen Berichterstattung“ siehe auch *Streng*, in: FS Courakis Band II, 2017, S. 921 (933); *Keppinger*, in: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Kriminalität in den Medien, 2000, S. 58, 63 ff. m.w.N.

⁴⁰ *Reuband*, KrimJ 2000, 51; *Luhmann*, Die Realität der Massenmedien, 5. Aufl. (2017), S. 42 f.; *Bourdieu*, Über das Fernsehen, 1998, S. 25; *Hestermann*, in: Marks/Steffen (Hrsg.), Prävention rechnet sich. Zur Ökonomie der Kriminalprävention, 2015, S. 314 ff.; *Friedrichsen*, in: Hestermann (Hrsg.), Von Lichtgestalten und Dunkelmannern. Wie die Medien über Gewalt berichten, 2012, S. 43; *Kania*, in: *Walter/Kania/Albrecht* (Hrsg.), Alltagsvorstellungen von Kriminalität, 2004, S. 137, 147.

⁴¹ *Bonfadelli*, Medienwirkungsforschung I, 2004, S. 231; *Kania*, in: *Walter/Kania/Albrecht* (Hrsg.), Alltagsvorstellungen von Kriminalität, 2004, S. 137, 147.

⁴² Siehe auch *Hoven*, Strafzumessung und Medienberichterstattung, im Erscheinen.

⁴³ *Hestermann*, in: Marks/Steffen (Hrsg.), Prävention rechnet sich. Zur Ökonomie der Kriminalprävention, 2015, S. 309.

⁴⁴ *Baier u.a.*, Kriminalitätsfurcht, Strafbedürfnisse und wahrgenommene Kriminalitätsentwicklung – Ergebnisse von bevölkerungsrepräsentativen Befragungen aus den Jahren 2004, 2006 und 2010, KfN Forschungsbericht Nr. 117, 2011, 132 f.; *Pfeiffer*, in: Hestermann (Hrsg.), Von Lichtgestalten und Dunkelmannern. Wie die Medien über Gewalt berichten, 2012, S. 125; *Windzio & Kleimann*, Soziale Welt, 2006, S. S. 193; *Chiricos/Eschholz/Gerz*, Social Problems, 1997, S. 342; *Pfeiffer/Windzio/Kleimann*, MSchKrim 2004, 415; *Reuband*, in: Lautmann/Klimke/Sack (Hrsg.), Punitivität, 8. Beiheft des KrimJ, 2004, S. 89; *Eschholz*, University of Florida Journal of Law & Public Policy 1997, 37; *Windzio/Simonson/Pfeiffer/Kleimann*, Kriminalitätswahrnehmung und Punitivität in der Bevölkerung – Welche Rolle spielen die Massenmedien? Ergebnisse der Befragungen zu Kriminalitätswahrnehmung und Strafeinstellungen 2004 und 2006; KfN Forschungsbericht Nr. 103, 2007; Kritisch dagegen etwa: *Ditton et al.*, British Journal of Criminology 2004, 595

⁴⁵ *Feltes*, Kriminalistik 1980, 453 ff.; *Lamnek*, MSchKrim 1990, 163 (164); *Hestermann*, in: Marks/Steffen (Hrsg.), Prävention rechnet sich. Zur Ökonomie der Kriminalprävention, 2015, S. 310. Zur Diskussion in der US-amerikanischen Kriminologie siehe etwa *Chermak*, Victims in the News, 1995; *Gruenewald/Pizarro/Chermak*, Journal of Criminal Justice 2009, 262; *Buckler/Travis*, Journal of Criminal Justice and Popular Culture 2005, 1; *Morris*, Crime, the Media, and Our Public Disease, 1997.

⁴⁶ *Walter*, AWPsoza 1/2007, 26 (32).

moderne Mediennutzung sind Straftaten und – vermeintliche – „Fehlurteile“ für den Nutzer allgegenwärtig. Von einem skandalträchtigen Verbrechen oder einem milden Urteil erfährt der Nutzer über eine Vielzahl von Kanälen. Die permanente Berichterstattung in den digitalen und sozialen Medien schafft den Eindruck eines omnipräsenten Phänomens – selbst wenn es sich um den immer gleichen Einzelfall handelt. So vermag etwa die Tat eines einzelnen „U-Bahn-Treters“ das Sicherheitsgefühl der Bevölkerung im öffentlichen Raum nachhaltig zu beeinträchtigen⁴⁷ und damit Forderungen nach härteren Strafen zu begünstigen. Ebenso kann ein Urteil mit geringem Strafmaß, über das in Online-Zeitungen, auf Facebook oder Twitter immer wieder berichtet wird, den allgemeinen Eindruck einer nachsichtigen Justiz vermitteln. Der erhebliche Einfluss der Medien auf die öffentliche Einschätzung der gerichtlichen Strafzumessung entsteht daher nicht primär durch eine reißerische Berichterstattung, sondern durch das stete Angebot immer gleicher und – durch die Verwendung von Algorithmen – passender Inhalte.

bb) Justiz, Politik, Strafrechtswissenschaft

Der verbreiteten Kritik an den Medien ist entgegenzuhalten, dass es nicht Aufgabe von Herausgebern und Journalisten ist, ein realitätsgetreues Abbild der Kriminalität in Deutschland zu zeichnen. Medien liefern die Inhalte, die von Nutzer nachgefragt werden. Dies gilt nicht nur für die Kriminalitäts- und Justizberichterstattung, sondern für alle Bereiche journalistischer Arbeit, von Politik über Sport zu Wirtschaft. Es liegt daher in der Verantwortung von Justiz, Politik und Strafrechtswissenschaft, die Voraussetzungen von Straftatbeständen und die Hintergründe strafgerichtlicher Urteile adäquat zu vermitteln.

Die Analyse der Kommentarspalten zeigt, dass dies bislang nur unzureichend gelingt. Für die Öffentlichkeit ist regelmäßig kaum zu verstehen, weshalb ein Strafraumen nicht ausgeschöpft wird, welche Faktoren sich strafmildernd ausgewirkt haben oder warum eine Bewährungsaussetzung gewährt wurde. Hier sind langfristig innovative Wege gefragt, um der Bevölkerung die Grundlagen strafgerichtlicher Entscheidungsfindung näherzubringen. In Anbetracht der erheblichen Bedeutung des Rechts für Selbstverständnis und Zusammenhalt der Gesellschaft bedürfte es einer aktiveren Informationspolitik, bis hin zu kreativen Lösungen wie der flächendeckenden Einführung eines Schulfachs „Recht“. Entscheidend dürfte allerdings sein, dass für die richterliche Strafzumessung *tatsächlich* schlüssige und nachvollziehbare Maßstäbe bestehen, die der Bevölkerung vermittelt werden können. Ob dies derzeit der Fall ist, kann angesichts der vagen Vorgaben des § 46 StGB und der beobachteten Unterschiede in

der Strafzumessung durch verschiedene Gerichte bezweifelt werden.

3. Ausblick: Die Einführung von Strafzumessungsrichtlinien

Gerichtliche Strafmaßentscheidungen treffen in der Bevölkerung nicht selten auf Unverständnis. Die gesellschaftlichen Folgen sind in hohem Maße problematisch: Die Wut über zu milde Urteile schwächt das Vertrauen in die deutsche Justiz und die Handlungsfähigkeit des Staates, begünstigt Vorbehalte gegen Ausländer und vertieft die Gräben in der deutschen Flüchtlingspolitik. Das Recht gibt den Gerichten kaum klare Maßstäbe für eine gerechte Strafzumessung an die Hand. Es kann daher wenig überraschen, dass richterliche Sanktionen regional und individuell höchst unterschiedlich ausfallen. Strafhöhen erscheinen daher nicht selten zufällig und sind der Öffentlichkeit kaum vermittelbar.

Diese Befunde machen ein grundsätzliches Umdenken im Bereich der Strafzumessung notwendig. Da es keine absolut „richtige“ Strafe gibt, müssen Strafraumen und Strafzumessungskriterien das Ergebnis eines gesellschaftlichen Aushandlungsprozesses sein. Aufgabe des Richters ist es, die vereinbarten Regelungen im Einzelfall anzuwenden – nicht aber, weitgehend losgelöst von rechtlichen Vorgaben eigene Strafzumessungssysteme zu entwickeln. Transparente und allgemeingültige Maßstäbe für gerechtes Strafen könnten durch Strafzumessungsrichtlinien bestimmt werden, wie sie etwa in den USA oder Australien gelten.⁴⁸ Diesen Sentencing Guidelines begegnet man in der deutschen rechtswissenschaftlichen Literatur jedoch seit jeher mit Skepsis.⁴⁹ Ein wesentlicher Grund für die Vorbehalte dürften die oft drakonischen Strafen US-amerikanischer Gerichte sein, die – auch wenn einige Leser dies fordern (oben III. 4 a)) – kaum zum Vorbild dienen können.⁵⁰ Die strengen Strafen in den USA sprechen freilich nicht gegen das Modell der Strafzumessungsrichtlinien, sondern allenfalls gegen seine konkrete Umsetzung im US-amerikanischen Recht.⁵¹ Für die Gestaltung einer deutschen Regelung könnten die Erfahrungen aus den USA nutzbar gemacht werden, um ähnliche Entwicklungen zu vermeiden. Gewichtigere Bedenken gegen Strafzumessungsrichtlinien bestehen allerdings dahingehend, dass ein vorab festgelegtes „Punktesystem“ für die Bestimmung der angemessenen Strafe der Komplexität des jeweiligen Einzelfalls möglicherweise nicht gerecht wird.⁵² Eine strikte „Mathematisierung“ der Strafzumessung würde die Besonderheiten von Tat und Täter ausblenden und damit nur eine „vordergründige Gleichheit der Strafen“ herstellen.⁵³ Erlaubte man hingegen in großem Umfang Abweichungen durch den Richter, würde

⁴⁷ <https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2017-07/berlin-hermannstrasse-u-bahn-treter-urteil> (zuletzt abgerufen am 17.9.2018).

⁴⁸ Siehe hierzu etwa Meyer, ZStW 2006, 523.

⁴⁹ Radtke, DriZ 2018, 250 (252); Weigend, in: FS der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr Feier der Universität zu Köln, 1988, 579 (599); Frisch, Maßstäbe der Tatproportionalität, 2003, S. 166 ff; Mellinshoff, in: FS Hassemer, 2010, S. 503 (519); Giannoulis, Studien zur Strafzumessung, 2014, S. 255; Hart-Hönig, Gerechte oder zweckmäßige Strafzumessung, 1992, S. 140. Offener: Kaspar, Gutachten C zum 72. DJT Leipzig 2018; Kudlich/Koch, NJW 2018, 2762 (2764).

⁵⁰ Dubber, Einführung in das US-amerikanische Strafrecht, 2005, S. 25; Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 362 f.; Meyer, ZStW 2006, 523; Uphoff, Die deutsche Strafzumessung unter dem Blickwinkel amerikanischer Strafzumessungsrichtlinien, 1998, S. 150.

⁵¹ So auch Kudlich/Koch, NJW 2018, 2762 (2764).

⁵² Kaspar, Gutachten zum 72. DJT Leipzig 2018, C 83; Streng, StV 2018, 593 (600).

⁵³ Streng, StV 2018, 593 (600).

der Vorteil von Sentencing Guidelines erheblich relativiert.⁵⁴

All dies vermag die Vorzüge von Strafzumessungsrichtlinien jedoch nicht grundsätzlich in Frage zu stellen.⁵⁵ Mit den Richtlinien würde die Gesellschaft grundlegende Entscheidungen darüber treffen, welche Strafhöhen sie für welche Taten als angemessen erachtet, welche Umstände eine Strafe mildern und welche sie verschärfen sollen. Der Richter erhielte auf diese Weise eine klare Orientierung für sein Urteil, und für die Öffentlichkeit wäre eine Strafmaßentscheidung, die auf feststehenden Kriterien beruht, leichter nachzuvollziehen. Sinnvollerweise wären Abweichungen von den Richtlinien zur Gewährleistung einer individuell gerechten Sanktionsentscheidung zulässig, müssten vom Gericht jedoch hinreichend begründet werden. RichterInnen wären also verpflichtet, sich mit den Richtlinien auseinanderzusetzen und eine unterschiedliche Einschätzung des angemessenen Strafmaßes zu erklären. Ein solches Modell würde dem Gericht den notwendigen Spielraum für die Berücksichtigung außergewöhnlicher Umstände belassen und gleichzeitig einen hohen

Gewinn an Transparenz mit sich bringen.

Die Einführung von Sentencing Guidelines würde das geltende Strafzumessungsrecht grundlegend verändern und von den Gerichten ein erhebliches Umdenken erfordern. Um ein für RichterInnen praktikables Modell zu schaffen, müsste zuvor eine Vielzahl von Aspekten geklärt werden: etwa das Maß an Verbindlichkeit und an Detailgenauigkeit der Richtlinien. Zentral für die Akzeptanz von Strafzumessungsrichtlinien in Justiz und Öffentlichkeit dürfte die Entscheidung darüber sein, wer an der Erarbeitung der Richtlinien beteiligt wird: In welchem Umfang und auf welchem Wege sollen Gerechtigkeitsvorstellungen der Bevölkerung Eingang in die Sentencing Guidelines finden – und welches Gewicht kommt sachverständigem Rat zu? Strafrechtswissenschaft, Politik und Justiz sollten den Mut haben, diese Diskussionen in den nächsten Jahren zu führen, und sich nicht aus Angst vor Veränderung mit dem status quo einer uneinheitlichen und für die Öffentlichkeit kaum nachvollziehbaren Strafzumessungspraxis begnügen.

⁵⁴ So *Kaspar*, Gutachten zum 72. DJT Leipzig 2018, C 83.

⁵⁵ So hält – trotz aller Bedenken – auch *Kaspar* zumindest „gewisse Strafmaßempfehlungen“ für sinnvoll; *Kaspar*, Gutachten zum 72. DJT Leipzig 2018, C 84.

Protest Policing im Wandel? Konservative Strömungen in der Politik der Inneren Sicherheit am Beispiel des G20-Gipfels in Hamburg

von Dr. Daniela Hunold
und Wiss. Mit. Maren Wegner*

Abstract

Der G20-Gipfel in Hamburg im Juli 2017 wurde zum Medienereignis, jedoch weniger wegen der Ergebnisse des Gipfels oder der Großdemonstrationen, sondern aufgrund der gewaltförmigen Eskalationen im Laufe der Protestwoche. Eine emotionale öffentliche Diskussion schloss sich an, u.a. über die Frage nach dem politischen (Nicht-)Gehalt der Riots. Schnell wurden Maßnahmen gegen die linksradikale Szene und autonome Zentren gefordert. Starke Kritik erfuhr auch die Polizei angesichts einer großflächigen Protestverbotszone, der konsequenten Verhinderung von Protestcamps und wegen vieler dokumentierter Fälle illegaler Polizeigewalt.

Die Ereignisse in Hamburg haben grundsätzliche Fragen nach dem sicherheitsbehördlichen Umgang mit Protesten aufgeworfen. Beobachterinnen und Beobachter des Protestgeschehens zeigen weitgehend Einigkeit darin, dass das Auftreten der Polizei in Hamburg deutlich repressiv geprägt war. Fraglich erscheint in diesem Zusammenhang, inwiefern die polizeiliche Einsatztaktik Einfluss auf Gewaltdynamiken politischer Proteste hat und welche Konsequenzen die repressiven Reaktionen der Hamburger Justiz für zukünftige Protestereignisse hat. Der folgende Beitrag soll vor diesem Hintergrund einen Überblick zu Aspekten der „Protest Policing“-Forschung geben, wesentliche Konfliktlinien in Hamburg aufzeigen sowie mit einer Diskussion der justiziablen Bearbeitung des Protestereignisses als Bestandteil einer Eskalationsdynamik abschließen.

I. Protest Policing – Entwicklungen und Merkmale

Der Umgang mit Demonstrationen stellt zwar nur einen Teilaspekt des Spektrums der alltäglichen Polizeiarbeit dar, dieser steht jedoch insbesondere im Fokus der öffentlichen Wahrnehmung. Wie Polizei mit Protesten umgeht, d.h. auf welche Weise diese kontrolliert und überwacht

werden, kann höchst unterschiedlich sein und hängt letztendlich auch von Tendenzen der Inneren Sicherheit ab, da diese sich in der Justiz- und Polizeipolitik niederschlagen.² Dementsprechend sind neuere Entwicklungen polizeilicher Performanz konservativeren Strömungen zuzuordnen. Hinsichtlich der zurzeit angestoßenen Reformen der Polizeigesetze in den Bundesländern wie Bayern, NRW und Sachsen lässt sich so z.B. konstatieren, dass polizeiliche Eingriffsrechte insbesondere mit Verweis auf die besonderen Herausforderungen im Zuge der Terrorabwehr ausgeweitet werden sollen. Mit der Neufassung der §§ 113, 114 und 115 StGB wurden des Weiteren die Sanktionsmöglichkeiten für Gewalttätigkeiten gegenüber staatlichen Amtsträgern wie Polizeibeamt*innen verschärft. Die Position der Polizei findet insofern aktuell im Sinne eines „starken Staates“ Unterstützung. Inwiefern sich dies auch im Protest Policing zeigt, soll in diesem Abschnitt herausgearbeitet werden.

1. Das Verhältnis von Protest, sozialen Bewegungen und Polizei

Zum grundlegenden Verständnis kann an dieser Stelle nicht unerwähnt bleiben, welche gesellschaftlichen Funktionen Protest und soziale Bewegungen erfüllen und in welchem Verhältnis Polizei und Protest stehen. Proteste und soziale Bewegungen³ zählen zu den festen Bestandteilen der politischen Auseinandersetzung im bundesdeutschen System und können im Rahmen einer Krise⁴ als Träger und Ausdruck gesellschaftlicher Veränderungen begriffen werden. Innerhalb eines demokratischen Willensbildungsprozesses stellt insbesondere der Protest dann eine notwendige Form politischer Kommunikation dar, wenn institutionelle Kanäle bedingt durch eine fehlende parlamentarische Lobby oder mediale Resonanz verstellt sind. Die Zunahme der Attraktivität der politischen Form des Protests resultiert zumindest zum Teil auch aus dem

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

¹ Als Protest Policing wird hier der polizeiliche Umgang mit Protesten verstanden, vgl. Winter, in: Lange, Staat, Demokratie und Innere Sicherheit in Deutschland, 2000, S. 204.

² Vgl. Frevel, Innere Sicherheit in der Programmatik der Parteien 2013, online abrufbar unter: <http://www.bpb.de/politik/innenpolitik/innere-sicherheit/168652/innere-sicherheit-in-partei-programmen?p=all> (zuletzt abgerufen am 19.9.2018). Hinsichtlich der Begrifflichkeiten „Protest“ und „soziale Bewegungen“ existieren umfangreiche Definitionen in der Literatur, deren

Termini sich teilweise überschneiden, jedoch einen unterschiedlichen Bedeutungsgehalt und/oder Perspektiven aufweisen. Opp definiert Proteste als „gemeinsame, kollektive Handlung von Individuen, die darauf gerichtet ist, ein [politisches] Ziel durch Einflussnahme auf die Willensbildung zu erreichen; während die soziale Bewegung das Kollektiv der Akteure meint, die ein [politisches] Ziel durch Einflussnahme auf die Willensbildung zu erreichen sucht.“ Opp, Theories of political protest and social movements, 2009, S. 33 ff.

⁴ Eine Krise lässt sich unter Rückgriff auf das Hegemoniekonzept von Gramsci beschreiben, demzufolge die Herrschaft immer dann gesichert sei, wenn über sie ein politischer und zivilgesellschaftlicher Konsens hergestellt werden könne – eine Krise komme im Phänomen des Wegbrechens dieses Konsenses zum Ausdruck. Vgl. Kretschmann, Bürgerrechte und Polizei/CILIP 106, 10/2014, S. 52 f.

Image- und Bedeutungsverlust der konventionellen (repräsentativ-demokratischen) Beteiligungsformen.⁵ In „postdemokratischen“⁶ Zeiten entwickeln soziale Bewegungen alternative Formen des Austauschs sowie der kollektiven Entscheidungsfindung und sind ein zentraler gegenhegemonialer Akteur in der aktuellen Krisenbewältigung, die zum Teil auch politisch etablierte Machtstrukturen infrage stellen. Aus Sicht des „politisch-hegemonialen Establishments“ stellen sich soziale Bewegungen als „avantgardistischer“ Gegenpol dar, welcher die bestehende Ordnung destabilisiert und Wandlungsprozesse antreibt, beschleunigt oder auch versucht, sich ihnen zu widersetzen.⁷ Auch wenn Proteste und soziale Bewegungen als unkonventionelle Beteiligungsformen betrachtet werden, gelten diese seit den 60' er Jahren als fester Bestandteil in westlich-demokratischen Ländern.

Darauf rekurrierend lassen sich die Gipfelproteste in Hamburg als Bestandteil einer transnationalen Antiglobalisierungsbewegung einordnen, deren vehementes Erstarren mit der zunehmenden Prekarisierung – sowohl national als auch international – korrespondiert. Qualität und Quantität von Protest können zudem als Seismograph für das Ausmaß des Dissenses zwischen der Zivilgesellschaft und der Politik im Hinblick auf politisch-ökonomische Fragestellungen gewertet werden. Die Hauptanliegen der Demonstrant*innen, die sich an den Gipfelprotesten beteiligten, sind vielschichtig. Neben grundsätzlicher Kritik an kapitalistischen Wirtschafts- und Gesellschaftssystemen, sowie der weltweiten Durchsetzung Neoliberalismus stand ebenfalls die Unzufriedenheit mit der gegenwärtigen (nationalen) demokratischen Praxis im Vordergrund.⁸

Das Beziehungsgeflecht zwischen der Polizei und dem Protest wird bei der Betrachtung des gesamten Konfliktsystems deutlich. Als Konfliktparteien stehen sich im Falle des politischen Protests der Staat (sowie Unternehmen) und die Protestgruppierung gegenüber. Die Polizei als Repräsentant des staatlichen Gewaltmonopols ist zwar kein originärer Adressat von Protest, sie bildet jedoch die „Meta-Rahmenbedingung“⁹ und transformiert zu einem direkten Konfliktgegner – dem „Gegenüber“ – sozialer Bewegungen, da sich die „konkrete Choreographie von Protestereignissen“¹⁰ häufig als das Ergebnis der Interaktion zwischen den Protestierenden und der Polizei darstellt.

Die polizeiliche Kontrolle von Protesten und sozialen Bewegungen stellt vor diesem Hintergrund ein Spannungsfeld in demokratischen Gesellschaften dar. Denn einerseits ist die Teilnahme an (friedlichen), öffentlichen Protesten hier als Ausdruck der Versammlungsfreiheit und damit als eines der „unentbehrlichen Funktionselemente eines demokratischen Gemeinwesens“¹¹ zu betrachten.

Andererseits ist es die Aufgabe der Polizei, die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu garantieren sowie (versammlungsspezifische) Gefahren abzuwehren. Dementsprechend können beide Extreme des Polizierens – die Abwesenheit von Kontrolle sowie eine überzogene Kontrolle – eine Gefahr für die Demokratie darstellen.¹² Insofern ist eine wissenschaftliche Auseinandersetzung mit der polizeilichen Performanz im Kontext von Protesten notwendig und sinnvoll, in Deutschland allerdings nur rudimentär vorhanden.¹³

2. Entwicklungen

Für die vergangenen Jahrzehnte haben vor allem internationale (angloamerikanische) Protestforscher einen Wandel des Protest Policing identifiziert. Demgemäß zeichnete sich das polizeiliche Vorgehen bei Protesten Ende der 60' er Jahre durch *escalated force* aus, womit niedrigschwellige, gewaltbetonte sowie kommunikationsarme Vorgehensweisen gegenüber Demonstrationsteilnehmern angesprochen sind.¹⁴ In der Regel sollten Proteste als Ganzes unterbunden werden. Ein hiesiges Beispiel für eine entsprechende Tendenz polizeilichen Vorgehens bei Protesten stellen die Studentenrevolten Ende der 60' er Jahre sowie der tödliche Schuss auf den Studenten *Benno Ohnesorg* durch einen Berliner Polizeibeamten 1967 dar. *Winter* sieht in diesem Ereignis insofern einen Wendepunkt im Selbstverständnis der Polizei, indem Traditionalisten innerhalb der Organisation sich zunehmend gegenüber „Störern der staatlichen Ordnung“ sichtbar kämpferisch zeigten. Insgesamt lag „die Schwelle für den polizeilichen Gewalteinsatz“ in dieser Zeit sehr niedrig.¹⁵ Zudem war das Phänomen ‚Demonstration‘ zuvor kaum relevant, sodass die Polizei in ihrem Handeln im Zuge der Studentenrevolten mehr in das Licht der Öffentlichkeit geriet. In der Folge differenzierte sich das Vorgehen im Rahmen von Protesten aus, indem polizeiliche Maßnahmen zunehmend Störer von Demonstrationen fokussierten. Die grundsätzlich harte Linie gegenüber Protestierenden fand jedoch erst mit dem versammlungsfreundlichen Brockdorf-Beschluss 1985¹⁶ eine Wende, welches sich auch in Polizeiphilosophien zum Umgang mit Protesten niederschlug. Die folgende Phase ist von einem gelasseneren polizeilichen Vorgehen bei Demonstrationen gekennzeichnet, da diese nicht mehr als ausschließlich als Gefahr für die staatliche Ordnung gesehen wurden. Insgesamt entwickelte sich die Polizeiphilosophie weg von einer Staats- hin zu einer Bürgerpolizei.¹⁷

Eine Hinwendung zu kommunikationsorientierteren Strategien lassen sich auch in anderen Ländern beobachten und wird in der Literatur als *negotiated management* beschrieben. Kennzeichnend hierfür sind z.B. eine generelle

⁵ Ullrich, Das repressive Moment der Krise, 2012, online abrufbar unter: <https://protestinstitut.eu/das-repressive-moment-der-krise/> (zuletzt abgerufen am 19.9.2018).

⁶ Crouch, Neue Gesellschaft, Frankfurter Hefte 4/2008, S. 4 ff.

⁷ Vgl. Haunss/Ullrich, Soziologie 3/2013, 291 (294).

⁸ Haunss et al., #NoG20, 2018, S. 11 ff.

⁹ Winter, Protest Policing und das Problem mit der Gewalt, 1998, S. 1.

¹⁰ Haunss/Ullrich, Soziologie 3/2013, 291 (296).

¹¹ BVerfGE 69, 315.

¹² Gillham, Sociology Compass, 7/2011, S. 636 ff.

¹³ Haunss/Ullrich, Soziologie 3/2013, 291 (292).

¹⁴ Vgl. Gillham, Sociology Compass, 7/2011, 636 (640).

¹⁵ Winter, Politikum Polizei – Macht und Funktion der Polizei in der Bundesrepublik Deutschland, 1998, S. 209.

¹⁶ BVerfGE 69, 315.

¹⁷ Winter, Politikum Polizei – Macht und Funktion der Polizei in der Bundesrepublik Deutschland, 1998, S. 209 ff.

Akzeptanz des Versammlungsrechtes, höhere Einschreit-schwellen sowie Aushandlungen zwischen der Polizei und kooperationsbereiten Protestierendengruppen, beispielsweise über Größe und Route eines Demonstrationszuges mit dem Ziel, mögliche Störungen oder Ausschreitungen unter Kontrolle zu halten bzw. zu verhindern. Für die U.S.-amerikanische Polizei lassen sich entsprechende Einsatzstrategien bereits ab Mitte der 70'er Jahre beobachten.¹⁸

Die aushandlungsorientierte Polizeiphilosophie für den Umgang mit Protesten wurde schließlich zuletzt abgelöst von Vorgehensweisen der *strategic incapacitation*.¹⁹ Hiernach nutzen Polizeiorganisationen Möglichkeiten der Ingewahrsamnahmen, um Protestierende kurzzeitig festzusetzen, weisen größere (innerstädtische) Areale als Demonstrationsverbotszonen aus und greifen stärker auf nicht-tödliche Waffen wie Wasserwerfer und Reizgas zurück. Ein weiteres wesentliches Merkmal für diesen Typ Polizeistrategie im Kontext von Protestbewegungen stellt die dichotome Kategorisierung von Protestierenden als friedlich/normal und professionell/unfriedlich dar.²⁰ Zwar konnten Tendenzen zu solchen bipolaren Kategorisierungen von Demonstrant*innen seitens der Polizei schon immer beobachtet werden, allerdings gewinnen im Rahmen der *strategic incapacitation* das antizipierte Gefährdungspotential von Personengruppen sowie daran anknüpfend konstruierte Feindbilder an Relevanz. Friedliche Demonstranten handeln demnach im Sinne der hegemonial als legitim anerkannten Protestformen und akzeptieren die Forderungen der Polizei. Dagegen erscheinen unfriedliche Protestteilnehmer als potentielle Gewalttäter und werden mitunter bereits im Vorfeld seitens der Organisation als „Straftäter“ bezeichnet.²¹ Ebendiese Veränderungen werden im Zusammenhang mit dem *summit policing* gesehen. Denn Gipfelproteste richten sich seitens der Aktivist*innen gegen globale Akteure und zeichnen sich durch neue Strategien des Protestes aus. Dazu gehören u.a. Formen des zivilen Ungehorsams und „räumlich ungleich und unvorhersagbar verteilte Orte des Widerstandes“, was eine neue Herausforderung für das Polizieren von Protest darstellte.²²

Darüber hinaus zeichnet sich jüngst im Sinne des „starken Staates“ eine militärische Aufrüstung der Polizei ab, welche ihren Anfang vor einigen Jahren in USA nahm und von Forscher*innen mit Besorgnis beobachtet wird. Diese zeigt sich u.a. im Einsatz von Schnellfeuerwaffen für „normale“ Polizeieinheiten sowie im Ausbau des Bestandes und Einsatzes von gepanzerten Fahrzeugen. Legitimiert werden die entsprechenden Entwicklungen u.a. mit dem Kampf gegen den Terrorismus. Auch der Einsatz von

Spezialeinheiten wie dem SEK, das eigentlich auf Geiselnahmen und Terrorismusbekämpfung spezialisiert ist, ist immer häufiger zu beobachten, so z.B. in Sachsen bereits seit 2014²³. Wie Polizei sich ausrüstet ist für den Umgang mit der Versammlungsfreiheit insofern relevant, als bereits hier ein Eingriff in die innere Versammlungsfreiheit erfolgen kann, wenn Ausrüstung und Wahl der eingesetzten Einheiten eine abschreckende oder eine die Proteste delegitimierende Wirkung entfalten. So signalisiert auch die Verwendung von Technik wie Wasserwerfern, Räumfahrzeugen etc. eine geringe Toleranz gegenüber Protestierendengruppen. Sie können als „non-verbal signal“²⁴ betrachtet werden.

Schließlich lassen sich auch auf der rechtlichen Ebene zunehmend Einflussnahmen im Rahmen des Polizierens von Protest auf das Versammlungsrecht erkennen wie sich beispielsweise im Kontext von „Blockupy Frankfurt“ gezeigt hat.²⁵ Dort führten bereits die im Vorfeld der Ereignisse vorgenommenen diskursiven Raumproduktionen zur Gefährdung bestimmter Gebiete durch das antizipierte gewaltsame Verhalten von Aktivist*innen seitens der Stadtregierung und der Polizei zum Verbot aller angemeldeten Veranstaltungen im Innenstadtbereich. Somit fand eine massive Einflussnahme auf das Recht auf Versammlung allein durch die behördliche Gefahrenprognose statt, deren Informationsgrundlage intransparent geblieben ist.

Der hier nachgezeichnete Wandel des Protest Policing lässt sich in den größeren Kontext der Entwicklungen in der Sicherheitspolitik einordnen: „This shift in police tactics during protests is consistent with broader changes in the ideological underpinnings of crime control, including an emphasis on risk management and the prevention of (rather than reaction to) crime and disorder“²⁶. Das Polizieren von Protest zeichnet sich vor allem durch „risk assesment“ und „risk management“ aus, was sich mitunter in der Identifizierung von potentiellen Gefahren und Störer*innen im Vorfeld, die Gewinnung der Deutungshoheit über Ereignisse mittels Kommunikation sowie die Konzentration auf Räume zeigt.²⁷

3. Merkmale

Wie die polizeiliche Performanz ausfällt, hängt neben den sicherheitspolitischen Strömungen auch von Situations- und Kontextfaktoren ab. Hierbei liegt es zunächst einmal im polizeilichen Ermessen, ob die Polizei bei Demonstrationen und sonstigen Versammlungen überhaupt anwesend ist. Auf Grundlage einer Gefahrenprognose wird diesbezüglich entschieden, welcher Kräfteansatz notwendig erscheint. Aufzüge von rechten Gruppierungen werden in der Regel begleitet, da das Mobilisierungspotenzial

¹⁸ Gillham/Noakes, An International Quarterly 2007, 335 ff.; della Porta/Petersen/Reiter, The policing of transnational protests, 2007, S. 3.

¹⁹ Gillham/Noakes, An International Quarterly 2007, 335 (338).

²⁰ Ullrich, „Normalbürger“ versus „Krawalltouristen“. Polizeiliche Kategorisierungen von Demonstrationen zwischen Recht und Soziologischem Ermessen, 2017, S. 61 (65).

²¹ Dießelmann, Ausnahmezustand. Diskursanalyse des G8-Gipfels in Heiligendamm, 2015 (online verfügbar).

²² Petzold/Pichl, KrimJ 2013, 211.

²³ Kirsch, Militarisierung des Protest Policing: Polizeikrieger als autoritäre Konfliktlösung, 2017, online abrufbar unter: <https://www.cilip.de/2017/11/27/militarisierung-des-protest-policing-polizeikrieger-als-autoritaere-konfliktloesungsstrategie/> (zuletzt abgerufen am 19.9.2018).

²⁴ della Porta/Reiter, Policing protest: The control of mass demonstrations in Western democracies, 1998, S. 250.

²⁵ Vgl. Petzold/Pichl, KrimJ 2013, 211.

²⁶ Gillham/Noakes, An International Quarterly 2007, 335 (343).

²⁷ Petzold/Pichl, KrimJ 2013, 211 (216).

der „Gegenseite“ als hoch eingeschätzt wird, sodass ein Aufeinandertreffen der unterschiedlichen Lager verhindert und Konfliktdynamiken kontrolliert werden sollen.

Situative Faktoren wie die Größe einer Demonstrationsveranstaltung, die von den Akteuren genutzten Örtlichkeiten, der (politische) Zweck des Protests sowie Formen des ausgeübten Protests – zu nennen sind hier beispielhaft Demonstrationen und die geplanten Routen, Sitzblockaden, Verwendung von Pyrotechnik etc. – sind maßgebend für die Ausgangssituation der Polizei-Protestierenden-Interaktionen, die Wahl der polizeilichen Kontrollpraktiken sowie Konfliktdynamiken zwischen Polizei und Protestierenden. Der Verlauf von Protestereignissen hängt im Wesentlichen von einem Wechselspiel zwischen Protestierenden- und Polizist*innenverhalten ab. Dabei wird der polizeilichen Performanz ein nicht unwesentlicher Einfluss auf das Protestgeschehen zugeschrieben. Repressivere Vorgehensweisen können dementsprechend eher negative Einflüsse auf den Protestverlauf haben.²⁸

Im Sinne der Bedeutung polizeilichen „risk assessments“ und „risk managements“ im Rahmen von Gipfelprotesten, hat die Konstruktion von Bedrohungsszenarien die Gewaltbereitschaft von Protestierenden betreffend einen bedeutsamen Einfluss auf die von der Polizei gewählte Einsatzstrategie. Entsprechende Szenarien resp. Diskurse zu „gefährlichen“ Gruppen können im Rahmen von Protestereignissen als „verbal signal“ bezeichnet werden, welche eine ebenso delegitimierende Funktion für den jeweiligen Protest darstellen, und somit auf die Konfliktdynamiken zwischen Polizei und Protestierenden wirken.

II. Protest Policing und die Änderung der sogenannten Widerstandsdelikte

Da Protest Policing ebenfalls einen repressiven Teilaspekt in Form der Verfolgung (politisch motivierter) Straftaten im Kontext von Protesten aufweist, müssen in diesem Zusammenhang die durch das 52. StÄG am 30.5.2017 in Kraft getretenen Änderungen der sogenannten Widerstandsdelikte der §§ 113, 114, 115 StGB²⁹ betrachtet werden.

Auf zwei Aspekte soll dabei im Einzelnen eingegangen werden. Zunächst soll das Gesetzgebungsvorhaben als legislativer Prozesse betrachtet werden. Schließlich werden die implementierten Änderungen im Lichte der Versammlungsfreiheit näher zu fokussieren sein.

1. Der Weg zum Gesetz

Bereits mit Blick auf die jüngere Gesetzeshistorie lässt sich ein Zusammenhang der Änderungen zu Protestereignissen konstituieren. Unter anderem die gewalttätigen Ausschreitungen im Rahmen der sogenannten Blockupy-Bewegungen anlässlich der Eröffnung der Europäischen Zentralbank in Frankfurt am Main am 18. März 2015 gegenüber Einsatzkräften der Feuerwehr und Polizei veranlassten die schwarz-grüne Landesregierung Hessens im April 2015, einen Gesetzentwurf, der den tätlichen Angriff auf Polizeibeamte und andere Einsatzkräfte³⁰ zum Gegenstand hatte, über den Bundesrat in den Bundestag einzubringen.³¹ Auch der zwei Wochen später über das Saarland mit ähnlicher Zielrichtung eingebrachte Gesetzentwurf³² proklamierte ein gesteigertes Schutzbedürfnis von Polizeibeamt*innen, die Demonstrationen begleiten³³, und nimmt damit zumindest mittelbar Bezug auf Protestereignisse resp. auf etwaige Ausschreitungen bei Protestereignissen. Obwohl die Gesetzesinitiativen in den Parlamenten vornehmlich durch konservativ ausgerichtete Parteien Unterstützung fanden³⁴, scheiterte die Durchsetzung letztlich am Widerstand der rot-grün regierten Länder im Bundesrat.³⁵

Am 23.12.2016 erfuhr das Vorhaben durch den Referentenentwurf zur Stärkung des Schutzes von Vollstreckungsbeamten und Rettungskräften des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz quasi eine Neuauflage. Dieser wurde am 8.2.2017 durch die Bundesregierung beschlossen und durch die Fraktionen der CDU und SPD in den Bundestag eingebracht. Noch vor der Übergabe an den federführenden Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz wurde ein wortgleicher Entwurf durch die Bundesregierung zur Stellungnahme zugeleitet. In der im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsprozesses stattgefundenen Anhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz wurde der Gesetzentwurf kontrovers diskutiert und durchaus ambivalent betrachtet. Während insbesondere Vertreter der Polizeibehörden und -gewerkschaften dem Gesetzentwurf positiv bewerteten und als wichtiges Signal im Hinblick auf Respekt und Wertschätzung verstanden,³⁶ kritisierten vornehmlich Rechtswissenschaftler die konkrete Ausgestaltung und praktische Anwendung

²⁸ Nassauer, PiJPSM 2015, 3 (4).

²⁹ BGBl I Nr. 30, S. 1226 ff.

³⁰ BR-Drs. 165/15.

³¹ LT-Drs. 19/1987, S. 2.

³² BR-Drs. 187/15.

³³ Vgl. a.a.O., S. 6.

³⁴ Vgl. Antrag der Fraktion der CDU im Landtag Rheinland-Pfalz LT-Drs. 16/5031; Antrag der Fraktion der CDU im nordrhein-westfälischen Landtag zur Unterstützung der hessischen Bundesratsinitiative: LT-Drs. 16/8979; Antrag der AfD in der Bürgerschaft Hamburg: Drs. 21/331; Antrag der Fraktion der CDU in der Bürgerschaft Hamburg: LT-Drs. 21/404; Antrag der AfD im brandenburgischen Landtag: LT-Drs. 6/1193 sowie der Entschließungsantrag der CDU zum Antrag der AfD: LT-Drs. 6/1273.

³⁵ Vgl. Zöller, KriPoZ 2017, 143 (145); Vgl. Schiemann, NJW 2017, 1846 (1847).

³⁶ Vgl. Radermacher, Gesetzentwurf zur Stärkung des Schutzes von Vollstreckungsbeamten und Rettungskräften, online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/blob/499238/e37d65155a868904db9176e94b93bbe7/radermacher-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 18.9.2018); zum Antrag der Fraktion der CDU im nordrhein-westfälischen Landtag zur Unterstützung der hessischen Bundesratsinitiative: LT-Drs. 16/8979 vgl. DPoIG, Stellungnahme 16/3427, online abrufbar unter: <https://www.landtag.nrw.de/Dokumentenservice/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMST16-3427.pdf?jsessionid=A9ED27FD3BF43254013024CF5A8E4824.ifxworker> (zuletzt abgerufen am 18.9.2018).

des geplanten Gesetzes.³⁷ Auf Beschlussempfehlung des federführenden Ausschusses wurde schließlich noch eine Erweiterung des § 323c StGB in das Gesetz aufgenommen.³⁸ Der Bundestag nahm am 27.4.2017 das Gesetz der Koalitionsfraktionen mit den Stimmen der Fraktionen CDU/CSU und SPD und gegen die Stimmen der Fraktionen DIE LINKE und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN in geänderter Fassung an, der Bundesrat stimmte am 12.5.2017 zu und das Gesetz trat schließlich am 30.5.2017 in Kraft.

In der Chronologie des Gesetzgebungsverfahrens erscheinen zwei Faktoren bemerkenswert. Das „zweigleisige“ Vorgehen im Rahmen der Initiierung deutet darauf hin, dass das Gesetzgebungsvorhaben aus Sicht der Bundesregierung eine gewisse Dringlichkeit aufwies und in einem beschleunigten Verfahren durchgesetzt werden sollte.³⁹ Vor dem Hintergrund, dass die Bundesregierung am 16.11.2015 bekanntgegeben hatte, dass Deutschland im Jahr 2017 die G20-Präsidentschaft übernehmen werde⁴⁰ und am 10.6.2016 postuliert wurde, dass die Wahl für den Austragungsort des G20-Gipfels auf Hamburg gefallen ist,⁴¹ kann retrospektiv die Frage aufgeworfen werden, inwieweit diese Umstände die Neuauflage des Gesetzes zumindest begünstigten.

Den Gesetzentwürfen lässt sich eine solche Intention nicht explizit entnehmen – dem Gesetzgeber war jedoch bewusst, dass eine Strafschärfung bei „Polizeieinsätzen im Zusammenhang mit gewalttätigen Demonstrationen zur Anwendung kommen“⁴² würde. Der Innenausschuss wies in einer Stellungnahme auf die Notwendigkeit der Geltung der Strafschärfung auch in Fällen hin, in denen der Angriff aus einer Menschenmenge heraus geschieht, und nimmt damit konkreten Bezug auf Ausschreitungen bei Großveranstaltungen wie Demonstrationen.⁴³ Somit lässt schlussfolgern, dass das In-Kraft-Treten der Änderungen noch vor der Durchführung des Gipfeltreffens zumindest opportun war.

Mögliche Wechselwirkungen zur Versammlungsfreiheit und eine daraus resultierende Einschränkung derselben

durch die Gesetzesänderungen wurden demgegenüber im Gesetzgebungsverfahren kaum thematisiert. Der Arbeitskreis Kritischer Jurist_innen befasste sich mit der Thematik eingehend in der Stellungnahme zum hessischen Gesetzesentwurf und bezeichnete die geplante Änderung als „weitere[n] Schritt zur Aushöhlung des Demonstrationsrechts.“⁴⁴ In der öffentlichen Anhörung zum jüngsten Entwurf wies lediglich Müller darauf hin, dass die Diskussion um die Neugestaltung der „Widerstandsdelikte“ im Gesetzentwurf vollständig übergangen wurde, während im Gegensatz dazu die Wechselwirkung bei der Diskussion im Jahre 1970 im Mittelpunkt stand.⁴⁵

Insgesamt wird bereits aus dem Gesetzgebungsverfahren deutlich, dass eine zunehmend konservative Strömung das Gesetz prägt, indem die Schutzbedürftigkeit staatlicher Repräsentanten, die Autorität staatlicher Vollstreckungsakte und damit auch das Gewaltmonopol des Staates für die gesetzgeberische Intention handlungsleitend waren und die Betrachtung von möglichen Wechselwirkungen zu Freiheitsrechten hiervon nahezu vollständig überlagert wurde und somit in den Hintergrund rückte.

2. Die Änderungen im Lichte der Versammlungsfreiheit

Das Gesetz zur Stärkung des Schutzes von Vollstreckungsbeamten und Rettungskräften hat neben der Änderung der Vorschriften der sogenannten Widerstandsdelikte, zu Änderungen der Vorschrift des Landfriedensbruchs sowie zur Einführung des Straftatbestandes der Behinderung von hilfeleistenden Personen geführt.⁴⁶

Das Kernstück der Reform bildet die Herauslösung der Tatbestandsalternative des *tätlichen Angriffs* aus dem § 113 Abs. 1 StGB und die Überführung in den eigenständigen Straftatbestand des § 114 Abs. 1 StGB mit erhöhtem Strafrahmen unter gleichzeitigem Verzicht auf eine Vollstreckungshandlung, sodass ein konkreter Bezug zu einer allgemeinen Diensthandlung genügt.

Die Auslegung des Tatbestandsmerkmals des tätlichen

³⁷ Vgl. Müller, Stellungnahme zum Gesetzesvorhaben „Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs – Stärkung des Schutzes von Vollstreckungsbeamten und Rettungskräften“ BT-Drs. 18/11161 und zu den Empfehlungen des Rechtsausschusses und des Ausschusses für Innere Angelegenheiten des Bundesrates BR-Drs. 126/1/17, online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/blob/499236/16b128a08cd347480cbe33a15344730d/mueller-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 18.9.2018); vgl. DAV, SN 5/17: Stärkung des Schutzes von Vollstreckungsbeamten und Rettungskräften online abrufbar unter: <https://anwaltverein.de/de/newsroom/sn-5-17-staerkung-des-schutzes-von-vollstreckungsbeamten-und-rettungskraeften> (zuletzt abgerufen am 18.9.2018); vgl. Magnus, Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD „Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs – Stärkung des Schutzes von Vollstreckungsbeamten und Rettungskräften“ BT-Drs. 18/11161 vom 14.2.2017, online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/blob/499234/75273cd6fb2304335883e7bf4e79d95c/magnus-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 18.9.2018).

³⁸ Vgl. BT-Drs. 18/12153, S. 3.

³⁹ Vgl. Schiemann, NJW 2017, 1846 (1847).

⁴⁰ Vgl. Presse- und Informationsamt der Bundesregierung, Deutschland übernimmt im Jahr 2017 G20-Präsidentschaft, Pressemitteilung 418/2015, online abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/Content/DE/Pressemitteilungen/BPA/2015/11/2015-11-16-g20-praesidentschaft.html> (zuletzt abgerufen am 9.9.2018).

⁴¹ Vgl. Presse- und Informationsamt der Bundesregierung, G20-Gipfel 2017 findet am 7. und 8. Juli 2017 in Hamburg statt, Pressemitteilung 203/2016, online abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/Content/DE/Pressemitteilungen/BPA/2016/06/2016-06-10-g-20.html> (zuletzt abgerufen am 9.9.2018).

⁴² BT-Drs. 18/11161, S. 9; hier im Zusammenhang mit den Änderungen zum Landfriedensbruch.

⁴³ BR-Drs. 126/1/17, S. 3; dieser Vorschlag wurde letztlich jedoch nicht umgesetzt.

⁴⁴ AKJ, Pressemitteilung des Arbeitskreises kritischer Jurist_innen (akj) an der Uni Frankfurt, online verfügbar unter: <http://akjffm.blogspot.de/images/pmschutzparagraph.pdf> (zuletzt abgerufen am 16.9.2018).

⁴⁵ Müller, Stellungnahme zum Gesetzesvorhaben „Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs – Stärkung des Schutzes von Vollstreckungsbeamten und Rettungskräften“ BT-Drs. 18/11161 und zu den Empfehlungen des Rechtsausschusses und des Ausschusses für Innere Angelegenheiten des Bundesrates BR-Drs. 126/1/17, S. 7 f., online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/blob/499236/16b128a08cd347480cbe33a15344730d/mueller-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 9.9.2018), vgl. auch BT-Drs. VI/502.

⁴⁶ Zu den Änderungen im Allgemeinen ausführlich siehe Schiemann, NJW 2017, 1846 (1847 ff.), zur grundsätzlichen Kritik vgl. Puschke/Rienhoff, JZ 2017, 924 (928 ff.); Magnus, GA 2017, 530 (533); König/Müller, ZIS 2018, 96; Busch/Singelstein, NSTz 2018, 510 (511 ff.).

Angriffs kann im Rahmen von Protestgeschehen dazu führen, dass Protestformen des zivilen Ungehorsams nunmehr strafbewehrt sind. Als tätlicher Angriff wird die in feindseliger Willensrichtung unmittelbar auf den Körper eines anderen zielende Einwirkung – unabhängig von ihrem Erfolg und einen darauf gerichteten Vorsatz – bezeichnet.⁴⁷ Das Tatbestandsmerkmal des tätlichen Angriffs setzt somit keinen (Körperverletzungs-)Erfolg voraus, sondern ist vollständig erfüllt, wenn die konkrete Gefährdung des im Rahmen des § 114 StGB ohnehin umstrittenen Rechtsgutes eingetreten ist.⁴⁸ Die Strafbarkeitsschwelle kann somit bereits bei Handlungen überschritten werden, die einen eher geringen Unrechtsgehalt aufweisen, wie (leichtes) Schubsen, Drängeln, Stoßen oder Festhalten – empirische Studien verdeutlichen, dass diese Handlungen das Gros der tätlichen Angriffsformen ausmachen.⁴⁹ Bei Versammlungsgeschehen handelt es sich jedoch um dynamische, unübersichtliche sowie komplexe Interaktionssituationen mit vielen Beteiligten, deren Rollenverteilung zudem a priori konfliktgeladen ist, sodass unkonventionelle Protestformen wie Sitzblockaden mit wechselseitigen Körperkontakten in der beschriebenen Form verbunden sein können. Es besteht somit die Gefahr, dass man sich bei „niederschweligen“ Handlungen strafbar macht, wenn das Tatbestandsmerkmal in Zukunft nicht einschränkend dahingehend ausgelegt wird, dass nur Einwirkungen von einigem Gewicht tatbestandlich erfasst werden.

Die nachteiligen Auswirkungen auf die Versammlungsfreiheit werden bei Betrachtung der angedrohten Strafe deutlich: § 114 Abs. 1 StGB sieht eine Strafandrohung von mindestens drei Monaten Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren vor. Die Verhängung der Freiheitsstrafe ist dabei zwingend, eine Geldstrafe scheidet demgegenüber aus und kommt nur noch gemäß § 47 Abs. 2 StGB in Betracht.⁵⁰ Allein dieser Umstand dürfte geeignet sein, dass potentielle Versammlungsteilnehmer von der Ausübung ihres Rechts auf Versammlungsfreiheit aus Angst vor (ungerechtfertigten) Strafverfolgungsmaßnahmen absehen.⁵¹ Dies gilt umso mehr, als dass das Gesetz keinen mildereren Fall vorsieht.

In diesem Kontext ist zudem auf die Erweiterung der Regelbeispiele hinzuweisen, die im § 113 Abs. 2 StGB vorgenommen wurden und über den § 114 Abs. 2 StGB ebenfalls Anwendung finden. Besonders hervorzuheben sind hierbei die Regelbeispiele des § 113 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 sowie § 113 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 StGB. § 113 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 StGB erfasste bereits vor der Änderung das Beisichführen einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs durch den Täter oder Teilnehmern. Nunmehr wird jedoch auf die Verwendungsabsicht verzichtet. Dies hat zur Folge, dass Demonstrationsteilnehmer*innen, die Gegenstände, welche dem Protestgeschehen dienen, z.B. Fahnen

an Stangen mit sich führen, und in eine Auseinandersetzung mit der Polizei geraten, sich einer Mindeststrafe von sechs Monaten Freiheitsstrafe ausgesetzt sehen. Gleiches gilt für die Erweiterung des Katalogs der Regelbeispiele um den Fall der gemeinschaftlichen Tatbegehung. Die „exzessive“ Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals dahingehend, dass die physische Anwesenheit einer Person bei Ausschreitungen als bewusstes Zusammenwirken mit anderen Personen zur Erfüllung des Tatbestandes genügt, führt ebenfalls dazu, dass Versammlungsteilnehmer in Zukunft geneigt sein könnten, nicht mehr an Versammlungen teilzunehmen, die möglicherweise nicht in allen Teilen friedlich bleiben.

Durch den konkreten Verzicht auf die Vollstreckungshandlung wird der Anwendungsbereich der Norm auf Handlungen, die sich „als ‚schlichte‘ Ausübung des Dienstes darstellen, ohne nach Anlass, Person oder Maßnahme konkretisierte Ausführungshandlung dienstlicher Pflichten zu enthalten oder zu beabsichtigen“⁵², ausgedehnt. Im Versammlungsgeschehen hat dieser Umstand zur Folge, dass der Anwendungsbereich der Norm auch auf Sachverhalte außerhalb der Vollstreckung polizeilicher Maßnahmen, bei der keine konkreten mit Zwang durchsetzbaren Weisungen vorliegen, ausgeweitet wird. Der Gesetzgeber begründete den Verzicht auf die Vollstreckungshandlung mit der Schutzbedürftigkeit der Beamt*innen in Ausübung allgemeiner Diensthandlungen. Bemerkenswert ist, dass er zur Begründung anführt, dass sie sich „anderes als beispielsweise Polizisten, die zur Begleitung einer [...] Demonstration eingesetzt werden [und entsprechende Schutzkleidung tragen], [...] nicht in gleicher Weise schützen [können].“⁵³ Nichtsdestotrotz ist der Anwendungsbereich der Vorschrift gleichwohl für Beamt*innen eröffnet, die Versammlungen begleiten.

Darüber hinaus erscheint problematisch, dass die Deutungshoheit über das Protestgeschehen auf die Polizei übertragen wird, da die Feststellung, ob Handlungen die Strafbarkeitsschwelle überschreiten, in besonderem Maße von den Wahrnehmungen, der Interpretation und den daraus resultierenden rechtlichen Bewertungen der beteiligten Beamt*innen abhängt.⁵⁴ Dies erlangt insbesondere vor dem Hintergrund der zuvor angesprochenen Relevanz des polizeilich definierten Gefährdungspotentials eines Protestes und den erwarteten Protestgruppen an Bedeutung. Das Gesetz begünstigt in diesem Kontext eine binäre Zuordnung der Konfliktparteien, die verkennet, dass Übergriffe in Versammlungsgeschehen komplexe Konfliktsituationen darstellen, denen zum einen Interaktionen *beider* am Übergriff beteiligten Konfliktparteien vorausgehen und in der Regel von beiden Seiten mit gewaltsamen Mitteln ausgetragen werden.⁵⁵ Phänomenologische Erkenntnisse verdeutlichen, dass Widerstandshandlungen

⁴⁷ Vgl. Fischer, StGB, 65. Aufl. (2018), § 114 Rn. 5.

⁴⁸ Vgl. Busch/Singelstein, NSTZ 2018, 510.

⁴⁹ Jäger et al., Gewalt gegen Polizeibeamtinnen und Polizeibeamte, 2013, S. 76 f.

⁵⁰ Busch/Singelstein, NSTZ 2018, 510 (511 ff.).

⁵¹ Puschke/Rienhoff, JZ 2017, 924 (928).

⁵² Fischer, StGB, § 114 Rn. 4.

⁵³ BT-Drs. 18/11161, S. 10.

⁵⁴ DAV, SN 5/17: Stärkung des Schutzes von Vollstreckungsbeamten und Rettungskräften, S. 7, online abrufbar unter: <https://anwaltverein.de/de/newsroom/sn-5-17-staerkung-des-schutzes-von-vollstreckungsbeamten-und-rettungskraeften> (zuletzt abgerufen am 18.9.2018).

⁵⁵ Vgl. Puschke/Rienhoff, JZ 2017, 924 (928); DAV Stellungnahme, SN 5/17: Stärkung des Schutzes von Vollstreckungsbeamten und Rettungskräften, S. 7.

und tätliche Angriffe in einem eskalierenden Interaktionsgeschehen zwischen den Bürger*innen und den Polizeibeamt*innen entstehen⁵⁶, sodass Bedingungsfaktoren der Gewalt gegenüber Polizeibeamtinnen vor diesem Hintergrund sowohl auf Seiten der eingesetzten Beamt*innen als auch auf Seiten des polizeilichen Gegenübers existent sind.

Resümierend lässt sich feststellen, dass sich die Änderungen negativ auf potentielle, friedliche Versammlungsteilnehmer auswirkt, die – angesichts einer geringen Strafbarkeitsschwelle und der hohen Strafandrohung auch im Hinblick auf Einwirkungen mit vergleichsweise geringem Unrechtsgehalt – von der Teilnahme an Versammlungen absehen. Unkonventionelle Protestformen, die keine planmäßigen und gezielten Übergriffe auf die Polizei als Konfliktpartei fokussieren, aber denen dennoch das Risiko leichter körperlicher Auseinandersetzungen anhaften, könnten in Zukunft kriminalisiert werden. Diesem Risiko kann nur durch eine versammlungsfreundliche Auslegung der Tatbestandsmerkmale durch die Polizei – bei der Frage der Bewertung eines Verhaltens von Protestierenden im Rahmen des Anfangsverdachts – und durch die Gerichte – bei der Feststellung des strafrechtlichen Vorwurfs – begegnet werden.

III. Abriss der Ereignisse beim G20-Gipfel in Hamburg

Anhand der Ereignisse während des G20-Gipfels im Juli 2017 sind schließlich Entwicklungen erkennbar, welche bisher dominierende deeskalative Strategien im Protest Policing ins Gegenteil verkehren und sich in den Rahmen einer Politik der Inneren Sicherheit einordnen lassen, die sich durch zunehmende Einschränkungen von Freiheits- und Persönlichkeitsrechten sowie Maßnahmen der Abschreckung auszeichnen. Im folgenden Abschnitt sollen diese Entwicklungen näher erläutert werden.

Mit der Entscheidung für Hamburg als Austragungsort des G20-Gipfels 2017 stand die Hamburger Polizei vor einer sehr komplexen und teils dilemmatischen Aufgabe. Es galt nicht nur Maßnahmen für die Sicherheit der Gipfelteilnehmer zu konzipieren, auch mussten Strategien entwickelt werden, welche sowohl die Versammlungsfreiheit der Demonstranten schützen als auch potentiellen Gefährdungen durch Protestierendengruppen begegnen sollten. Im Laufe des Gipfels zeigte sich jedoch, dass sich die Strategien des Protest Policing vordergründig auf die Wahrung eines reibungslosen Gipfeltreffens richteten.⁵⁷

Schon im Vorfeld des Gipfels entwarf die Polizei eine äußerst negative Protestdiagnose, indem sie öffentlich von 8.000 gewaltbereiten Demonstranten sprach, welche den Gipfel massiv stören wollten.⁵⁸ Als Grundlage für die Lagebeurteilung wurden u.a. Informationen des Staatsschutzes des LKA Hamburg sowie inländischer und ausländischer Polizeibehörden und Geheimdienste herangezogen. Auf einzelne Kundgebungen und Demonstrationen bezogen fällt die Lagebeurteilung eher generalisierend aus, sodass nicht nur bezüglich der für den 6.7.2017 geplanten „Welcome to Hell-Demonstration“, sondern auch für die am 8.7.2017 angemeldete Großdemonstration „Grenzenlose Solidarität statt G20“ mit einer hohen Beteiligung linksextremistischer Gruppierungen gerechnet wurde. Kritisch wird hier u.a. die reduktionistische Beurteilung von Großveranstaltungen im Sinne des Versammlungsrechts gesehen.⁵⁹

Mit der Deutung der G20-Proteste als ungeahntes Gefahrenpotential vermittelte die Polizei ein öffentlichkeitswirksames Bedrohungsszenario, das eine repressive Polizeitaktik legitim erscheinen ließ. Die bereits im Vorfeld getroffenen Maßnahmen wie z.B. die Einrichtung von Sonderrechtzonen sowie die juristischen Auseinandersetzungen um und die Räumung von Protestcamps wie z.B. auf Entenwerder stellte klare Weichen in Richtung räumliche Einhegung der Proteste.

Auch ein Blick auf die verwendete Ausrüstung der Polizei spiegelt das auf Repression ausgerichtete Handeln der Polizei wider. Dementsprechend wurden u.a. über 30.000 Polizeikräfte, 48 Wasserwerfer, diverse gepanzerte Räumfahrzeuge und Hubschrauber eingesetzt. Diese durch Masse, Schutzausrüstung und Stärke charakterisierte polizeiliche Performanz trug als „non-verbal signal“⁶⁰ zur Delegitimation insbesondere der Protestaktionen bei, welche nahe an den Gefahrenzonengrenzen ausgetragen wurden.

Während des Gipfels zeichnete sich das polizeiliche Handeln auch bei der Kontrolle von niedrigschwelligen Protestformen wie z.B. Sitzblockaden durch geringe Einschreitschwellen aus, indem beispielsweise Wasserwerfer ohne Vorankündigungen eingesetzt wurden. Größere Aufzüge wurden mit einem hohen Einsatz an Menschen, Material und Technik begleitet und gestoppt, sobald sich unter den Protestierenden Vermummte befanden. Dieses Vorgehen wurde von den Forscher*innen des Projekts „Mapping NoG20“⁶¹ als „deeskalative Stärke“ beschrieben, da diese Strategie zum Ziel hatte, Störer abzuschrecken.

⁵⁶ Vgl. BKA, Gewalt gegen Polizeivollzugsbeamtinnen/ -beamte 2016, S. 28.

⁵⁷ Hunold et al., KrimJ, 2018, 14 (34).

⁵⁸ Hamburger Abendblatt, 2017, <https://www.abendblatt.de/hamburg/article210444981/Polizei-rechnet-mit-8000-gewaltbereiten-Linksextremen.html> (zuletzt abgerufen am 19.9.2018); Zeitweise wird sogar von bis zu 10 000 gewaltbereiten Linksextremisten berichtet; vgl. Zeit online, 2017, Verfassungsschutz erwartet 10.000 gewaltbereite Demonstranten, online abrufbar unter: <https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2017-06/g20-gipfel-hamburg-sicherheitsbehoerden-demonstranten-linksextremismus> (zuletzt abgerufen am 18.9.2018).

⁵⁹ Malthaner et al., Eskalation. Dynamiken der Gewalt im Kontext der G20-Proteste in Hamburg 2017, 2018, S. 36 online abrufbar unter: <https://g20.protestinstitut.eu/> (zuletzt abgerufen am 19.9.2018).

⁶⁰ della Porta/Reiter, Policing protest: The control of mass demonstrations in Western democracies, 1998, S. 250.

⁶¹ Haunss et al. #NoG20. Ergebnisse der Befragung von Demonstrierenden und der Beobachtung des Polizeieinsatzes, online abrufbar unter: <https://protestinstitut.eu/projekte/mapping-nog20/> (zuletzt abgerufen am 19.9.2018).

Die polizeiliche Performanz der Polizei während des Gipfels hat jedoch weniger zur Befriedung von Konflikten geführt und ist vielmehr als ein Element der eskalativen Prozessen zu sehen, welche z.B. zur gewaltsamen Auflösung der „Welcome to Hell“-Demonstration mündeten sowie auch zu den Ausschreitungen in der Sternschanze in den darauffolgenden Tagen.

Mit der Neu-Ordnung des Stadtraums nach dem polizeilich antizipierten Bedrohungsrisiko durch Protestgruppen sowie der Demonstration von Stärke im Zusammenhang mit der Kontrolle verschiedener Protestformen während des G20-Gipfels in Hamburg behält die Polizei auch im Nachgang die Deutungshoheit über die Gipfelproteste und die Gefährlichkeit linker Gruppierungen. So strengte die Hamburger Polizei durch die eingesetzte Sonderkommission „Schwarzer Block“ eine der größten Öffentlichkeitsfahndungen in der Geschichte der Bundesrepublik nach Verdächtigen⁶² von Straftaten wie Sachbeschädigung und Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte durch und forderte Medienvertreter explizit zur Verbreitung der Fotos auf.⁶³ Unabhängig von der öffentlichen Debatte um die gesetzliche Legitimation angesichts des nachhaltigen Eingriffs in die Persönlichkeitsrechte und der Unschuldsvermutung setzt sich ein repressiver, extensiver Protest Policing Stil fort, den auch das Hamburger Gericht und die Staatsanwaltschaft zumindest billigen.⁶⁴ Erste (noch nicht rechtskräftige) Urteile sprachen mehrjährige, nicht mehr bewährungsfähige Haftstrafen aus.⁶⁵ Die Verschärfung der Widerstandsdelikte und damit einhergehende Anpassungen der Vorschriften des Landfriedensbruchs dürften hierbei wesentlich zum Strafmaß beigetragen haben. Darüber hinaus hob das Gericht bei der Begründung des Strafmaßes insbesondere generalpräventive Aspekte hervor.⁶⁶ Und auch noch ein Jahr später werden öffentlichkeitswirksame Razzien und Festnahmen von verdächtigen Beteiligten durchgeführt.⁶⁷ Insgesamt entsprach die polizeiliche Performanz während des Gipfels nicht nur der Strategie des „strategic incapacitation“, sondern die Organisation trägt auch nachhaltig zum gesellschaftlichen Diskurs zu politisch illegitimen linken Protest bei.

IV. Fazit

Protest Policing ist als mehrdimensionaler, sich wechselseitig beeinflussender Prozess zu begreifen, der von mehreren Faktoren beeinflusst wird. Zu berücksichtigen ist,

dass das politische System selbst den äußeren Rahmen bildet und materiell als der Primat für die polizeiliche Strategie fungiert, indem sie (gesetzliche) Orientierungsrahmen resp. Leitlinien vorgeben.

Die Polizei nimmt hierbei jedoch eine besondere Rolle ein, da letztlich die aus polizeilichen Erfahrungswissen resultierenden Protestdiagnosen Einfluss auf das Sicherheitskonzept ausüben. Wenn jedoch das polizeiliche Wissen das Resultat einer selektiven und auf eigenen Erfahrungen beruhenden Wahrnehmung ist, kann diese die Basis für polizeiliche Narrative über Protestformen und die von ihnen ausgehenden Gefahren formen, die wiederum als Rechtfertigung der konkreten Praxis des Protest Policing herangezogen werden. Da die institutionell vernetzte Wahrnehmung von Protest die „polizeiliche“ Realität als den sogenannten „body of knowledge“⁶⁸ formt, ist nicht auszuschließen, dass dieser auch über die Zeit entwickelte Stereotypen über „Störer“ und „ordnungswidriges“ Verhalten beinhaltet. Indem sich die Gefahrenprognose in Einsatz- und Sicherheitskonzepten manifestiert, stellt Protest Policing zugleich ein wichtiges Moment der politischen Chancenstruktur eines Gesellschaftssystems dar⁶⁹, innerhalb derer die Möglichkeiten der politischen Partizipation direkt beeinflusst werden.⁷⁰

Inwieweit die Polizei darüber hinaus als „grundrechts- und damit versammlungs-rechtsfreundliche Bürgerpolizei“ oder „etatistisch-autoritäre Staatspolizei“ im Rahmen von Protestgeschehen auftritt, hat Einfluss auf die Qualität eines demokratischen Willensbildungsprozess und kann als sichtbarer Indikator der politischen Kultur und der Staatsverfassung gewertet werden.⁷¹ In diesem Kontext kann die Praxis des protest policing als Bestandteil politischer Gelegenheitsstrukturen⁷² [betrachtet werden], da sie großen Einfluss auf die Chancen von politischen Gruppierungen [ausübt], sich jenseits der parlamentarischen Bühne zu artikulieren [...] und politischen Druck auszuüben.“⁷³ Hieraus lässt sich ableiten, dass die Chance auf unkonventionelle politische Partizipation gewissermaßen von der institutionellen Bewertung des Protests beeinflusst wird. Ausgehend von der Annahme, dass die Institution eine wertkonservative Ausrichtung aufweist, der eine fehlende Affinität für widerständiges Verhalten immanent ist, lässt sich schlussfolgern, dass politischer Protest, der sich vornehmlich Machtstrukturen - denen die Polizei selbst angehört - infrage stellt, eher als illegitim wahrgenommen wird.

⁶² Vgl. Bild, 2017, 107 Gesichter! Polizei jagt diese G20-Verbrecher, online abrufbar unter: <https://www.bild.de/news/inland/g20-gipfel/g20-alle-tatverdaechtigen-54230066.bild.html> (zuletzt abgerufen am 19.9.2018).

⁶³ Vgl. TAZ, 2017, Wenn Medien Polizei spielen, online abrufbar unter: <http://www.taz.de/!5472778/> (zuletzt abgerufen am 19.9.2018).

⁶⁴ Vgl. Spiegel Online, 2017, Letzte Hoffnung Öffentlichkeit, online abrufbar unter: <http://www.spiegel.de/panorama/justiz/g20-oeffentlichkeitsfahndung-nach-104-mutmasslichen-randalierern-gestartet-a-1183952.html> (zuletzt abgerufen am 19.09.2018).

⁶⁵ AG Hamburg, Urt. v. 28.8.2017 – 259 Ds 128/17.

⁶⁶ Vgl. A.a.O., Rn. 41.

⁶⁷ <https://www.ndr.de/nachrichten/hamburg/Festnahme-eines-35-Jaehrigen-bei-G20-Grossrazzia-razzia1076.html> (zuletzt abgerufen am 19.9.2018).

⁶⁸ della Porta/Reiter, Policing Protest. The Control of Mass Demonstrations, 1998, S. 23.

⁶⁹ della Porta, zitiert nach Winter, Protest Policing und das Problem der Gewalt, 1998, S. 6.

⁷⁰ Vgl. Winter, Protest Policing und das Problem der Gewalt, 1998, S. 2.

⁷¹ Winter, Protest Policing, in Wörterbuch zur inneren Sicherheit, Lange, Hans-Jürgen (Hrsg.), 2006, S. 259.

⁷² Es handelt sich hierbei um einen in den USA entwickelten Ansatz, der explizit 1973 von Peter Eisinger eingeführt wurde und vor allem von Sydney Tarrow weiterentwickelt wurde. Die Kernthese des Ansatzes ist, dass die politische Gelegenheitsstruktur im Umfeld einer Bewegung entscheidend dafür ist, welche Strategien gewählt werden und welchen Einfluss die Bewegungen damit ausüben können. Vgl. Opp, Theories of Political Protest and Social Movements, 2009, S. 161 ff.

⁷³ Winter, Protest Policing und das Problem der Gewalt, 1998, S. 1.

Mit Blick auf die Ausschreitungen im Rahmen der Gipfelproteste möchte dieser Beitrag als Teil des wissenschaftlichen Diskurses sich nicht anmaßen, die Kausalitätsfrage zu beantworten. Es ist jedoch zu konstatieren, dass sich polizeiliche Konzepte und das Protestverhalten wechselseitig beeinflussen, woraus letztlich wechselseitige Gewalthandlungen in einer eskalierenden Interaktionsdynamik resultieren. Das im öffentlichen Diskurs auf Seiten beider Konfliktparteien zum Teil existente binäre Freund-Feind-Schema-Denken erschwert einen sachlichen Diskurs über Ursache und Wirkung. Emotionalisierte Debatten und einseitige Problembeschreibungen und die fehlende Dialogbereitschaft, die gerade zu symptomatisch für die derzeitige (politische) Konfliktkultur ist, tragen zu einer Verhärtung der Fronten bei.

Das Gesetz zur Stärkung des Schutzes von Vollstreckungsbeamten und Rettungskräften trägt im Kontext des Protest Policing eher zu einer weiteren Polarisierung bei. Hierbei soll nicht die Legitimität des Anliegens per se in Frage gestellt werden, sondern auf die nachteiligen Auswirkungen der Änderungen im Hinblick auf die Versammlungsfreiheit hingewiesen werden.

Konservative Tendenzen, die durch gesellschaftliche Krisenerscheinungen verstärkt werden, spiegeln sich - nicht zuletzt durch gesetzliche Rahmenbedingungen - im sicherheitsbehördlichen Umgang mit Protest wider. Sofern diese konservativen Tendenzen sich als autoritäre Krisenbewältigungsstrategien im Protest Policing manifestieren, besteht jedoch die Gefahr, dass polizeiliche Einsätze zum Schutz der Gesellschaft gegen Gewalt und Konflikte in eine politische Instrumentalisierung umschlagen.

Androiden und die Renaissance der strengen Schuldtheorie?

von Dr. Sven Henseler*

Abstract

Strafrechtswissenschaft und Rechtsprechung haben sich im vorherigen Jahrhundert intensiv mit der Behandlung des Sachverhaltsirrtums bezüglich eines Rechtfertigungsgrundes beschäftigt. Der Gesetzgeber hat (bewusst) davon abgesehen, die Rechtsnatur eines solchen Irrtums festzulegen. Der Beitrag geht der Frage nach, ob die bisherigen Lösungsvorschläge geeignet sind, den technologischen Fortschritt angemessen zu berücksichtigen.

I. Einleitung

Was in der theoretischen Physik oder der Philosophie das Gedankenexperiment¹ ist, bedeutet für die Rechtswissenschaft der theoretische Fall. Die (Straf-)Rechtswissenschaft kann der Praxis dadurch einen Schritt voraus sein, damit die Probleme aufgezeigt und die möglichen Lösungen diskutiert sind, bevor der Sachverhalt tatsächlich einer Lösung bedarf.² Die Gesetzgebung wird hierdurch in die Lage versetzt, die Notwendigkeit von Änderungen der bestehenden Vorschriften oder der Schaffung von neuen Vorschriften zu erkennen. Die Rechtsprechung kann auf Argumente und Begründungen zurückgreifen. Die folgenden Ausführungen betreffen die Frage nach der Behandlung einer irrtümlich angenommenen rechtfertigenden Situation (sog. Erlaubnistatbestandsirrtum bzw. Erlaubnistatumstandsirrtum) unter Berücksichtigung des technischen Fortschritts auf dem Gebiet der Robotik.³

II. Ausgangslage

Die Ausgangslage soll an einem Beispielsfall, wie er sich ähnlich in vielen Lehrbüchern findet⁴, erläutert werden:

T geht abends bei leichtem Nieselregen spazieren. Der kräftig gebaute S nähert sich T von hinten. Als T einen kurzen Blick über die Schulter wirft, sieht er, wie S vermeintlich einen Stock erhebt, um ihn zu schlagen. T dreht sich schnell um und schlägt S schmerzhaft mit der Faust ins Gesicht, um den von ihm erwarteten Schlag mit dem Stock abzuwenden. Tatsächlich hat S nur seinen Schirm aufspannen wollen. S wurde verletzt. T hätte den Irrtum vermeiden können.

Die derzeit am häufigsten vertretene Auffassung⁵ löst den Fall wie folgt. Nach Bejahung der objektiven und subjektiven Tatbestandsmäßigkeit der Körperverletzung (§ 223 StGB), wird auch die Rechtswidrigkeit bejaht. Dies ergibt sich aus der Überlegung, dass für einen Angriff i.S.d. § 32 StGB entscheidend ist, ob aus einer Perspektive ex post das menschliche Verhalten ein rechtlich geschütztes Individualinteresse bedroht oder verletzt⁶ (für den Gefahrenbegriff des § 34 StGB und der – hier noch nicht relevanten – §§ 228, 904 BGB ist die Beurteilungsperspektive umstritten⁷), da der Ausgleich des Handlungsunrechts nicht über den bloßen Willen des Täters zu einem aus seiner Sicht rechtmäßigen Verhalten erfolgen kann.⁸ Im Anschluss wird unter dem Aspekt „hypothetische Rechtfertigung“ bei Berücksichtigung der Fehlvorstellung über das

* Der Verfasser ist Dozent für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Steuerstrafrecht an der EBS Universität für Wirtschaft und Recht in Wiesbaden. Er dankt Frau Ref. iur. *Sina Eichhoff* für die kritische Durchsicht und Herrn stud. iur. *Abdalle Yusuf* für die Unterstützung bei der Literaturrecherche und der Fußnotenstellung. Der Beitrag ist im Anschluss an den Vortrag von *Reinhard Merkel* „Menschen, Cyborgs und humanoide Roboter – Herausforderungen für Verantwortung und Autonomie“ – gehalten beim Symposium anlässlich des 80. Geburtstags von *Rolf Dietrich Herzberg* an der EBS Universität für Wirtschaft und Recht – entstanden.

¹ Ein Gedankenexperiment ist die Vorstellung einer Situation, die sich nicht oder nur sehr schwer bilden lässt, um daraus Folgerungen für die Annahme bzw. Nichtannahme bestimmter Theorien zu finden. Genauer zum Begriff des Gedankenexperiments: *Reinmann*, in: Csanyi/Reichl/Steiner (Hrsg.), *Digitale Medien – Werkzeuge für exzellente Forschung und Lehre*, 2012, S. 29 (32 f. m.w.N.).

² In dieser Richtung beispielsweise (wegen der thematischen Nähe hinsichtlich des technischen Fortschritts): *Weigend*, ZIS 2017, 599-605 zur Frage des Notstandsrecht und selbstfahrenden Autos; *Peters*, ZIS 2017, 662 zur Frage, ob das Strafrecht für den Angriff ziviler Drohen gewappnet ist; *Simmler/Markwalder*, ZStW 129 (2017), 20 zur Frage, ob es eine strafrechtliche Verantwortlichkeit von Robotern geben kann; *Gleiß/Weigend*, ZStW 126 (2014), 561 (579) zur Frage, wie der Mensch hinter dem intelligenten Agenten (Roboter) bestraft werden kann; *Beck*, JR 2009, 225 mit grundlegenden Fragen zum rechtlichen Umgang mit der Robotik.

³ Robotik ist hier im Sinn einer interdisziplinären Wissenschaft gemeint (vgl. hierzu *Maier*, *Grundlagen der Robotik*, 2016, S. 15 f.).

⁴ Vgl. *Rengier*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9. Aufl. (2017), § 30 Fall 1; *Kindhäuser*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Aufl. (2017), § 29 Fall 2; *Jäger*, *Examens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Aufl. (2017), Rn. 212; *Hoffmann-Holland*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Aufl. (2015), Rn. 437; *Kaspar*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2015, Rn. 649. *Kühl*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Aufl. (2017), § 13 Rn. 69 ausführlich zu Fundstellen in der Ausbildungsliteratur.

⁵ Sog. eingeschränkte Schuldtheorien: Vgl. *Hillenkamp/Cornelius*, 32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil, 15. Aufl. (2017), S. 82 ff.

⁶ *Kühl*, § 7 Rn. 21; *Kindhäuser*, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), Band 1, § 32 Rn. 26; *Erb*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), Bd. 1, § 32 Rn. 62; *Wessels/Beulke/Satzger*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 47. Aufl. (2017), Rn. 492; *Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 32 Rn. 3; eine Gegenansicht verlangt hingegen eine Ex-ante-Betrachtung aus Sicht des Verteidigers: *Schröder*, JuS 2000, 235 ff.; *Kaufmann*, in: FS Welzel, 1974, S. 393 (401).

⁷ Vgl. *Neumann*, in: NK-StGB, § 34 Rn. 45 ff.; *Perron*, in: Schönke/Schröder, § 34 Rn. 13; *Erb*, in: MüKo-StGB, § 34 Rn. 61 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 452; *Roxin*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Aufl. (2006), Bd. 1, § 16 Rn. 18. Der Streit hat keine Auswirkung, wenn sogar der Täter die fehlerhafte Beurteilung der Sachlage hätte erkennen können.

⁸ *Britz*, JuS 2002, 465 (466); *Kindhäuser*, in: NK-StGB, § 32 Rn. 26.

tatsächliche Geschehen⁹ die Frage aufgeworfen (und beantwortet), ob T – trotz der Vermeidbarkeit seiner Fehleinschätzung der tatsächlichen Lage – nicht wegen vorsätzlicher Körperverletzung, sondern wegen fahrlässiger Körperverletzung bestraft werden sollte. Die dieses Ergebnis befürwortende Ansicht¹⁰ soll durch die folgenden Argumente gestützt werden: Erstens wäre es unbillig, einen Täter, der sich die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrunds vorstellt und bei ihrem Vorliegen rechtstreu handeln würde, allein wegen seines Irrtums hinsichtlich der Bewertung der Tatsituation wegen eines vorsätzlichen Delikts zu bestrafen.¹¹ Zweitens sei auch zu berücksichtigen, dass der Täter durch die rechtliche Fehlwertung den Tatbestand nicht zu seinen Gunsten ausdehne und deshalb gar nicht von der Appellfunktion des Tatbestandes erreicht werde.¹² Drittens stehe der Erlaubnistatbestandsirrtum von seiner Struktur dem Tatbestandsirrtum des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB näher, sodass die Anwendung des § 17 StGB (und damit die Bestrafung wegen vorsätzlich begangener Tat) nicht angemessen erscheine.¹³ Die Bestrafung nur wegen des fahrlässig begangenen Delikts wird deshalb – wenn der Täter den Irrtum hätte vermeiden können – häufig als ausreichend angesehen.¹⁴ Das Ergebnis verliert auch nicht im Fall einer hypothetisch gerechtfertigten Tötung an Überzeugungskraft, sondern erscheint noch viel mehr als das rechtliche gebotene Ergebnis. Die fahrlässige Tötung wird mit Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis fünf Jahren bestraft. Die fehlerhafte Einschätzung des Täters hinsichtlich des Sachverhalts kann in diesem Rahmen tat- und schuldangemessen bestraft werden, ein Rückgriff auf den Strafrahmen des § 212 StGB erscheint insoweit unangemessen hart¹⁵, da dieser selbst bei Berücksichtigung der Milderung (§ 49 Abs. 1 Nr. 3 StGB) zu einer Mindeststrafe von zwei Jahren führt.

Seitens des Gesetzgebers wurde „die Entscheidung, ob es sich bei dem Irrtum über Voraussetzungen von Rechtfertigungsgründen um einen Tatbestands- oder Verbotsirrtum oder um einen Irrtum eigener Art handelt, [...] der Rechtsprechung und Rechtslehre überlassen“¹⁶. Trotz einiger Gegenstimmen¹⁷ scheint die Lösung – über die Verneinung der Bestrafung aus dem vorsätzlichen Delikt –

gefunden und der Gesetzgeber lag mit seiner Einschätzung richtig, die Lösung anderen überlassen zu können. Zur Überprüfung dieses Lösungsweges wird nun der technologische Fortschritt einbezogen.

III. Roboter und Androiden ersetzen (oder ergänzen) den Menschen

Roboter werden in der Industrie schon lange eingesetzt.¹⁸ Über Verwendungsmöglichkeiten von autonomen¹⁹ Robotern²⁰ und Androiden²¹ wird schon jetzt nachgedacht und es werden verschiedene Konzepte diskutiert und erprobt.²² Die Frage der rechtlichen Behandlung spezifischer Probleme im Zusammenhang mit Robotern (im weiten Sinne) und künstlichen Intelligenzen findet bereits statt.²³

Wandelt man nun den Ausgangsfall etwas ab, wird sich zeigen, ob die bislang vermeintlich überzeugende Lösung Bestand haben kann. Ersetzt man das Opfer S – also den Menschen – im Ausgangsfall durch einen Roboter bzw. Androiden, stellen sich die Fragen, ob eine Verneinung der Strafbarkeit aus dem vorsätzlichen Delikt noch in Betracht kommt und ob das Ergebnis noch überzeugen kann.

1. Roboter übernehmen Teile der Arbeitswelt

Der Begriff Roboter²⁴ meint (hier²⁵) eine autonome²⁶, mobile Maschine²⁷.

T geht abends spazieren. Ihm kommt der Roboter R entgegen. R wird von einem Lieferdienst eingesetzt. Letzterer ist dafür bekannt, die Wartungsroutinen zu vernachlässigen, da hierdurch Kosten beim Betrieb eingespart werden sollen. Deswegen ist es in der Vergangenheit bereits zu Fehlfunktionen gekommen. T bemerkt den Roboter, als dieser direkt auf ihn zukommt. T geht davon aus, dass der Roboter entgegen seiner Programmierung handelt und das

⁹ Erb, in: MüKo-StGB, § 32 Rn. 62; Wessels/Beulke/Satzger, Rn. 492; Rengier, § 18 Rn. 12; Kühl, § 7 Rn. 21.

¹⁰ Ebenfalls zur Verneinung einer vorsätzlichen Körperverletzung gelangt man, wenn man die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen (vgl. hierzu Hillenkamp/Cornelius, S. 86 f.) bzw. die modifizierte Vorsatztheorie (vgl. hierzu Hillenkamp/Cornelius, S. 87 f.) anwendet.

¹¹ Kühl, § 13 Rn. 72; BGHSt 3, 105 (107) = NJW 1952, 1023 (1023). Rengier, § 30 Rn. 14.

¹² Trüg/Wentzel, Jura 2001, 30 (33); Kindhäuser, § 29 Rn. 18.

¹³ Rengier, § 30 Rn. 21; Wessels/Beulke/Satzger, Rn. 700 ff.; Mommens/Rackow, JA 2006, 654 (659 f.); Esser/Langenauer, JA 2013, 28 ff. Die Rechtsprechung wendet diese Vorgehensweise derzeit auch an (z.B. BGH, NSZ 2012, 272 [273 f.]).

¹⁴ Wessels/Beulke/Satzger, Rn. 699; Roxin, § 14 Rn. 62; Puppe, in: NK-StGB, § 16 Rn. 137.

¹⁵ BT-Drs. V/4095 S. 9.

¹⁶ Paeffgen/Zabel, in: NK-StGB, Vorb. § 32 Rn. 108.

¹⁷ Vgl. die Darstellung bei Jordan, Roboter, 2017, S. 103 ff.; Maier, S. 107 ff. Im Jahr 2016 wurden weltweit fast 300.000 Industrieroboter verkauft: https://ifr.org/downloads/press/Executive_Summary_WR_2017_Industrial_Robots.pdf (zuletzt abgerufen am 26.7.2018).

¹⁸ Autonomie bedeutet hierbei, dass sich der Roboter ohne externe Unterstützung orientieren und über den Einsatz von Funktionen selbstständig (beruhend auf seiner Programmierung) entscheiden kann (Maier, S. 50, dort auch zu den verschiedenen Graden der Autonomie).

¹⁹ Zum Begriff Maier, S. 16 f.

²⁰ Zum Begriff Jordan, S. 49 f.

²¹ Vgl. Gießelmann, Deutsches Ärzteblatt 2017, 402; Gießelmann/Osterloh, Deutsches Ärzteblatt 2017, 405; Maier, S. 270; die Rolle von Robotern im Bereich der Kriegsführung bei Jordan, S. 183 ff. und die Übersicht der Projekte von ECHORD++ (The European Coordination Hub for Open Robotics Development) unter <http://echord.eu/experiments/> (zuletzt abgerufen am 26.7.2018).

²² Beispielsweise: Günther/Böglmüller, BB 2017, 53; Denga, CR 2018, 69; Lutz, NJW 2015, 119; Keßler, MMR 2017, 589; Scheffler, DStR 2017, 2665.

²³ Das Wort Roboter kommt im Theaterstück „R.U.R. – Rossum’s Universal Robots“ des Schriftstellers Karel Capek vor. Zu Herkunft und Verbreitung vgl. Jordan, S. 50 ff.

²⁴ Zu verschiedenen Definitionen des Begriffs „Roboter“ Jordan, S. 41 ff.

²⁵ Vgl. Fn. 19.

²⁶ Zur Einteilung von Robotern nach bestimmten Merkmalen: Maier, S. 26 ff.

„erste Robotgesetz“²⁸ und ihn verletzen wird. Die einzige Möglichkeit für T der Gefahr zu entgehen, ist den Roboter zu rammen und so zu Fall zu bringen. T handelt dementsprechend. Wie beabsichtigt wird der Roboter schwer beschädigt. Die Reparatur kostet mehrere zehntausend Zahlungseinheiten. Tatsächlich bestand zu keinem Zeitpunkt eine Gefahr für T, was dieser auch hätte erkennen können. Nun ergibt sich bei Anwendung der Theorien, die die Bestrafung wegen des vorsätzlichen Delikts ablehnen (unabhängig von der exakten Konzeption²⁹), eine bedeutende Änderung. Beim Roboter handelt es sich um eine Maschine, somit eine Sache i.S.d. § 303 StGB. Eine Bestrafung wegen vorsätzlicher Sachbeschädigung scheidet am Irrtum des T. Er hat sich eine Sachlage vorgestellt, bei der er gemäß § 228 BGB³⁰ gerechtfertigt wäre. Eine fahrlässige Begehung der Sachbeschädigung ist nicht strafbar.³¹ Das Ergebnis der Straflosigkeit könnte mit der Anwendung der strengen Schuldtheorie vermieden werden. Die strenge Schuldtheorie behandelt den Irrtum über die tatsächliche rechtfertigende Lage als Irrtum nach § 17 StGB.³² Im Fall der Vermeidbarkeit des Irrtums bleibt es daher bei der Anwendung des vorsätzlichen Deliktes.³³ Die Strafe des Täters kann gemäß der §§ 17 S. 2, 49 Abs. 1 StGB gemildert werden. Im Fall einer Sachbeschädigung (§ 303 StGB) kommt man dann zu einem Strafraum von Freiheitsstrafe bis zu 1 Jahr und 6 Monaten (§§ 49 Abs. 1 Nr. 2 S. 1, 39 StGB) oder Geldstrafe.

2. Androiden interagieren in der Welt der Menschen

Als Androide wird ein mechanisches Wesen bezeichnet, das ein menschliches Aussehen hat und sich wie ein Mensch verhalten kann.³⁴

T geht abends spazieren. Auf einer schmalen Fußgängerbrücke kommt ihm der Androide A entgegen. T hält diesen für einen Menschen. Aufgrund des leicht unheimlichen Gesichtsausdruckes³⁵ geht T davon aus, dass A ihn

töten will. Tatsächlich wollte ihn der Androide A nur grüßen. T hat keine andere Möglichkeit, als dem Angriff durch einen Stoß des A über das Brückengeländer zu begegnen. T stößt A von der Brücke. Er nimmt dabei den Tod des vermeintlichen Menschen A billigend in Kauf. Den Irrtum hätte T vermeiden können.

Beim Androiden A handelt es sich nicht um einen Menschen, daher kommt nur ein versuchter Totschlag (§§ 212, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB) in Betracht. Diese scheidet jedoch bei Anwendung der Theorien, die eine Bestrafung wegen vorsätzlicher Tat aufgrund des Erlaubnistatbestandsirrtums ablehnen. Eine Bestrafung wegen der Vermeidbarkeit des Irrtums scheidet wiederum an der Nichtstrafbarkeit einer fahrlässigen Sachbeschädigung. Die strenge Schuldtheorie kommt hingegen wegen der Vermeidbarkeit des Irrtums zu einer Bestrafung des T wegen versuchten Totschlags.

IV. Die Zukunft – Strenge Schuldtheorie als herrschende Meinung?

Die eingeschränkten Schuldtheorien sind nicht in der Lage alle Fallgestaltungen angemessen zu erfassen.³⁶ Im Fall eines vermeidbaren Erlaubnistatbestandsirrtums bei der Sachbeschädigung (und anderen Delikten ohne Tatbestand der fahrlässigen Begehung [z.B. § 239 StGB]) überzeugt das Ergebnis nicht vollständig.³⁷ Die strenge Schuldtheorie ist in der Lage, dem Normbefehl bei vorsätzlicher Begehung über die Tatbestandsmäßigkeit hinaus Geltung zu verschaffen, indem der potentielle Täter zu sorgfältiger Prüfung angehalten wird, ob eine rechtfertigende Lage auch rein tatsächlich besteht.³⁸ Für die strenge Schuldtheorie spreche, dass die für eine Analogie notwendige Regelungslücke infolge der Existenz des § 17 StGB nicht bestehe.³⁹ Das vorsätzliche Unrecht werde bei einem vermeidbaren Irrtum nicht zu einem fahrlässigen

²⁸ Asimov, „Ich der Robot“, 5. Aufl. (1978), S. 34: „Ein Robot darf kein menschliches Wesen verletzen oder durch Untätigkeit gestatten, daß einem menschlichen Wesen Schaden zugefügt wird.“ Zur Frage, ob wir die Robotgesetze im Sinn von Asimov benötigen: *Barthelmess/Furbach*, in: Horbach (Hrsg.), Informatik angepasst an Mensch, Organisation und Umwelt (GI-Jahrestagung 2013), S. 1077.

²⁹ Vgl. Fn. 5 und Fn. 10.

³⁰ Sofern man den Vorrang der zivilrechtlichen Regelungen über den Notstand als speziellere Normen ansieht (*Erb*, in: MüKo-StGB, § 34 Rn. 14 m.w.N. auch zur Gegenansicht).

³¹ Der Gesetzgeber wird hier ausdrücklich vor einer Lösung des Problems durch die Einführung der Bestrafung der fahrlässigen Sachbeschädigung gewarnt. Dies mag ein Problem lösen, schafft aber viele neue und würde das Zusammenleben erheblich erschweren. Zudem würde es die Kriminalstatistik und die Ermittlungsbehörden mit über 2 Millionen Fällen von fahrlässiger Sachbeschädigung aus dem Bereich des Straßenverkehrs belasten (vgl. Statistik Statistisches Bundesamt, Verkehrsunfälle: <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Wirtschaftsbereiche/TransportVerkehr/Verkehrsunfaelle/Tabelle/PolizeilichErfassteUnfaelle.html> (zuletzt abgerufen am 26.7.2018)).

³² *Joecks*, in: MüKo-StGB, § 16 Rn. 129; *Hartung*, NJW 1951, 209 (212); *Dornseifer*, JuS 1982, 761 (765); *Heitzer*, NJW 1953, 210 (210 f.).

³³ *Paeffgen/Zabel*, in: NK-StGB, Vorb. § 32 Rn. 108; *Wesels/Beulke/Satzger*, Rn. 697; *Heuchemer*, JuS 2012, 795 (799).

³⁴ *Maier*, S. 35. Vgl. zu Bildern von Androiden aus der aktuellen Forschung von *Hiroshi Ishiguro*: <http://www.geminoid.jp/en-robots.html> (zuletzt abgerufen am 26.07.2018).

³⁵ Die unheimliche Erscheinung von fast menschlichen Gesichtszügen wird als „uncanny valley“ bezeichnet. Ausführlich zu diesem Phänomen: *Mara/Appel*, In-Mind 05/15 (abrufbar unter: <http://de.in-mind.org/article/roboter-im-gruselgraben-warum-uns-menschenae-hnliche-maschinen-oft-unheimlich-sind> (zuletzt abgerufen am 26.7.2018)); zur aktuellen Forschung: *Lischetzke/Lzydarczyk/Hüller/Appel*, Journal of Research in Personality, 68, 96 (abrufbar unter: http://www.mcm.uni-wuerzburg.de/fileadmin/06110300/user_upload/Publicationen/The_Topography_of_the_Uncanny_Valley_and_Individua.pdf (zuletzt abgerufen am 26.7.2018)).

³⁶ *Erb*, in: FS Paeffgen, 2015, S. 216 für den Fall einer massiven Gewaltteinwirkung mit einer Folge aus § 226 StGB und die Bestrafung (nur) aus § 229 StGB oder bei einer grotesk anmutenden Fehlinterpretation der Situation.

³⁷ *Paeffgen/Zabel*, in: NK-StGB, Vorb. § 32 Rn. 115, bezeichnen diese Folge als „eine schwer nachvollziehbare Straffreiheit“.

³⁸ *Welzel*, ZStW 67 (1955), 196 (218).

³⁹ *Paeffgen/Zabel*, in: NK-StGB, Vorb. § 32 Rn. 118. Jedenfalls ist eine Regelungslücke nicht planwidrig. Der Gesetzgeber hat mit der Verweisung an Rechtsprechung und Literatur ausgedrückt, dass die Lösung des Problems möglicherweise im bestehenden Gesetz gefunden werden kann, weshalb keine Regelungslücke vorliegt oder – falls das Gesetz keine Lösung zulässt – die Unvollständigkeit nicht planwidrig ist. Vgl. zur fehlenden unbewussten Regelungslücke: *Paeffgen*, in: FS Frisch, 2013, S. 405 f.

Unrecht transformiert.⁴⁰ Ein „an sich rechtstreues Verhalten“ liege bei einem Verstoß gegen die Verkehrssicherungspflicht für das eigene Verhalten nicht vor.⁴¹ Ein Einwand gegen die Anwendung der strengen Schuldtheorie hat im Bereich der Tötung eines Menschen aufgrund der Fehleinschätzung der tatsächlichen Lage jedoch weiterhin Bestand. Die Bestrafung wegen nicht sorgfältiger Prüfung der Rechtfertigungssituation als Totschlag (§ 212 StGB) mit einer Mindestfreiheitsstrafe von fünf Jahren (zwei Jahre im Fall der Milderung über § 49 Abs. 1 Nr. 3 StGB) erscheint nämlich zu hart.⁴² Bei der irrigen Annahme einen Menschen statt eines Androiden vor sich zu haben, können deshalb im Rahmen des Erlaubnistatbestandsirrtums beide Ergebnisse nicht überzeugen; weder die Straflosigkeit noch die Bestrafung wegen versuchten Totschlags erfassen das Geschehen in einem (auch für die Allgemeinheit⁴³) nachvollziehbaren Rahmen. Können jedoch alle Theorien die möglichen Fälle nicht überzeugend lösen, muss ein anderer Lösungsweg gefunden werden. Die Rechtswissenschaft bemüht sich seit Jahrzehnten⁴⁴ um die Klärung des Problems, ohne eine vollständig zufriedenstellende Lösung anbieten zu können. Mit den §§ 16 und 17 StGB stellt der Gesetzgeber keine Normen zur Verfügung, die das Problem des Erlaubnistatbestandsirrtums als Irrtum besonderer Art vollständig erfassen können. Aus diesem Grund ist das bestehende Gesetz

zu ändern.⁴⁵ Ob dies mittels einer Ergänzung der Vorschriften⁴⁶ über die Rechtfertigungsgründe in Anlehnung an § 35 Abs. 2 StGB, über eine Orientierung an § 323a StGB⁴⁷, über eine Klarstellung in § 16 StGB⁴⁸ oder über eine Ergänzung des § 17 StGB⁴⁹ erfolgt, ist der Entscheidung des Gesetzgebers überlassen⁵⁰. Die Rechtswissenschaft sollte zur Erhellung des überzeugenderen Weges (sowohl dogmatisch als auch rechtspraktisch) beitragen und den Streit um die Anwendung des § 16 StGB oder des § 17 StGB ruhen lassen.

V. Fazit

Mag die Einbeziehung von Androiden in Lehrbuchfälle und Gerichtsentscheidungen noch nicht unmittelbar notwendig erscheinen, so wird die technische Entwicklung⁵¹ diese Notwendigkeit belegen. Die derzeitige gesetzliche Lage kann weder die Fälle des Erlaubnistatbestandsirrtums bei fehlerhafter Annahme einer Gefahr, die von einer Sache ausgeht (z.B. Roboter) noch die irriige Annahme bei der Sache handle es sich zudem um einen Menschen (Stichwort Androide) überzeugend lösen. Aus diesem Grund ist die strenge Schuldtheorie vorzugswürdig. Nicht weil sie insgesamt die überzeugenderen Ergebnisse zulässt, sondern weil sie den Handlungsbedarf des Gesetzgebers eindrücklich bewusst macht. Die Aussicht einen

⁴⁰ *Paeffgen/Zabel*, in: NK-StGB, Vorb. § 32 Rn. 114. Ausführlich zu weiteren Argumenten: *Erb*, in: FS Paeffgen, S. 213 ff.; *Paeffgen*, in: FS Frisch, S. 405 ff.

⁴¹ *Jakobs*, in: FS Paeffgen, S. 228.

⁴² Zur Vermeidung von überhöhten Sanktionen: *Erb*, in: FS Paeffgen, S. 218 f.

⁴³ Die Nachvollziehbarkeit wird auch nicht durch die Anwendung von weiteren gesetzlichen oder verfassungsmäßig gebotenen Milderungsgründen erreicht. Den Vorzug verdient eine klare gesetzliche Regelung.

⁴⁴ Zur Entwicklung des Problems: *Schmidhäuser*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1970, Kap. 10 Rn. 54 ff. Zur strengen Schuldtheorie: *Welzel*, *SJZ* 1948, 368 (369 und 371 m.w.N. in Fußnote 14); *Gallas*, *ZStW* 67 (1955), 1 (45 f.) in Fußnote 89.

⁴⁵ Der Entwurf eines Strafgesetzbuches von 1962 (E 1962, BT-Drs. IV/650) sah in § 20 eine Regelung (Irrtum über rechtfertigende oder entschuldigende Umstände) vor. Nach Absatz 1 der Vorschrift sollte ein Täter, der bei Begehung der Tat irrig Umstände annimmt, welche die Tat rechtfertigen oder entschuldigen würden, nicht wegen vorsätzlicher Begehung bestraft werden. Absatz 2 sah jedoch eine Bestrafung wegen fahrlässiger Begehung vor, wenn ihm der Irrtum vorzuwerfen ist und das Gesetz auch fahrlässiges Handeln mit Strafe bedroht. § 20 sollte jedoch nach § 39 Abs. 2 bei einem rechtfertigenden Notstand keine Anwendung finden. Zwar sollte einerseits der Irrtum über die tatsächliche Sachlage bei der Notwehr nicht zu einer Bestrafung wegen vorsätzlicher Tat führen (insoweit wurden die Aspekte der eingeschränkten Schuldtheorie und insbesondere die Sichtweise des *BGH* im Ur. v. 6.6.1952 (1 StR 708/51; BGHSt 3, 105 ff.) berücksichtigt), andererseits sollte ein solcher Irrtum beim rechtfertigenden Notstand die vorsätzliche Tat nicht entfallen lassen (insoweit wurden die Aspekte der strengen Schuldtheorie und die Sichtweise des *BGH* im Ur. v. 6.6.1952 (1 StR 13/52; BGHSt 3, 7 ff.) aufgenommen). Die differenzierte Regelung sollte alle Aspekte berücksichtigen und war aufgrund der damit verbundenen fehlenden dogmatischen Verankerung zum Scheitern verurteilt (*Kaufmann*, *ZStW* 76 (1964), 543 (546): „von jedem System aus erscheint sie [...] als inkonsequent, widerspruchsvoll und fehlerhaft“); „Da im E 62 für die einzelnen Irrtumsgruppen unterschiedliche Lösungen vorgeschlagen wurden, fühlen sich alle wissenschaftlichen Lehrmeinungen in irgendeiner Weise bestritten.“ (BT-Drs. V/4095 S. 9).

⁴⁶ „Irrt sich der Täter über die Widerrechtlichkeit seiner Tat, so handelt er schuldlos, wenn sein Irrtum ihm nicht vorzuwerfen ist. Ist ihm der Irrtum vorzuwerfen, so kann die Strafe nach § x gemildert werden. (Ist die Schuld besonders leicht, so kann von Strafe abgesehen werden)“ *Welzel*, *ZStW* 67 (1955), 196 (205).

⁴⁷ Formulierungsmöglichkeit: Wer wegen eines Irrtums über das tatsächliche Bestehen eines Rechtfertigungsgrundes deshalb nicht wegen vorsätzlicher Tat bestraft werden kann, weil bei tatsächlichem Vorliegen der Sachlage eine Rechtfertigung anzunehmen wäre, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft. Vgl. zur Schaffung einer Norm über die „Rechtsfahrlässigkeit“: § 17 Abs. 2 des Entwurfs eines deutschen Strafgesetzbuchs i.d.F. der 2. Lesung 1935/36 (Stand: 1. Juli 1936) „Fahrlässig handelt auch, wer die Tat mit Wissen und Willen begeht, aber pflichtwidrig nicht erkennt, daß er damit gegen ein Gesetz verstößt oder sonst Unrecht tut. Ist fahrlässiges Handeln nicht mit Strafe bedroht, so kann der Richter gleichwohl nach freiem Ermessen auf Strafe erkennen; jedoch darf die Strafe nach Art und Maß nicht schwerer sein als die für die vorsätzliche Begehung der Tat angedrohte Strafe und Gefängnis bis zu zwei Jahren oder Haft nicht übersteigen. Besondere Vorschriften über die Verfolgung der vorsätzlich begangenen Tat gelten auch hier“.

⁴⁸ Im Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches wurde für § 19 StGB vorgeschlagen: „Wer bei Begehung der Tat über einen gesetzlichen Umstand irrt oder irrig Umstände annimmt, welche das Unrecht der Tat ausschließen würden, handelt nicht vorsätzlich. Die Strafbarkeit wegen fahrlässiger Begehung bleibt unberührt.“ (Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. [1969], S. 56).

⁴⁹ Formulierungsmöglichkeit: Das Gericht kann die Strafe nach seinem Ermessen mildern (§ 49 Abs. 2), wenn der (vermeidbare) Irrtum die Annahme einer Sachlage betrifft, bei deren tatsächlichen Vorliegen eine Rechtfertigung anzunehmen wäre (Erlaubnistatbestandsirrtum).

⁵⁰ Der Gesetzgeber möge die Warnung von *Welzel* (*ZStW* 67 (1955), 196 (218)) beachten: „Der Gesetzgeber [...] verfehlt seine Aufgabe, wenn seine Regelung wohl eine Gruppe von Fällen befriedigen könnte, für eine andere dagegen eine Wegsperrung zur gerechten Beurteilung bildete“.

⁵¹ Die Frage, wie weit die „Künstliche Intelligenz“ (zum Begriff vgl. *Maier*, S. 272 ff.) reichen wird und was Roboter und Androiden tatsächlich leisten können, wird kontrovers diskutiert (vgl. z.B. die Antworten von 180 Wissenschaftlern zur Frage „Was sollen wir von Künstlicher Intelligenz halten?“, Brockman (Hrsg.), 2017).

Beschuldigten zu einer Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren⁵² zu verurteilen, dessen strafwürdiges Fehlverhalten allein in der sorgfaltswidrigen Annahme eines Angriffs durch das spätere Opfer liegt, ist eher geeignet

den Gesetzgeber zu einem Handeln anzuhalten, als der Hinweis auf ein Missverhältnis in einem Zukunftsszenario.⁵³

⁵² Aufgrund der Milderung über § 49 Abs. 1 Nr. 3 StGB.

⁵³ Mögen es uns die künftigen Androiden auch danken.

AUSLANDSRUBRIK

The Rights of the Children in Turkish Criminal Justice System

von Prof. Dr. Dr. h.c. Hakan Hakeri*

Abstract

The Turkish legal system follows the civil law tradition of the continental Europe, which has its origin in the Roman Law. Turkey has made last 15 years major legal reforms. After new penal code and criminal procedure code the juvenile courts Law has been replaced by the child protection Law which entered into force on 3.7.2005. Protection of the rights of children in criminal justice system, the main elements of new turkish children criminal law and problems in praxis have been discussed in the article.

I. Introduction

The Turkish Republic was founded in 1923 by *Mustafa Kemal Atatürk*, who instituted an ambitious programme of reforms designed to orient the political, social and economic structure of the country towards Western countries and neighbouring Europe in particular. It is one of the 20 most populous countries in the world. The first census of 1927 recorded a total population of 13.8 million, whereas a total of 81 million was returned by the last census in 2017. Children are the country's largest demographic group. The current estimated total of 27 million people under 19 years of age represents 36 per cent of the total population with under 15s and under-five-year-olds constituting 28 per cent and nine per cent of the total respectively.¹

In its attempts to accede to the European Union, the Turkish Government is following the National Program for the Adoption of the *Acquis Communautaire*. As a result, Turkey is currently going through a process of major political, legal and institutional reforms. This has been reflected by the enactment of a new Penal Code² that entered into force on 1 June 2005, a Criminal Procedure Code, a Misdemeanours Law and an Enforcement Law. The Juvenile

Courts Law has been replaced by the Child Protection Law (Act No 5395), hereinafter referred to as the CPL, which entered into force on 3 July 2005. It implemented the UN Convention on the Rights of the Child (hereinafter referred to as the UNCRC or CRC) and the ten fundamental principles of the Beijing Rules.³ The legislation was aimed at minimizing custody and imprisonment, accelerating trials, ensuring privacy, preventing interruption to children's education, encouraging rehabilitation and ensuring that child suspects and offenders are handled only by police child branches, child courts, child penitentiaries and professionals and personnel trained in dealing with children.⁴ This law was particularly necessary as the last decade has shown considerable increases in reported offences by juveniles in many countries.⁵

The new Child Protection Law provides protection and rehabilitation measures for children who have been exploited or forced into criminal activity and guarantees their rights to counselling, education, childcare, healthcare and housing. The Ministry of Justice was the coordinating institution for its implementation. The Ministries of Health, Labour and National Education, the General Directorate of Social Services and Child Protection⁶ and various municipalities were also involved in implementing measures to protect and support children.⁷

The next chapter first deals with awareness efforts regarding rights of children in Turkey. In chapter III and IV, I am going to give an overview about national and international legal framework. In chapter V domestic legislation on the protection of the rights of the child in Turkish criminal law is presented.

* Professor of Criminal Law, Law Faculty of Istanbul Medeniyet University.

¹ http://www.unicef.org/turkey/ut/ut2_2010.html#nt26 (last accessed on 20.8.2018).

² Available in English at: <http://www.legislationline.org/documents/action/popup/id/6872/preview>, (last accessed on 25.2.2010).

³ Zermatten, 'Introduction' in: Zermatten (ed), Training Course On Juvenile Justice for Officials from Turkey, Working Report 2-2003, 5-6 available at: <http://www.childsrights.org/html/documents/Publications/WRTurquie2003.pdf> (last accessed on 25.2.2010).

⁴ 'Plus 5' Review of the 2002 Special Session on Children and World Fit for Children Plan of Action, National Progress Report, Turkey, January 2007, 17 available at: http://www.unicef.org/worldfitforchildren/files/Turkey_WFFC5_Report.pdf (last accessed on

25.2.2010).

⁵ Miklau, 'New Tendencies and Politics in Juvenile Justice, A Challenge for The Legislator' in: Zermatten (ed) Training Course On Juvenile Justice for Officials from Turkey, Working Report 2-2003, 9, last accessed on 25.2.2010.

⁶ Established by Act No 2828 on Social Services and the Child Protection Agency, dated 24.5.1983.

⁷ Hanci, United Nations Committee on the Rights of the Child, (42nd Session) 'Summary Record of The 1129th Meeting' (Chamber B) 2, available at [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/c0418bef762dfbfc1257185002e697c/\\$FILE/G0642246.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/c0418bef762dfbfc1257185002e697c/$FILE/G0642246.pdf) (last accessed on 25.2.2010).

II. Awareness-raising efforts

Turkey's ratification of the CRC led to an awareness raising campaign on children's rights. This was followed by a National Children's Congress in 2002. The Congress in turn decided to set up a National Children's Forum, which was to consist of one boy and one girl from each province. The Forum was initiated by SHCEK, the national agency responsible for monitoring the implementation of the CRC, and meets every year. Children attending the seventh annual gathering of the Child Forum in 2006 launched a new campaign to promote and raise awareness about children's rights and to boost children's participation in decision-taking at all levels. The 'Rights of the Child Promotion Campaign' went ahead in 25 provinces spanning the entire country. The first phase of the campaign lasted until 20 November 2007 and was managed predominantly by children. The provinces in question were chosen because they had active children's rights committees and/or were candidates for the Child Friendly City initiative conducted by the Ministry of the Interior.

Information on the rights of the child, particularly rights that had been affected by recent changes in legislation, are being widely disseminated to the public.⁸ Children are being taught about their rights as part of the national school curriculum. Many national and international conferences, symposia, panels and other events have been organized to raise awareness of children's rights.

Finally, the Ministry of Justice of Turkey has developed and executed a National Judicial Network Project (NJNP) (UYAP) by using every modern technology necessary to accomplish inner automation of the entirety of the judiciary and judicial support units and to accomplish external unit integration with public bodies and organizations. As a result of the contributions of NJNP to the judicial system, juveniles may be tried in a reasonable time period, accurate policies may be developed by receiving crime reports of juveniles, it is easier to prevent impunity for those who commit crimes against children, and to stop crimes against children by an effective, transparent, fair and speedy performance of the judiciary. Legislations relating to children are accessible any time with their up to date status. Studies are being conducted swiftly by the judicial authorities for the establishment of precautions that aim to improve, protect and support the rights and well-being of children and vulnerable groups.⁹ Systematic data collection and analysis are needed to provide the basis for improved policies and programs for children. Awareness of child rights among policy and decision makers, service providers, caregivers and children will enhance the effectiveness of their participation in policy discussions.¹⁰

⁸ An agreement had been concluded with the Turkish radio and television authorities to produce 12 human rights-related programmes, one of which would focus exclusively on child rights and abuse. (The author has also participated in one of these programmes on 'the right to life and the right to liberty and security'.)

⁹ See (n 11) 8.

¹⁰ United Nations Children's Fund, Revised country programme document Turkey, 31.10.2005, 9 available at: http://www.unicef.org/spanish/about/execboard/files/Turkey-CPD_Rev1.pdf, (last accessed on 26.2.2010).

III. National legal framework

At the outset, it should be noted that Turkish law follows the Civil Law tradition of continental Europe, which has its origin in Roman law, and is based on statutory or legislative enactments.¹¹ For example, the first Turkish penal code, enacted in 1923, was based on the Italian Penal Code of 1889.

In 1979, Turkey enacted Law No 2253 on the Establishment, Duties and Trial Procedures of Juvenile Courts, which essentially dealt with procedural matters. Thus, one of the problems encountered by the criminal justice system was the lack of specific legislation relating to the protection of juveniles. As a result, the Ministry of Justice worked towards enacting a separate piece of legislation relating to children within the framework of the UNCRC and other international instruments, such as the United Nations Rules for the Protection of Children Deprived of their Liberty and the United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice. In addition, a number of laws were enacted to monitor the judiciary. For example, Law No 4675 on Supervisory Judges, which entered into force on 16 May 2001, ensures that objections and complaints relating to services and practices in institutions are overseen by an independent judicial organ. Law No 4681 on Monitoring Boards for Penal Institutions and Detention Houses, which entered into force on 21 June 2001, requires that institutions be inspected at regular intervals by civil society organizations and reports drawn up further to these inspections be delivered to the Turkish Grand National Assembly and to various executive organs, such as Ministries and General Directorates, in order to take the necessary steps.

These new laws reconstructed the juvenile justice system with the aim of rendering it more child-friendly. The definition of child protection and principles governing children's rights are now more complete and in line with international instruments. A clear distinction between child delinquency and child protection has been made.¹² Article 3(1)(a) of the CPL provides the major definitions:

1. Juvenile in need of protection: any juvenile whose physical, mental, moral, social or emotional development and personal safety is in danger, who is neglected or abused, or who is a victim of crime,

2. Juvenile pushed to crime: any juvenile about whom an investigation or prosecution is carried out on the allegation that he/she has committed an act which is defined as a crime in the Laws, or any juvenile about whom a security measure has been decided due to an act he/she has

¹¹ Şeref, 'Turkish Legal System and the Protection of Human Rights' SAM (Stratejik Araştırmalar Merkezi) Papers, No 3/99, 3. A new Civil Code was adopted by Parliament in November 2001 and entered into force in January 2002. The new Civil Code incorporates some amendments regarding the protection and rights of the child. See Commission of the European Communities, 2002 Regular Report on Turkey's Progress Towards Accession, 20, 40 and 45 available at: http://ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_documents/2002/tu_en.pdf, (last accessed on 25.2.2010).

¹² Seminar on Juvenile Justice Procedures, TAIEX Workshop, 3.

committed.

The purpose of the CPL is to regulate the procedures and principles protecting juveniles who are in need of protection or who are pushed to crime, and ensuring their rights and well-being.¹³ It entails:

- the types of protection measures regarding children in need of protection,
- the institutions and organizations that are to apply these measures,
- the courts that have jurisdiction,
- the qualifications required for the appointment of judges, prosecutors and social workers who are to function in these courts,
- enforcement procedures and
- a supervision mechanism of protection orders given by the Courts.

This law also provides for a broader application of ‘conciliation’¹⁴ and introduces two important procedures, namely the possibility of suspending the pleading of the criminal case and the announcement of the verdict.¹⁵ A child can apply to Social Services when he/she wishes to be taken by the agency. The CPL recognizes the right of the juvenile of adequate capacity to participate in the proceedings, by taking his opinion into consideration, and to be informed about them. The question of capacity is not defined by age but is rather a factual question to be decided by the judge.¹⁶ One of the main goals behind the legislation was the reorganization of the services provided to children in light of international instruments, namely the CRC, and scientific developments.¹⁷ In order to attain this goal, all Turkish facilities and services directed at children should ensure that:

“a. they are equipped with the knowledge and resources to meet their own basic humanitarian needs and develop the potential they have,

b. the damage done to a child’s psychological, social and physical integrity by the event that resulted in the restriction of their liberty is identified and undone,

c. children undergo a social, cultural, vocational, psychological, medical and physical treatment as required by their age, gender and personality, which will be aimed at their reintegration into society, will develop their esteem and trust and will reinforce their respect of the rights and freedoms of others,

d. children are brought up to be physically, intellectually, morally and emotionally healthy individuals who are

aware of the importance of working and assuming a constructive role in society and who have learned to live without causing any damage to others,

e. children strengthen their relationships with their family and society,

f. children are integrated into society by approximating life in institutions to social life and seizing every opportunity to maintain their relationship with society.”¹⁸

In addition to the aforementioned laws, provisions on the special status of children with regard to law enforcement and procedural rights are now provided for in the Penal Code,¹⁹ Misdemeanours Law (The law governing administrative offences), the Criminal Procedure Code and the Law on the Execution of Criminal and Security Measurements. Following Turkey’s ratification of the CRC in 1995 and in line with the amendments made to its legislation thereafter, article 19 of the Regulations on Apprehension, Custody and Taking of Statements now contains special provisions concerning minors: apprehension and statement-taking powers are restricted and provision is made for juveniles to benefit from the assistance of a lawyer, for their parents or guardians to be able to choose a lawyer and for statements to be taken from under-age suspects on condition that their lawyer is present.

The law on the ‘Organization and Duties of the General Directorate of Penal Institutions and Detention Houses’, which relevant authorities are currently working on, foresees:

- a Child and Youth Services Department to be established to provide services to children in the 12-18 age group and youth in the 19-21 age group, with a single management,
- Observations and Measures Centres to be established to make up for the deficiencies in infrastructure at the trial stage,
- Education services to be inspected by the Ministry of National Education and health services by the Ministry of Health in order to make institutional services more effective.

Furthermore, works have commenced on a comprehensive regulation aiming to standardise the services provided to children who are under the supervision of the General Directorate of Prisons and Detention Houses and to bring these services in line with provisions contained in

¹³ Art 1 CPL 2005, available at: http://www.law.yale.edu/rcw/rcw/jurisdictions/asw/turkey/Turkey_juv_prot_law_Eng.pdf (last accessed on 25.2.2010).

¹⁴ Report presented by the Minister of Justice of Turkey, in: 28th Conference of European Ministers of Justice, Lanzarote (25.–26.10.2007), 5, available at: <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/minjust/mju28/MJU-28%282007%2914E-Turkey.pdf> (last accessed on 25.2.2010).

¹⁵ Arts 19 and 23 CPL 2005.

¹⁶ <http://www.law.yale.edu/rcw/rcw/jurisdictions/asw/turkey/frontpage.htm> (last accessed on 25.2.2010).

¹⁷ United Nations Children’s Fund Executive Board First regular session 2006, 16-20 and 23 January 2006, Revised country programme document, Turkey, 3 available at: http://www.unicef.org/about/execboard/files/Turkey-CPD_Rev1.pdf (last accessed on 25.2.2010).

¹⁸ Nursal, ‘Juvenile Justice and treatment in Turkey’ in: Zermatten (ed) Training Course On Juvenile Justice for Officials from Turkey Working Report 2-2003, 69, available at <http://www.childsrighs.org/html/documents/Publications/WRTurquie2003.pdf> (last accessed on 25.2.2010).

¹⁹ For example: abandonment (art 97), failure in the duty of assistance or notification (art 98), maltreatment (art 232), breach of family law obligations (art 233), kidnapping and detention of a child (art 234).

international instruments.²⁰

There are three models that inspire the juvenile courts' system:²¹ the welfare model, the justice model and the restorative model.²² The welfare model places the emphasis on the young offender. The latter is seen as a victim rather than an offender so that the criminal justice system should not punish him but rather look for the causes that might explain his behaviour. The justice model is based on the idea that a young offender is responsible for his acts so that when he commits an offence he has chosen to misbehave. He therefore has to pay for his deeds in the form of retributive punishment. The last model, the restorative justice model, focuses on re-integrating the victim into society. The young offender has to face his victim(s) and be proactive in order to repair the damage he has caused. Thus, mediation and service community orders are frequently used. The Turkish model is a mixture between the welfare and the justice model. Young offenders are not only sanctioned by criminal law but also by family and welfare laws.²³ Since 2005, however, a restorative justice model has also appeared through the use of mediation.

IV. International legal framework

Turkey ratified the European Convention on Human Rights on 18.5.1954²⁴ and has accepted the competence of the European Court of Human Rights to receive individual complaints. It signed the Convention on the Rights of the Child on 14.9.1990 and ratified it on 9.12.1994.²⁵ The Social Services and Child Protection Agency (SHCEK) is the coordinating directorate for the implementation of the UNCRC. The CPL efforts continue to ensure its full implementation. Research is being conducted on the need for further legislative changes to ensure that all legislation affecting children is CRC-compliant.²⁶ Turkey has as well ratified the European Convention on the Exercise of Children's Rights on 10.6.2002²⁷ and the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the involvement of children in the armed conflict on 4.5.2004²⁸ following a decision of the Council of Ministers on 16.10.2003 (Decision No: 4991). According to the Turkish Constitution, international human rights instruments duly ratified by Parliament have priority over national laws in case of conflict.²⁹ Since international conventions

take precedence, they directly protect human rights in Turkey. Furthermore, the best interests of the child are guaranteed by several provisions of the Turkish Constitution:³⁰

- Article 42(2) of the Constitution stipulates that 'the State will adopt appropriate measures for protecting children and establish the institutions needed therefore.'
- Article 50(2) states that 'Minors, women and persons with physical and mental handicaps will be protected by special provisions as to their working conditions.'

Thus, it can be said that Turkish law ascribes a great deal of importance to child protection. The UN Committee on the Rights of the Child endorsed the CPL, the designation of the General Directorate of Social Services and Child Protection Agency as the coordinating organization responsible for monitoring and implementation of the UNCRC and its Optional Protocol, the amendments to the Constitution allowing for direct application of the Optional Protocol to domestic legislation and the training activities undertaken by the State party in order to enhance the awareness of the issues covered by the Optional Protocol.

V. Domestic legislation on the protection of the rights of the child in criminal law

1. The Age of Criminal Liability

According to article 1 of the UNCRC, 'a child means every human being below the age of eighteen years unless under the law applicable to the child, majority is attained earlier'. The new Penal Code defines a child as any person under the age of 18,³¹ a definition in line with that of the UNCRC.³² Article 3(1)(a) of the CPL defines a juvenile as 'any individual that has not yet completed the age eighteen, regardless of whether they have reached full legal age earlier'. Thus, the upper limit for the application of the special provisions of the CPL has been fixed at 18.

In the old Turkish Penal Code the minimum age of criminal liability was 12 years of age. Under article 31(1) of the

0&CM=&DF=&CL=ENG (last accessed on 25.2.2010).

²⁰ See (n 15) 73.

²¹ Zermatten, 'Face à l'évolution des droits de l'enfant, quel système judiciaire: système de protection ou système de justice?' (1994) *Revue internationale de criminologie et de police technique* 2.

²² Bahar/Arıcan, 'Dünya'da ve Türkiye'de Çocuk Adaletinin Gelişimi: Temel Sorunlar, Modeller ve Arayışlar' in *Kriminoloji Dergisi* (Turkish Journal of Criminology and Criminal Justice) (2009) CI, SI, 64–66. Also see Zermatten (n 4).

²³ See (n 5) 11.

²⁴ <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=005&CM=&DF=&CL=ENG> (last accessed on 25.2.2010).

²⁵ The convention became a national legal instrument after having been ratified by Law No 4058 published in the Official Journal No 22184 of 27.1.1995. It should be noted that Turkey made a number of reservations to the Convention, which remain today. For details see: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en#EndDec (last accessed on 25.2.2010); Solmaz Balo, 'Teori ve Uygulamada Çocuk Ceza Hukuku' 2.B., (Ankara, 2005) 89.

²⁶ *ibid* (n 4) 4. See also art 45(1) of the CPL.

²⁷ <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=16>

²⁸ http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=IV-11-b&chapter=4&lang=en (last accessed on 25.2.2010).

²⁹ Art 90(5) of the Turkish Constitution: 'International agreements duly put into effect bear the force of law. No appeal to the Constitutional Court shall be made with regard to these agreements, on the grounds that they are unconstitutional. In the case of a conflict between international agreements in the area of fundamental rights and freedoms duly put into effect and the domestic laws due to differences in provisions on the same matter, the provisions of international agreements shall prevail'.

³⁰ The Constitution is available in English at: http://www.ana.yasa.gov.tr/images/loaded/pdf_dosyalari/THE_CONSTITUTION_OF_THE_REPUBLIC_OF_TURKEY.pdf (last accessed on 25.2.2010).

³¹ Art 6(1)(b).

³² In the old law on the 'Establishment, Duties and Trial Procedures of Juvenile Courts' the competence of the courts was limited to juveniles aged 12 to 15. Consequently, juveniles between 16 and 18 were tried by ordinary courts.

new Code however, ‘minors under the age of thirteen are exempt from criminal liability’. This is in line with most legal systems nowadays which provide for a criminal threshold between 13 and 15 years of age.³³ Thus, between the ages of 13 and 18, the juvenile’s responsibility varies depending on the person’s mental development. In some European countries (like Germany) some provisions of juvenile law are being applied to young adults, referring to the age groups of 18 to 20, but this has not been the case in Turkey.

There is no death penalty in Turkey neither for adults nor juveniles. The last execution in Turkey occurred in 1983 (after the 1980 military coup). Even if the death penalty was still in place, it would be inapplicable to children, because of penalty reduction for juvenile.

As aforementioned, criminal sanctions cannot be applied to a juvenile who at the time of committing an offence was under the age of 13. While such minors cannot be prosecuted, security measures may be imposed on them.

Different sanctions apply according to the age group of the juvenile offender. Where a minor is older than 12 but younger than 15 at the time the offence was committed, and he is either incapable of appreciating the legal meaning and consequences of his act or his capability to control his behaviour is underdeveloped, and then he shall be exempt from criminal liability. However, such minors shall be subjected to security measures specific to children. Where the minor has the capacity to comprehend the legal meaning and result of the act and to control his behaviour in respect thereof, a term of 12 to 15 years of imprisonment shall be imposed for offences requiring a penalty of aggravated life imprisonment and for offences that require a penalty of life imprisonment, a term of nine to eleven years imprisonment shall be imposed. Otherwise, the penalty to be imposed shall be reduced by half, save for the fact that for each act such penalty shall not exceed seven years.³⁴ Where a minor is older than 15 but younger than 18 years at the time the offence was committed, then for crimes that require a penalty of aggravated life imprisonment a term of 18 to 24 years of imprisonment shall be imposed and for offences that require a penalty of life imprisonment 12 to 15 years of imprisonment shall be imposed. Otherwise, the penalty to be imposed shall be reduced by one-third, save for the fact that the penalty for each act shall not exceed 12 years.³⁵ According to article 107(5) of the Code of Execution of Punishments and Security Measures, when the offender is a juvenile a day in prison counts as two days served. Thus, article 31 of the Turkish Penal Code illustrates that the Turkish juvenile justice system is a mixed one. For the juvenile offender

under 13, a welfare model is in place. For the juvenile offender aged between 13 and 16, a welfare and justice model prevails and aged between 16 and 18 the justice model governs. Some elements of the restorative justice model also exist through mediation.³⁶

The security measures mentioned above are protective and supportive measures regulated by the CPL. They are juvenile-specific safety measures aimed at juveniles who are pushed to crime and who do not have criminal liability.³⁷ They are enumerated in article 5 of the CPL and include education, care, health and shelter. They are flexible measures and their duration is not determined by law, but by judge. The court must monitor their implementation³⁸ and may vary them if they are deemed inappropriate.³⁹

2. Deprivation of Liberty and Conditions of Detention

a) Pre-trial arrest and detention

As regards juvenile suspects, the following rules apply.⁴⁰ Children who are under the age of 13 at the time of the offence or deaf and dumb minors who are under the age of 16 at the time of the offence may not be apprehended for any offence. As soon as their identity has been established, such minors shall be released. The public prosecutor’s office shall immediately be informed of the minor’s identity and offence. Minors shall not on any account be used in establishing the nature of an offence. Children between the ages of 13 and 18 may be apprehended for an offence. Their relatives and lawyers shall be informed of their apprehension and they shall immediately be brought before the public prosecutor. The preliminary investigation shall be conducted by the chief public prosecutor in person or a public prosecutor appointed by him.⁴¹ Detained juveniles shall be kept at the juvenile unit of the law enforcement facility.⁴² In situations where the facility does not have a juvenile unit, juveniles shall be kept separately from detained adults.⁴³ Chains, handcuffs and similar tools ought not to be used on juveniles. However, when necessary, the police may take necessary measures to prevent the juvenile from escaping or endangering his life or physical integrity or that of others. If the offender is under the age of 18 at the time he begins serving his sentence, his liberty depriving sentence will be served in a reformatory or in a special section of the adult penitentiaries.⁴⁴ If, at the time of the trial, the juvenile offender is an adult, there are no specific rules, except reducing the punishment.

³³ *ibid* (5) 11. For instance, Albania, Austria, Denmark, Germany, Italy, Norway, Spain,

³⁴ Art 31(2) Penal Code.

³⁵ Art 31(3) Penal Code.

³⁶ Art 24 CPL 2005.

³⁷ Art 11 CPL 2005.

³⁸ Art 8(2) CPL 2005.

³⁹ Art 7(5) CPL 2005.

⁴⁰ *ibid* (n 11) 6.

⁴¹ Response of the Turkish Government to the report of the European

Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) on its visit to Turkey from 7.-15.9.2003, p. 7 and 22, available at <http://www.unhcr.org/refworld/country,,COECP,TUR,4562d8cf2,4718b94e2,0.html> (last accessed on 26.2.2010).

⁴² Art.16(1) CPL 2005.

⁴³ Art 16(2) CPL 2005.

⁴⁴ *Gölcüklü/Feyyaz/Cin Şensoy*, ‘Criminal Law’ in: Ansay/Wallace (eds) *Introduction to Turkish Law* (5th edn, Wolters Kluwer, The Hague 2005) 173.

b) Measures that can be taken against a juvenile offender

At the investigation or prosecution stages related to juveniles pushed to crime, the court may decide for one or several of the measures listed below to be taken:

- No moving outside specified peripheral boundaries.
- No access to certain places or access to certain places only.
- No contact with specified persons and organizations.⁴⁵

However, if these measures do not bring about favourable outcomes or are violated by the juvenile, the court may decide to issue an arrest warrant.⁴⁶ According to article 107(5) of the Code of Execution of Punishments and Security Measures, a day in prison for juvenile counts as two days served. It should be borne in mind that an arrest warrant cannot be issued for juveniles who have not yet completed the age of fifteen for acts that require an imprisonment penalty with an upper limit of five years.⁴⁷ Criminal sanctions available against the juvenile are juvenile custody and security measures.

c) Education and training while in detention

Children in reformatories benefit from all types of education and training activities. Juveniles placed in reformatories whose age and other particulars are appropriate may attend institutions of primary, secondary and higher education; participate in social and sports activities that take place in their respective schools; take, in connection with their education, foreign language, computer and vocational courses and courses given to prepare students for university examinations; take an examination conducted outside the institution to enter distance education institutions and universities; and attend social activities such as plays, concerts and sports events under the supervision of the institution's educators.⁴⁸

The workshops in the Juvenile Reformatory in Ankara were closed down in 1995. According to new regulations, children older than 15 years of age for whom it is impossible to attend formal education are guided towards an appropriate occupation taking into consideration their wishes, abilities as well as the availability of vocational training centres and employment opportunities in their future place of residence. These juveniles may then attend vocational training centres attached to the Ministry of National Education under the Apprenticeship and Vocational Training Law (Act No 3308). Students who are employed within the framework of the vocational training program receive a certain portion of their monthly wages to be used for their personal expenses and the remaining amount is deposited in a bank and kept in a safe custody account to be delivered to children on their release.⁴⁹

⁴⁵ Art 20(1) CPL 2005.

⁴⁶ Art 20(2) CPL 2005.

⁴⁷ Art 21 CPL 2005.

⁴⁸ This is in line with art 19, CRC.

⁴⁹ *ibid* (n15) 71.

⁵⁰ United Nations Children's Fund Executive Board, First regular session 2006, 16–20 and 23 January 2006, Revised country programme

d) Post release measures

New laws in place since 2005 have helped to address some of the concluding observations of the Committee on the Rights of the Child, (ex: the provision of a probation mechanism for children).⁵⁰ Prior to 2005, there was no specific legislation in Turkey dealing with the situation of children released from care. Therefore, Law No 5402 on Probation and Help Centre and Protection Boards was enacted to this effect and came into force on 20.7.2005.

The enactment of the new law represents an important part of the reform of the Turkish criminal justice system. With this new system, juvenile offenders are placed under supervision and measures to enable the resettlement of the children under the supervision of an expert. This change allows as well children released from prison to be supervised. Since 2005, probationary measures that apply to both adults and juveniles have been in place. However, there is still no exclusive regulation for juveniles, except article 36 of the CPL: 'the court may decide to take under supervision the juvenile about whom a protective and supportive measure have been decided, about whom the decision to defer the commencement of a public prosecution action has been approved, and about whom it has been decided to put off the announcement of verdict'.⁵¹

One of the most important problems faced by children released from care was the failure to maintain the confidentiality of 'records of convictions' especially for juveniles aged 16–18. This places a number of barriers for juveniles seeking employment, benefiting from credit and hostel facilities in higher education, attending certain education institutions and those being called up for military service.⁵² There is now a better regulation in place, which provides that the criminal records of juveniles can only be given to the Public Prosecutor Services and the courts. In practice no downsides have been reported regarding this regulation. But an exception for some crimes would be appropriate, like sexual abusing of children etc.

3. Procedural Rights

This section deals with specialized institutions and procedures regarding juvenile.

Juveniles are treated as criminal offenders but subject to different, sometimes reduced, sanctions than adults. The CPL governs procedures regarding juvenile delinquents so that the general criminal law and criminal procedure law is only subsidiary.

a) The Courts

In Turkey, lay judges neither exist in adult courts nor juvenile courts.⁵³ Juvenile courts are composed of a single

document, Turkey, 3, available at http://www.unicef.org/about/execboard/files/Turkey-CPD_Rev1.pdf (last accessed on 25.2.2010).

⁵¹ Also refer to arts 37, 39, 40 and 41 CPL 2005.

⁵² *ibid* (n 15) 72.

⁵³ On the appointment of judges see art 28 CPL 2005.

judge and are found in each provincial centre. Where required due to heavy workload, more than one chamber may be established. They administer actions filed with regard to juveniles pushed to delinquency, for crimes falling under the jurisdiction of basic penal courts.⁵⁴ The Public Prosecutor shall not be present at the hearings administered at juvenile courts but may appeal their decisions.⁵⁵

Juvenile heavy penal courts⁵⁶ exist too. They are composed of one presiding judge and two members.⁵⁷ They administer suits related to crimes committed by juveniles, falling under the jurisdiction of the heavy penal court (court of aggravated crimes).⁵⁸

b) Public prosecutor's juvenile bureau

A juvenile bureau at the Chief Public Prosecutor's Offices has been put in place.⁵⁹ Its main duties are (i) carrying out the investigation procedures related to juveniles pushed to crime, (ii) ensuring that necessary measures are taken without any delay, in cases which require measures to be taken with regard to juveniles and (iii) working in cooperation with the relevant public institutions and organizations and non-governmental organizations for the purpose of providing the necessary support services to juveniles in need of assistance, education, employment or shelter and to notify such and similar cases to the authorized institutions and organizations.⁶⁰ In cases where delay is considered risky, these duties may also be carried out by Public Prosecutors who are not assigned to juvenile bureaus.⁶¹

c) Juvenile unit of the police

Law enforcement duties related to juveniles are carried out by the juvenile units of the police.⁶² When starting a procedure concerning juveniles in need of protection or pushed to crime, the juvenile unit must notify the situation to the juvenile's parent(s) or guardian, or to the person who has undertaken the care of the juvenile, to the Bar and the Social Services and Child Protection Agency. If the juvenile is residing in a public institution, the representative of that institution should be notified. However, any relatives of the juvenile who are suspected of soliciting the juvenile to commit the crime or of abusing the juvenile should not be given any information.⁶³ If the juvenile is detained by the police, he/she may be accompanied by a next of kin.⁶⁴

The personnel at the juvenile unit of the police should be provided with training on topics such as juvenile law, prevention of juvenile delinquency, child development and psychology, social services and so on, by their own agencies.⁶⁵ Members of the juvenile unit of the police must attend 60 hours of elementary training and 90 hours of expert training.⁶⁶

If the juvenile is in need of protection or if reasons exist to believe that waiting for a court decision would be against the interests of the juvenile, the juvenile unit of the police should secure the safety of the juvenile by taking the necessary measures in those circumstances and delivering the juvenile to the Social Services and Child Protection Agency as soon as possible.⁶⁷

Following ratification of the UNCRC in 1994, Turkey established a 3500 member juvenile police force. The duties and responsibilities of the gendarmerie were similar to those of the police. The gendarmerie operates mainly in rural areas and cooperates with the General Directorate of Social Services and Child Protection, particularly in the implementation of action plans relating to children's rights. The General Directorate assesses the situation of children taken into gendarmerie custody on a case by case basis and, if necessary, refers them to the relevant support units within the Directorate.⁶⁸ A new, separate and specifically trained police organization has been established to deal with juvenile crime in 84 cities. It is not only dealing with juvenile delinquency but also helping street children and other children who live in difficult circumstances. In Istanbul alone, eight juvenile protection centres have been established. The police is also implementing a 'foster family' project via the project 'Volunteer families provide for street children'.⁶⁹

d) Investigation

Crimes committed by juveniles first come to the police. The police must immediately pass the case on to the Public Prosecutor. The police may do nothing, besides collect and secure the evidence. The police are not allowed to take a statement of the juvenile. As noted above, there is a special police unit for juveniles that may arrest juvenile offenders if necessary.⁷⁰ Following the enactment of the CPL, investigations related to juveniles pushed to crime are carried out by the Public Prosecutor assigned at the

⁵⁴ Art.26(1) CPL 2005.

⁵⁵ Art 25(1) CPL 2005.

⁵⁶ During Parliamentary debates, it was argued that the maintenance of these courts was counter to the CRC. However, they remained in place. See *Ms Seda Akco* in: Balo, (n 23) 602.

⁵⁷ Art 25(2) CPL 2005.

⁵⁸ Art 26(2) CPL 2005. They administer crimes involving a penalty of ten years imprisonment or more.

⁵⁹ Art 29 CPL 2005.

⁶⁰ Art 30(1) CPL 2005.

⁶¹ Art 30(2) CPL 2005.

⁶² Art 31(1) CPL 2005. As of January 2002, all 81 provinces had police child branches and 43 had fully equipped childcare units. Separately, crime prevention centres for children have been established in major cities. 'Plus 5' Review of the 2002 Special Session on Children and World Fit for Children Plan of Action National Progress Report TURKEY January 2007, 17, available at: http://www.unicef.org/worldfitforchildren/files/Turkey_WFFC5_Report.pdf (last accessed on 26.2.2010).

Report.pdf (last accessed on 26.2.2010).

⁶³ Art 31(2) CPL 2005.

⁶⁴ Art 31(3) CPL 2005.

⁶⁵ Art 31(4) CPL 2005. See also art 32 CPL 2005.

⁶⁶ 30 hours on Child trafficking and child abuse, 30 hours on Juvenile Justice System and 30 hours on Child Protection.

⁶⁷ Art 31(5) CPL 2005.

⁶⁸ Unveren, United Nations Committee on the Rights of the Child, (42nd Session) 'Summary Record of The 1129th Meeting' (Chamber B) 8, available at: [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/c0418bef762dfbec1257185002e697c/\\$FILE/G0642246.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/c0418bef762dfbec1257185002e697c/$FILE/G0642246.pdf) (last accessed on 26.2.2010).

⁶⁹ *ibid* (n 15) 81.

⁷⁰ Hakeri, 'The Prosecution Service Function within the Turkish Criminal Justice System' [2008] *Eur J Crim Policy Res* 353; Hakeri/*Tekin/Kartal/Tunc*, Turkish Criminal and Criminal Procedure Law, in: Turkish Public Law (Editors: Korkusuz/Kayali), Ankara, 2018, p.329.

juvenile bureau⁷¹ or by assistants appointed by him.⁷² The public prosecutor must be present during all activities and procedures conducted as part of a preliminary investigation concerning minors. In theory, he must take over responsibility at the outset. In practice, however, he only does so in serious cases. During interrogation and other procedures related to the juvenile, the juvenile may be accompanied by a social worker.⁷³ If necessary, the Public Prosecutor may file a request to the juvenile judge for a protective and supportive measure to be taken regarding the juvenile.⁷⁴ This would enable his/her social integration.

In order to ensure a sensitive approach to matters regarding juveniles, four separate circulars have been issued on the responsibilities of the juvenile police: The Use of Handcuffs, Protection of Minors, Protection of the Family, and The Juvenile Police.

e) Criminal Prosecution

The Juvenile Prosecution Offices are not separately organized from the general prosecution offices but they are settled within the structure of general prosecution offices.⁷⁵ According to article 170(2) Criminal Procedure Code, 'the public prosecutor must undertake criminal prosecution if there is evidence that the crime which is prosecuted *ex officio*, has been committed'. However, an exception exists in juvenile cases whereby the commencement of a public prosecution for an act, which carries a penalty of imprisonment of three months to two years, may be deferred for three years,⁷⁶ to be able to keep the juvenile away from criminal justice system.

In situations where juveniles have committed a crime together with adults, the investigation and prosecution shall be carried out separately.⁷⁷ If considered necessary, the court may delay the juvenile's trial until a verdict has been reached on the adult's case.⁷⁸ Where it is thought that the trials must be carried out together, the general courts may decide, at any stage, to merge the trials, on the condition that such consolidation is found appropriate by the courts. In such an event, the joint cases shall be administered at general courts.⁷⁹ In that case trial is not public.

f) Hearing

The juvenile, his/her parent, guardian, court-assigned social worker, the family that has assumed the care of the juvenile, or if the juvenile is cared for by the Agency of child protection (SHCEK, the national agency), the representative of the Agency may be present at the hearing.⁸⁰ The juvenile present at the hearing may be taken outside

the courtroom if his/her interests require so. Additionally, a juvenile whose interrogation procedures have been completed may be dispensed from attending the hearing.⁸¹

g) Putting off announcement of the verdict

If the sentence determined after the trial procedures is imprisonment for a maximum of three years or a monetary fine, the court may decide to put off the announcement of the sentence.⁸² In case of a decision to put off the announcement of the sentence, the juvenile will be subjected to a measure of supervised freedom (probation) for a period of three years.⁸³ It means after three years of probation no sentence will exist.

h) The right to a lawyer

The right to a lawyer is unrestrictedly stated and mandatory in any procedure against a juvenile. According to article 150(2) of the Criminal Procedure Code, a juvenile must have a defence counsel from the outset of the preparatory proceedings, regardless of whether he demands one. He must be present from the very first examination. If the juvenile or his legal representative does not engage an attorney, the police/public prosecutor/judge will appoint one for him. Declarations made to the police in the absence of the lawyer have no evidential value.

In addition, there are child rights committees and child centres established by bar associations. They are accessible to all of children wishing to file a complaint or looking for attorneys. Their assistance is free of charge.⁸⁴

i) The right to be heard

According to article 12 of the UNCRC, a child who has the ability to express his or her views has the right to express him/herself freely on every matter related to him/her. In order for this right to be effective, listening to the child, either directly or through a representative or an appropriate authority, is to be especially provided for in judicial or administrative investigations that affect the child. In conformity with this principle, article 13(2) of the CPL states that 'before rendering a decision, the opinion of the juvenile having adequate capacity shall be taken.'

j) Privacy

Juveniles are protected from media exposure and attacks on privacy. The media is not allowed to have access to judicial proceedings. As per article 185 of the Criminal Procedure Code, the trial of a juvenile is not open to the public and the verdict is announced in a closed session.

⁷¹ Art 15(1) CPL 2005.

⁷² Art 19 of the Regulations on Apprehension, Custody and Taking of Statements.

⁷³ Art 15(2) CPL 2005.

⁷⁴ Art 15(3) CPL 2005.

⁷⁵ *ibid* (n 7) (TIII).

⁷⁶ Art 19 CPL 2005.

⁷⁷ Art 17(1) CPL 2005.

⁷⁸ Art 17(2) CPL 2005.

⁷⁹ Art 17(3) CPL 2005.

⁸⁰ Art 22(1) CPL 2005.

⁸¹ Art 22(3) CPL 2005.

⁸² Art 23(1) CPL 2005.

⁸³ Art 23(3) CPL 2005.

⁸⁴ The offices of the various bar associations are being criticized for not being very efficient. Sixty Bar offices across the country had offices known as 'Child Rights Commissions' but only 40 of these are actually active: UNHCR, Report of Fact-Finding Mission, 11–20 February 2008, Turkey, 57 available at: <http://www.unhcr.org/refworld/topic/45a5fb512,4652f4a02,489c167e2,0.html> (last accessed on 25.2.2010).

Only the judge(s), victim, lawyers, parents and social workers⁸⁵ are present during proceedings. This protects juveniles, forestalls their stigmatisation and stimulates their future social integration. This is one of the most important principles of criminal procedure.

k) Gender discrimination

There are no gender specific issues when it comes to child protection. Also, there is no discrimination between boys and girls in the Turkish Penal Code, the CPL and the Turkish criminal justice system as a whole. Boys and girls have equal access to justice.⁸⁶

Turkish legislation is governed by the egalitarian philosophy of the Constitution. The principle of equality is enshrined in article 10 of the Constitution as an inalienable human right. According to this article, '[e]verybody is equal before the law irrespective of his or her language, race, sex, political and philosophical belief, religion, sect and other differences.' Privileges cannot be granted to any person, family, group or class. All State organs and administrative authorities are under the obligation to comply with the principle of equality before the law in all their actions. Law No 2828 on Social Services and Child Protection Agency reiterates the principle of equality by stating in its article 4(d) that '[d]ifferences in class, race, religion, sect or region may not be considered in the provision of social services.'

VI. Conclusion

In its efforts to accede to the European Union, Turkey has made remarkable improvements to its juvenile justice system, mainly through the enactment of the CPL and the amendment of several of its laws, rendering them CRC compliant. Indeed, a separate piece of legislation, wholly

dedicated to child protection, is now in place. Specialised institutions, such as courts and juvenile police branches, have been set up. Activities are provided to those in detention and post release measures, such as probation, have been put in place. These changes have been welcomed by the Committee on the Rights of the Child.

However, a number of problems remain in practice, an important one being the insufficiency of financial resources allocated to SHCEK and children's services as a whole. In terms of legislation, some provisions of the anti-terrorism law remain in violation of the CRC. They should be amended or abrogated as soon as possible. An independent Ombudsman, who would ensure that children's rights are being respected and that their individual complaints are being dealt with is still not in place. Finally, it should be noted that although the CPL provided for juvenile courts to deal with cases involving children, these are insufficient in number so that some cases are still being dealt with in ordinary courts. This raises concerns as the personnel in those courts is not specially trained to deal with child-specific issues. Although the number of children receiving custodial sentences fell from 6,254 in 2000 to 4,523 in 2004, juvenile courts had still not been expanded throughout the country so that only 34 per cent of children were tried by juvenile courts.⁸⁷ The others were tried by ordinary courts that apply the CPL. Moreover, trials take a long time and this is in direct violation of article 40 of the UNCRC. The Ministry of Justice reports the average duration of proceedings to be longer in juvenile courts than in other courts (755 days in 2000).⁸⁸ And finally, the judicial system is faced with a large backlog. In 2002 there were 1,153,000 criminal cases and 548,000 civil cases pending.⁸⁹ In Diyarbakır, some 4,000 cases are awaiting action in the new juvenile court, hearings are being put off for a year and some changes for the benefit of juvenile offenders have yet to take effect.

⁸⁵ Social workers have to be present during proceedings as per arts 33–34 CPL 2005.

⁸⁶ In fact, only 2.3 per cent of convicted juveniles are girls; *Hancı/Hamit/Eşiyok/Filiz/Ulukol*, 'Cezaevinde Bulunan Çocukların Temel Özellikleri ve Suç Tipleri' in: III Ulusal Çocuk ve Suç Sempozyumu, Bakım, Gözetme ve Eğitim, 22–25 Ekim 2003, Bildiriler, (Akyüz/Uluğtekin/Acar/Öntaş, (eds), (Ankara 2005) 404.

⁸⁷ There are 73 juvenile courts and 20 juvenile felony courts established within the country for 81 million inhabitants but not all of

them are working which effectively means that there are currently only 68 juvenile courts and 13 juvenile felony courts that are active.

⁸⁸ Commission of the European Communities, 2002 Regular Report on Turkey's Progress Towards Accession, 21 available at: http://ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_documents/2002/tu_en.pdf (last accessed on 26.2.2010).

⁸⁹ *ibid* 77.

BUCHBESPRECHUNGEN

Thomas Kahler: Massenzugriff der Staatsanwaltschaft auf Kundendaten von Banken zur Ermittlung von Internetstraftaten

von OStA Dieter Kochheim

2017, Nomos Verlag, Baden-Baden, ISBN 978-3-8487-3978-3, S. 193, Euro 49.

Die von Prof. Dr. Cornelius Prittowitz und Prof. Dr. Dres. hc Spiros Simitis betreute Studie (S. 7)¹ nimmt den Beschluss des BVerfG vom 17.2.2009² zum Anlass, die verfassungs- und europarechtliche Anwendungsweite der Ermittlungsgeneralklausel des § 161 Abs. 1 StPO³ zu prüfen, die die Staatsanwaltschaft zu „Ermittlungen jeder Art ermächtigt, soweit nicht andere gesetzliche Vorschriften ihre Befugnisse besonders regeln“. Ihm liegt ein Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft Halle wegen des Verdachts des Sich-Verschaffens kinderpornografischer Abbilder im Zusammenhang mit einem kostenpflichtigen Internetangebot aus dem Jahr 2006 zugrunde (Aktion Mikado):⁴ „Für den Zugang zu der Internetseite mussten 79,99 \$ per Kreditkarte gezahlt werden. Die Staatsanwaltschaft ... schrieb daher die Institute an, die Master Card- und Visa-Kreditkarten in Deutschland ausgeben, und forderte sie auf, alle Kreditkartenkonten anzugeben, die seit dem 1. März 2006 eine Überweisung von 79,99 \$ an die philippinische Bank aufwiesen, über die der Geldtransfer für den Betreiber der Internetseite abgewickelt wurde. Anschließend teilte die Staatsanwaltschaft noch die zwischenzeitlich bekannt gewordene „Merchant-ID“, die dem Zahlungsempfänger durch die Bank zugewiesene Ziffernfolge, für den Betreiber der Internetseite mit. Die Unternehmen übermittelten der Staatsanwaltschaft daraufhin die erbetenen Informationen ... Insgesamt wurden so 322 Karteninhaber ermittelt.“ Hierzu mussten – laut Kahler – die Kreditkartenunternehmen auf „rund 22 Mio. Kreditkartenkonten zugreifen, um Verdächtige nach bestimmten Suchkriterien auszusondern“ (S. 17⁵).

Kahler betrachtet die Ermittlungsmaßnahme als einen Massenzugriff der Staatsanwaltschaft auf die Daten Unbeteiligter im Wege der Auftragsverarbeitung (§ 11 BDSG a.F.; §§ 62 ff. BDSG n.F.) und folgert daraus

eine datenschutzrechtliche Mitteilungspflicht gegenüber allen Inhabern von Kreditkartenkonten, die an den Suchläufen beteiligt waren (S. 46 f.; S. 75, 82; nach Maßgabe von Art. 12 der [Datenschutz-] Richtlinie 95/46/EU: S. 87 f.).

Seine Argumentation ist in kurzer Form folgende: Aufgrund des Auskunftsverlangens der Staatsanwaltschaft veranstalten die Finanzinstitute einen Suchlauf über alle Kreditkartenkonten. Die damit verbundene Zweckänderung ist im Interesse der von Verfassungen wegen gebotenen Strafverfolgung gerechtfertigt, so dass jedenfalls das Ergebnis der Datenverarbeitung – 322 Karteninhaber als Verdächtige – eine zulässige Datenübermittlung an die Staatsanwaltschaft ist. Das hat Kahler in den Abschnitten 3.1, 3.2 und 4.1 gut und nachvollziehbar hergeleitet. Durch ihre Anfrage soll die Staatsanwaltschaft rechtlich eine Datenverarbeitung veranlassen (S. 148), so dass sie eine datenschutzrechtliche Rolle als Auftraggeber nach Maßgabe der DSGVO übernommen habe, die sie schließlich zur Beauskunftung der nichtverdächtigen Kontoinhaber verpflichte (S. 103 oben; S. 114), wozu Kahler auch den § 491 Abs. 1 heranzieht (S. 151), wonach eine datenschutzrechtliche Benachrichtigung über die Verarbeitung personenbezogener Daten nur zurückgestellt, nicht aber unterlassen werden darf. Im Weiteren folgert Kahler, dass § 161 einer Neufassung oder Ergänzung im Hinblick auf heimliche Eingriffe bedarf (S. 129), die eine ausdrückliche Eingriffsermächtigung schaffen und die Einzelheiten der nach europäischen Datenschutzrecht erforderlichen Mitteilungen ausführen sollen (Details: S. 131).

Unberücksichtigt lässt Kahler, dass die Staatsanwaltschaft keine Herrschaft über den Datenpool erlangte, aus dem die Verdächtigendaten selektiert wurden, und keinen Einfluss auf die Datenverarbeitung der Kreditkartenunternehmen nahm, so dass selbst nach den strengen Regeln

¹ Vorwort, S. 7. Die Seiten aus der Studie werden im Folgenden im laufenden Text zitiert: (S. 7).

² BVerfG, Beschl. v. 17.2.2009 – 2 BvR 1372, 1745/07.

³ Die Vorschriften aus der StPO werden im Folgenden ohne Gesetzeszusatz angegeben.

⁴ BVerfG, Beschl. v. 17.2.2009 – 2 BvR 1372, 1745/07, Rn. 2.

⁵ Einschränkung (S. 21), wonach es sich um eine Schätzung anhand von zwei Literaturquellen handelt. (S. 20, Fn. 12; S. 21, Fn. 17) verweisen auf AG Halle Beschl. o.D. – 395 Gs 43/07; BVerfG Beschl. v. 17.2.2009 – 2 BvR 1372/07 – verweist auf AG Halle Beschl. v. 30.5.2007 – 395 Gs 49/07; so auch der Verweis bei LG Halle Beschl. v. 5.7.2007 – 13 Qs 125/07 (jurion.de). Wenn das AG Halle nach § 98 Abs. 2 S. 2 entschieden hat, war das eine (erste) gerichtliche Entscheidung und nicht die eines Beschwerdegerichts (S. 33). Eine „weitere Beschwerde“ (S. 22) zum LG (§ 310) ist in den angesprochenen Fällen nicht zulässig.

der DSGVO kein Fall der Auftragsdatenverarbeitung vorliegt, sondern ein Fall der Funktionsübertragung, bei dem der Auskunftspflichtige die vollständige Prozessherrschaft über alle Datenverarbeitungsvorgänge behält, von der Datenerhebung über ihre Verarbeitung bis hin zu ihrem Ergebnis (Output). Erst nach dem Abschluss der Datenverarbeitung erfolgte die Übermittlung des Ergebnisses, so dass die Staatsanwaltschaft nur Kenntnis von dem Output erlangte und nicht auch von den personenbezogenen Daten, die der Datenverarbeitung der Kreditkartenunternehmen im Übrigen unterlagen.

Verfassungsrecht: Ermittlungsgeneralklausel als Eingriffsnorm

Die gesetzlichen Hierarchiestufen, auf denen *Kahler* diskutiert, werden nicht immer ganz deutlich. Bei den Fragen nach der informationellen Selbstbestimmung⁶ (die Einschlägigkeit des Telekommunikationsgeheimnisses nach Art. 10 GG [S. 116] und der Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme⁷ schließt *Kahler* richtigerweise aus) und dem Zitiergebot (Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG) (S. 118 f.) befinden wir uns auf der verfassungsrechtlichen Ebene. Insoweit hat das *BVerfG* die Ermittlungsgeneralklausel des § 161 Abs. 1 als „die Ermächtigungsgrundlage für Ermittlungen jeder Art“ anerkannt, „die nicht mit einem erheblichen Grundrechtseingriff verbunden sind und daher keiner speziellen Eingriffsermächtigung bedürfen“.⁸ Sie unterliegt als vorkonstitutionelles Recht nicht dem Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG.⁹ Das verfassungsrechtliche Erfordernis einer neuen Eingriffsermächtigung stellt sich deshalb nur dann, wenn die Auskunftserteilung nicht nur oberflächlich, sondern überhaupt messbar in die Persönlichkeitsrechte mittelbar Betroffener eingreifen würde. Dem entgegen *Kahler* mit dem Volkszählungsurteil, wonach es keine belanglosen Daten gebe (S. 60; S. 123).¹⁰ Das beantwortet aber nicht die Frage nach der Tiefe des Eingriffs in die Persönlichkeitsrechte in Bezug auf die informationelle Selbstbestimmung. Im Ergebnis stellt *Kahler* zwar fest, dass die Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung „nicht überaus erheblich“ seien (S. 124, 126 f., ausdrücklich: S. 128), setzt dem aber entgegen, dass sie sich „außerhalb der Zugriffssphäre des Staates“ befanden (S. 128). Allein das ist ein vorgeschobenes Argument, weil es dem Grundrechtsschutz in erster Linie um die Abwehr staatlicher Eingriffe geht und erst das Datenschutzrecht im Übrigen auch auf die Gesellschaft reguliert.

Europarechtskonforme Auslegung der StPO

Die StPO sowie die BDSGe in alter und in neuer Fassung (seit dem 25.5.2018) sind miteinander konkurrierendes Bundesrecht. Soweit europarechtliche Verordnungen unmittelbar geltendes Recht sind (wie die DSGVO seit dem 25.5.2018¹¹), sind sie als europäisches Sekundärrecht verbindlich und sogar dem Verfassungsrecht in den Grenzen des Art. 79 GG übergeordnet (Art. 288 Abs. 2 AEUV; Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG).¹² Europarechtliche Richtlinien müssen hingegen vom nationalen Gesetzgeber erst umgesetzt werden; ihre Regeln sind unabhängig davon bei der richtlinienkonformen Auslegung des allgemeinen Rechts als Anwendungsregeln zu berücksichtigen (arg. aus Art. 4 Abs. 3 EUV):¹³ „Es ist Sache des nationalen Gerichts, das zur Durchführung der Richtlinie erlassene Gesetz unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den ihm das nationale Recht einräumt, in Übereinstimmung mit den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts auszulegen und anzuwenden.“ Darüber hinaus ist die verfassungsrechtliche Überprüfung europarechtlicher Vorschriften auch dem *BVerfG* entzogen.¹⁴

Kahler schließt die unmittelbare Anwendung der DSGVO zu Recht nach ihrem Wortlaut auf das Ermittlungsrecht aus (Art. 2 Abs. 2 lit. d DSGVO) (S. 103) und konzentriert sich auf die Richtlinie 2016/680/EU vom 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI, die teilweise bereits in nationales Recht umgesetzt ist¹⁵ und sich im Übrigen im Entwurfsstadium befindet.¹⁶ Die Regelungen sind auch im Wege der richtlinienkonformen Auslegung anzuwenden. Insoweit spricht ihre Erwägung 11 auf die Finanzinstitute an, die „bestimmte personenbezogene Daten ... verarbeiten, und ... den zuständigen nationalen Behörden in bestimmten Fällen und in Einklang mit dem Recht der Mitgliedstaaten zur Verfügung“ stellen, was die Richtlinie als keine Auftragsverarbeitung versteht. In der Erwägung heißt es weiter: „Eine Stelle ..., die personenbezogene Daten im Rahmen des Anwendungsbereichs dieser Richtlinie für solche Behörden verarbeitet, sollte auf Grundlage eines Vertrags oder eines anderen Rechtsinstruments und durch die für Auftragsverarbeiter nach dieser Richtlinie geltenden Bestimmungen gebunden sein.“ Sie betrachtet somit die Finanzinstitute gerade nicht

⁶ Volkszählungsurteil: *BVerfG*, Urt. v. 15.12.1983 – 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83.

⁷ Onlinedurchsuchung: *BVerfG*, Urt. v. 27.2.2008 – 1 BvR 370, 595/07.

⁸ *BVerfG*, Beschl. v. 17.2.2009 – 2 BvR 1372, 1745/07, Rn. 26.

⁹ E-Mail-Beschlagnahme: *BVerfG*, Beschl. v. 16.6.2009 – 2 BvR 902/06, Rn. 77. Die Ermittlungsgeneralklausel ist bereits Bestandteil der Urfassung der StPO aus 1877 gewesen und nicht erst 2000 eingeführt worden; so aber (S. 17); S. 24, Fn. 40 trifft auch nicht zu, weil 2000 der § 161 StPO nur neu gefasst wurde. Genauer differenziert (S. 39), verschweigt aber, dass nur die Ausführungsregeln ergänzt wurden, nicht aber, dass die Ermittlungsgeneralklausel als solche unverändert blieb.

¹⁰ *BVerfG*, Urt. v. 15.12.1983 – 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83, Rn. 158.

¹¹ Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG.

¹² So auch *BVerfG*, Beschl. v. 19.7.2011 – 1 BvR 1916/09, Rn. 78.

¹³ *EuGH*, Urt. v. 10.4.1984 – Rechtssache 14/83, Antwort 3.

¹⁴ *BVerfG*, Beschl. v. 24.1.2012 – 1 BvR 1299/05, Rn. 105, 106 m.w.N.

¹⁵ Datenschutz-Anpassungs- und -Umsetzungsgesetz EU (DSAnpUG).

¹⁶ Überblick bei BT-Drs. v. 9.7.2018 – 19/3341, Anlage 2. *Kahlers* Anregungen im Hinblick auf § 161 StPO nehmen die Drucksachen hingegen nicht auf.

als Auftragsdatenverarbeiter, sondern will sie ihnen datenschutzrechtlich gleichstellen, was etwas anderes ist.

Auftragsverarbeitung ist schließlich die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten durch einen Dritten (§ 11 Abs. 1 BDSG a.F.), wobei der Grundgedanke herrscht, dass der Auftraggeber entweder von ihm rechtmäßig erhobene Daten zur Datenverarbeitung zur Verfügung stellt oder seine Datenerhebungsbefugnis (Kompetenz) auf den Dritten überträgt.¹⁷ Nach Maßgabe der DSGVO und ihrer Vorgängerin muss ergänzt werden: ... oder auf den Datenverarbeitungsprozess Einfluss nimmt.

Kahler betrachtet die grundsätzlich zulässige Auskunftsermächtigung der Staatsanwaltschaft als die rechtliche Veranlassung eines Datenverarbeitungsvorganges im Wege der Auftragsdatenverarbeitung, weil es sich aus der Sicht der auskunftgebenden Banken – wegen der Daten der Verdächtigen – um eine Datennutzung durch Übermittlung handele (S. 47) (§ 3 Abs. 4 ff. BDSG a.F.). Seine Ausführungen zur Rechtfertigung der Datenverarbeitung der betroffenen Banken bis hin zur Übermittlung der Verdächtigendaten sind spannend und gut nachvollziehbar. In dem Abschnitt 3.2.1 (S. 93 ff.) kommt er schließlich zur „Datenverarbeitung zur Strafverfolgung gem. DSGVO“, die er als unvollständig ansieht, „weil erstens eine Datenverarbeitung bei Nichtverdächtigen nur bei Vorliegen einer Straftat von erheblichen Gewicht zulässig ist und zweitens deren Rechte besonders geschützt werden müssen durch Aufnahme des Wortlauts ‘und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse unbeteiligter Dritter an dem Ausschluss der Verarbeitung überwiegt’“ (S. 99). Die Beschränkung auf Straftaten von erheblichem Gewicht folgert *Kahler* daraus, dass die Datenverarbeitung der auskunftgebenden Banken einer Zweckänderung unterliegt (S. 103). Schon das erste Argument ist in Anbetracht der Rechtsprechung des *BVerfG* fragwürdig, weil es wegen der Auskunftserteilung (hier: nach § 113 TKG) nicht nach der Schwere der Kriminalität unterscheidet und selbst Ordnungswidrigkeiten umfasst, wenn denn ein Anfangsverdacht besteht.¹⁸ Auch Art. 6 lit. a) der Richtlinie 2016/680/EU spricht nur von „Straftat“, ohne nach der Schwere zu differenzieren. Das von *Kahler* nicht unterlegte Zitat entstammt den §§ 26 Abs. 3, 33 Abs. 1 Nr. 2a und 36 BDSG n.F. und betrifft dort die Arbeitnehmerrechte, den zivilrechtlichen Schutz und den Ausschluss des Widerspruchsrechts. Knapp ist *Kahlers* Hinweis auf § 28 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 3 BDSG a.F. (S. 139) (Datenverarbeitung für eigene Geschäftszwecke), ohne dass er Gründe für die Analogie nennt, die immerhin eine gesetzliche Lücke voraussetzen würde.¹⁹

Auftragsdatenverarbeitung und Funktionsübertragung

In der strafrechtlichen Diskussion im Zusammenhang mit den §§ 202a, 303a u.a. StGB steht die Frage nach der Dateninhaberschaft im Vordergrund, die bevorzugt an dem Skripturakt festgemacht wird, also dem Erheben und Speichern von Daten,²⁰ worauf der Auftragsverarbeiter zum Datenmitinhaber mit eingeschränkten Verarbeitungsrechten wird.²¹ Davon gesondert ist die Verantwortung für die Datenverarbeitung zu betrachten, die § 3 Abs. 7 BDSG a.F. in verständlichen Worten zusammengefasst hat: „Verantwortliche Stelle ist jede Person oder Stelle, die personenbezogene Daten für sich selbst erhebt, verarbeitet oder nutzt oder dies *durch andere im Auftrag* vornehmen lässt“. Nach einem jüngeren (an der Datenschutz-Richtlinie 95/46/EG ausgerichteten) Urteil des *EuGH* ist der „Begriff des „für die Verarbeitung Verantwortlichen“ in Art. 2 Buchst. d der Richtlinie weit definiert als natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder jede andere Stelle, die allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten *entscheidet*“.²² Infolgedessen kann es auch mehrere Verantwortliche mit unterschiedlichen datenschutzrechtlichen Pflichten geben.²³ Entscheidend ist jedoch, ob und inwieweit der Mitverantwortliche auf die Datenverarbeitung Einfluss nehmen kann.²⁴ Das deckt sich weitgehend mit der Auffassung des *BVerwG*, das in dem einschlägigen Vorlagebeschluss ausgeführt hat:²⁵ „Die Fähigkeit, über die Zwecke und Mittel der jeweiligen Datenverarbeitung *auch entscheiden* zu können, ist aber ein prägendes, unverzichtbares Element des Art. 2 Buchst. d) der Richtlinie 95/46/EG. Eine Stelle, die weder einen rechtlichen noch einen tatsächlichen Einfluss auf die Entscheidung hat, *wie personenbezogene Daten verarbeitet werden*, kann nicht als für die Verarbeitung Verantwortlicher angesehen werden.“²⁶ Maßgebend ist somit, dass der Auftraggeber eine rechtliche oder tatsächliche Herrschaft auf die Datenverarbeitung des Auftragnehmers ausübt, worauf er erst vom Datenschutzrecht in die Pflicht genommen wird.

Diese Fragen bewegen schon länger die Diskussion über die *Funktionsübertragung*, bei der der Empfänger eines Outputs (Auskunft) keine Weisungsbefugnisse über die Datenerhebung und die Datenverarbeitung im Übrigen ausübt, so dass der Datenverarbeiter wegen der Datenverarbeitung weisungsfrei und der Empfänger ohne datenschutzrechtliche Verantwortung bleibt. Genau das hat der *EuGH* bestätigt, indem er die datenschutzrechtliche Verantwortung mit der rechtlichen oder tatsächlichen Herrschaft über die zu verarbeitenden Daten und dem damit verbundenen Datenverarbeitungsprozess verknüpft.

Durch die allenfalls hilfswise geltende DSGVO ist die Auftragsdatenverarbeitung stärker in die Verantwortung

¹⁷ Zur Strafbarkeit der gesetzwidrigen Auftragsdatenverarbeitung: *BGH*, Urt. v. 10.10.2012 – 2 StR 591/11.

¹⁸ *BVerfG*, Beschl. v. 24.1.2012 – 1 BvR 1299/05, Rn. 177 am Ende.

¹⁹ *BVerfG*, Beschl. v. 6.12.2005 – 1 BvR 1905/02, Rn. 56.

²⁰ *OLG Naumburg*, Urt. v. 27.8.2014 – 6 U 3/14, S. 6.

²¹ *OLG Nürnberg*, Beschl. v. 23.1.2013 – 1 Ws 445/12.

²² *EuGH*, Urt. v. 5.6.2018 – C-210/16, Rn. 27; Hervorhebung vom Verfasser.

²³ *EuGH*, Urt. v. 5.6.2018 – C-210/16, Rn. 29 (Mitverantwortung des Betreibers einer Facebook-Seite).

²⁴ *EuGH*, Urt. v. 5.6.2018 – C-210/16, Rn. 39.

²⁵ *BVerwG*, Beschl. v. 25.2.2016 – 1 C 28.14, Rn. 27.

²⁶ Hervorhebung vom Verfasser.

genommen worden, was nichts daran ändert, dass „die Inanspruchnahme fremder Fachleistungen bei einem eigenständig Verantwortlichen“ außerhalb des Anwendungsbereiches des europäischen Datenschutzrechts bleibt.²⁷ Das ULD nennt als Beispiele für die Funktionsübertragung die Berufsgeheimnisträger, Inkassobüros, Postdienste und schließlich auch die „Bankinstitut(e) für den Geldtransfer“.

Die Richtlinie 2016/680/EU vom 27.4.2016 unterwirft die Strafverfolgungs- und anderen auskunftsberechtigten Behörden keinen Pflichten im Hinblick auf die Datenverarbeitung, die der Auskunft vorausgeht, sondern nur wegen der eigenen Datenverarbeitung (Erwägung 49): „Werden personenbezogene Daten im Zusammenhang mit strafrechtlichen Ermittlungen und Gerichtsverfahren in Strafsachen verarbeitet, so sollten die Mitgliedstaaten vorsehen können, dass die Ausübung des Rechts auf Unterrichtung, Auskunft, Berichtigung oder Löschung personenbezogener Daten oder Einschränkung der Verarbeitung nach Maßgabe des einzelstaatlichen Strafverfahrensrechts erfolgt.“ Der von der behördlichen Datenverarbeitung Betroffene soll „das Recht haben ..., zu wissen und zu erfahren, zu welchen Zwecken die Daten verarbeitet werden, wie lange sie verarbeitet werden und wer deren Empfänger, einschließlich solcher in Drittländern, sind“ (Erwägung 43). Eine Erstreckung auf die Datenverarbeitung Dritter, die der eigenen Datenerfassung der Behörden vorausgeht, fehlt an dieser oder an anderen Stellen. Nach der Definition in Art. 4 Nr. 9 DSGVO und Art. 3 Nr. 10 der Richtlinie 2016/680/EU ist der *Empfänger* jeder, dem Auskunft erteilt wird. Soweit daraus Pflichten entstehen können, werden die Behörden, die nach europäischem oder dem Recht der Mitgliedsstaaten Auskunft verlangen können, nicht als Empfänger im datenschutzrechtlichen Sinne angesehen (Erwägung 22 der Richtlinie 2016/680/EU). Sie werden weder von der DSGVO noch von der Richtlinie 2016/680/EU wegen ihrer unmittelbaren Aufgabenwahrnehmung angesprochen und den nationalen Gesetzgebern die Gestaltung überlassen. Wegen der Auskunft erlangenden Behörden lässt die Richtlinie 2016/680/EU schließlich auch die Weitergabe von Informationen zu, wenn sie aufgrund einer gesetzlichen Ermächtigung erfolgt (Art. 9; hypothetischer Ersatzeingriff).

Kahler ist darin Recht zu geben, dass der Auftraggeber im Zusammenhang mit der Auftragsdatenverarbeitung stärkeren datenschutzrechtlichen Pflichten unterliegt. Er ist aber nur dann Auftraggeber im datenschutzrechtlichen Sinne, wenn er rechtlich oder tatsächlich auf den Prozess

der Datenverarbeitung von der Eingabe über die Datenverarbeitung als solche bis hin zur Schöpfung des Datenverarbeitungsergebnisses Einfluss nimmt oder nehmen kann. Die Ermittlungsgeneralklausel des § 161 Abs. 1 ermächtigt die Staatsanwaltschaft nur, Auskünfte zu verlangen, die womöglich eine Datenverarbeitung voraussetzen, gestaltet aber nicht die Datenerhebung und die Datenverarbeitung selber. Auf das Datenverarbeitungsrecht nimmt die Ermittlungsgeneralklausel – und die Staatsanwaltschaft – ebenso wenig Einfluss wie darauf, wie und welche Daten erhoben werden und wie das Ergebnis beim Output zustande kommt. Ihre rechtliche und tatsächliche Tragweite beschränkt sich auf die Qualität des Ergebnisses der Datenverarbeitung und umfasst nicht auch den Prozess, wie es zustande kommt.

Der tragende Gedanke *Kahlers*, die Staatsanwaltschaft als Auftraggeber im Rahmen einer Auftragsdatenverarbeitung in die Pflicht zu nehmen, beruht somit auf einem verkürzten Verständnis von der Auftragsdatenverarbeitung, das weder vom Verfassungs- noch vom Datenschutzrecht getragen wird. Jedoch müssen noch weitere einfach- und verfassungsrechtliche Aspekte betrachtet werden.

Eingriffstiefe und Streubreite

Dem *BVerfG* sind zwei Aspekte besonders wichtig: Die Eingriffstiefe im Einzelfall und die Streubreite, also die Beeinträchtigung der Grundrechte Unbeteiligter durch eine Eingriffsmaßnahme.²⁸ Unter dem Aspekt der Streubreite sind besonders schwerwiegend die Vorratsdatenspeicherung im engeren Sinne, wobei die gesetzlich bestimmten Verkehrsdaten innerhalb eines begrenzten Zeitrahmens von den Zugangs Providern zu speichern sind (§§ 100g StPO, 113 ff. TKG), die Rasterfahndung nach den §§ 98a, 98b,²⁹ bei der verschiedene Datenquellen auf Gemeinsamkeiten überprüft werden, und die Nachrichtennitter,³⁰ die keine Beschuldigten sind, mit ihnen aber in enger kommunikativer Beziehung stehen (§§ 100a Abs. 3, 100b Abs. 3 S. 2, 100c Abs. 2 S. 2).³¹ Die Streubreite beginnt dann bedeutsam zu werden, wenn der Eingriff gegen Unbeteiligte tiefer als oberflächlich wirkt. Allein in diesem Zusammenhang ist nach meinem Verständnis auch danach zu unterscheiden, ob der Datenverarbeitungsvorgang auf Echtdaten oder auf pseudonymisierte Daten beruht. Der technische Standard für die Verarbeitung von Datenbanken ist die relationale Datenverarbeitung, wobei aus Gründen der Effektivität und der Verarbeitungszeit nicht auf die gespeicherten Datensätze insgesamt, sondern auf Indexe zugegriffen wird, also auf Datentabellen mit pseudonymisierten Datensätzen. Dazu hat *Kahler* keine

²⁷ Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein – ULD, Kurzpapier Nr. 13: Auftragsverarbeitung, Art. 28 DSGVO, 10.1.2018, Anhang B.

²⁸ Statt vieler: *BVerfG*, Beschl. v. 8.6.2016 – 1 BvR 229/16, Rn. 22; *BVerfG*, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09; Rn. 101.

²⁹ *Kahler* stellt auf die Zusammenführung der Datenquellen ab (S. 35); das Problem der Streubreite stellt sich hingegen nicht bei der Zusammenführung, sondern bei der Erhebung der Datenquellen, die zwangsläufig eine Vielzahl von Daten Unverdächtiger enthalten, die in den Herrschaftsbereich der Strafverfolgungsbehörden gelangen. Zur polizeirechtlich zulässigen Rasterfahndung: *BVerfG*, Beschl. v. 4.4.2006 – 1 BvR 518/02.

³⁰ *BVerfG*, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, Rn. 116.

³¹ Die Aufzählung ließe sich ergänzen um die Observation, dem Einsatz eines IMSI-Catchers, dem kleinen Lauschangriff und andere Maßnahmen, so auch um die Durchsuchung beim nur Verdächtigen, der nicht zum Beschuldigten wird.

Erhebungen angestellt; schon vom Grundsatz her kann damit in Frage stehen, ob es sich bei den Kontodaten der Unbeteiligten wirklich um (relevante) personenbezogene Daten handelt und wie tief sie wirklich betroffen sind. Wer vor etlichen Jahren ein gedrucktes Telefonbuch beim Rückenaufrück „K“ nutzte, um nach „Kochheim“ zu suchen, kam nicht ernsthaft auf den Gedanken, auch die personenbezogenen Daten von „Appel“ oder „Zeppelin“ zu verarbeiten.

Das betrifft schließlich nicht nur die Streubreite, sondern auch die Eingriffstiefe: Die datentechnische Suche nach Zahlungsbeträgen und -empfängern sagt nichts über die Motive des Zahlers aus; er bleibt anonym, solange die Suchkriterien nicht genau auf ihn passen. Mit anderen Worten: Datenschutzrechtlich mag auf seine (pseudonymisierten) personenbezogenen Daten zugegriffen worden sein, ein messbarer Grundrechtseingriff ist damit jedoch nicht verbunden gewesen.

Den von *Kahler* bemühten Massendaten als Grundlage einer Datenverarbeitung bemisst jedenfalls das *BVerfG* keine außerordentliche Bedeutung zu, wie seine Rechtsprechung zu den Bestandsdaten, ihre Beauskunftung und zu dem damit im Einzelfall verbundenen Rückgriff auf Vorratsdaten belegt.³² Vorratsdaten sind auch dann nach Art. 10 GG stärker geschützt als die Persönlichkeitsrechte, wenn der Vorgang der Telekommunikation bereits abgeschlossen ist,³³ so dass auch der Rückgriff auf dynamische IP-Adressen im Zusammenhang mit der Bestandsdatenauskunft nach Maßgabe des Art. 10 GG zu betrachten ist.³⁴ Es bedarf deshalb wegen der Verkehrsdaten einer gesetzlichen Ermächtigung für den Zugriff seitens des Auskunftspflichtigen – jetzt geschaffen im TKG – und für das Auskunftsrecht des Auskunftsverlangenden – jetzt geschaffen in § 100j,³⁵ ohne dass das *BVerfG* auf die Datenbasis und ihre Verarbeitung anspricht, sondern nur auf die Auskunft, die auf der Datenverarbeitung beruht:³⁶ „Dennoch ist der hierin liegende Eingriff nicht von sehr großem Gewicht. ... Denn auch wenn § 111 TKG eine große Streubreite hat, beschränkt sich der Zugriff inhaltlich doch auf eng begrenzte Daten, die aus sich heraus noch keinen Aufschluss über konkrete Aktivitäten Einzelner geben und deren Verwendung der Gesetzgeber zu näher bestimmten Zwecken geregelt hat.“

Strafverfahrensrechtliche Mitteilungspflichten

§ 33 überträgt das Gebot des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) in das Strafverfahrensrecht und lässt Ausnahmen davon nur zu, „wenn die vorherige Anhörung den Zweck der Anordnung gefährden würde“ (§ 33 Abs. 4 S. 1). In diesen Fällen wird die Entscheidung verkündet (zum Beispiel der Haftbefehl) oder durch Vollstreckung zugestellt (zum Beispiel der Durchsuchungsbeschluss). Wegen der verdeckten Ermittlungsmaßnahmen benennt

§ 101 die Maßnahmen und die Personen, die von der Maßnahme unterrichtet werden müssen. Das sind immer die Betroffenen (Beschuldigter, Nachrichtenmittler) und sonstige Personen immer nur dann, wenn sie *erheblich* mitbetroffen sind (§ 101 Abs. 4 S. 1 mit den verschiedenen Anwendungsfallen). § 101 Abs. 4 S. 4 untersagt im Ergebnis die Ermittlung der Identität unbekannter Mitbetroffener, wenn nicht besondere Gründe im Einzelfall dafürsprechen. Die Behandlung der Verkehrs-, Funkzellen-, Standort- und Vorratsdaten ist systematisch etwas unglücklich in § 101a geregelt mit dem Ergebnis, dass auch insoweit die direkt Betroffenen und nicht auch die Mitbetroffenen zu unterrichten sind (§ 101a Abs. 6), ohne dass es darauf ankommt, ob sie bereits „erheblich“ mitbetroffen sind. Soweit die StPO darüber hinaus von Mitteilungen spricht, regelt sie damit besondere Einzelfälle.

Soweit *Kahler* auf § 491 verweist und daraus eine Öffnung (Doppeltürmodell) zum Datenschutzrecht mit dem Ergebnis ableitet, die Staatsanwaltschaft müsste alle Inhaber von Kreditkartenkonten unterrichten, bewegt er sich systematisch in dem Abschnitt über die Datenverarbeitung für die Zwecke des Strafverfahrens in den §§ 483 ff. StPO und diese betreffen nur die eigene Datenverarbeitung der Staatsanwaltschaft mit selbst erhobenen personenbezogenen Daten und den Datenaustausch im Hinblick auf dauerhaft oder vorübergehend, jedenfalls aber selbst gespeicherten Daten zwischen den beteiligten Strafverfolgungsbehörden (besonders der Polizei, eingeschränkt wegen des Strafvollzuges). § 491 Abs. 2 spricht ausdrücklich auf die „speichernde Stelle“ an und schränkt die Auskunftspflichten auf die personenbezogenen Daten ein, die nicht nur verarbeitet, sondern tatsächlich gespeichert sind.

Ergebnisse und methodische Fragen

Besonders gelungen sind die informativen Kapitel 3.1 (S. 61 ff.) und 4 (S. 111 ff.).

Im Übrigen macht *Kahler* aus meiner Sicht zwei gedankliche Fehler: Er spricht von einem Massenzugriff auf die personenbezogenen Daten von Kreditkartenkunden, ohne den Prozess der damit verbundenen Datenverarbeitung tatsächlich zu hinterfragen und dabei zu prüfen, auf welche Daten mit welcher personenbezogenen Bedeutung wirklich zugegriffen wird. Allein der Hinweis darauf, dass es keine belanglosen Daten gebe, reicht nach den Anforderungen des *BVerfG* nicht, um die Tiefe des Grundrechtseingriffs auszuloten. Um es auf die Spitze zu treiben³⁷: Hätte *Kahler* recht, dann müsste jede Suchanfrage bei einer Suchmaschine als eine Auftragsdatenverarbeitung angesehen werden, die den Anwender allein deshalb, weil er ein Suchwort mit Personenbezug verwendet, zum datenschutzrechtlichen Auftraggeber macht, weil er die tatsächlichen Voraussetzungen für eine Datenverarbeitung schafft. Das birgt bereits eine gewisse Absurdität, die in Bezug auf den Ausgangsfall nicht besser, sondern unter

³² *BVerfG*, Beschl. v. 24.1.2012 – 1 BvR 1299/05. Zwischen dem Schutz der Persönlichkeitsrechte und dem TK-Geheimnis differenziert *Kahler* nicht deutlich: S. 162.

³³ Ebenda, Leitsatz 1.

³⁴ *BVerfG*, Beschl. v. 24.1.2012 – 1 BvR 1299/05, Rn. 110.

³⁵ Doppeltürmodell: *BVerfG*, Beschl. v. 24.1.2012 – 1 BvR 1299/05, Rn. 123.

³⁶ *BVerfG*, Beschl. v. 24.1.2012 – 1 BvR 1299/05, Rn. 138.

³⁷ Mein Streitbares Argument blendet die Frage nach der Zustimmung und der Umwidmung ausdrücklich aus.

verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten noch schlimmer wird: Anstelle der nur 322 Verdächtigen soll die Staatsanwaltschaft die 22.000.000 Unverdächtigen deanonymisieren, die von der Beauskunftung am Rande – also unerheblich – auch betroffen seien. Dazu müsste sie Daten erheben, die sie nicht hat und die bei den Auskunftspflichtigen verblieben sind. Die Staatsanwaltschaft wurde nie Inhaberin und nie Herrschaftsberechtigte über die Daten der Unbeteiligten. Ihre Erhebung würde 22.000.000 verfassungsrechtlich nicht mehr unerhebliche und damit unzulässige Grundrechtseingriffe mit großer Streubreite voraussetzen. Genau das schließt § 101 in weiser Umsetzung der verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen aus.

Datenschutzrechtlich gesprochen würde es sich um eine Datenerhebung handeln, die nicht von den strafverfahrensrechtlichen Eingriffsnorm geboten ist, die der Datensparsamkeit widerspricht, eine Vertiefung des Eingriffs bedeutet und die einfach nur sinnlos ist, weil die zugrundeliegenden Datenverarbeitungsvorgänge vom Auskunftsberechtigten nicht nur nicht erhoben wurden, sondern die Daten im Detail auch nicht erhoben werden sollten.³⁸

Der zweite Gedankenfehler beruht auf *Kahlers* undifferenzierten Vorstellung von der Auftragsdatenverwaltung. Ihre Abgrenzung zur Funktionsübertragung ist lange der Gegenstand der datenschutzrechtlichen Diskussion gewesen und durch die zitierte Entscheidung des *EuGH* aus 2018, die *Kahler* nicht bekannt gewesen ist, ist die Haftung des Auftraggebers auf die Prozesssteuerung erweitert worden. Die noch unklare Rechtslage ist bis zum Abschluss der Studie ein Grund mehr gewesen, sich mit dem damaligen Meinungsstreit auseinanderzusetzen. Dabei hätte dem *Autor* auch auffallen müssen, dass die einschlägige Richtlinie 2016/680/EU die auskunftsberechtigten Behörden gerade nicht in die Pflicht wegen der Mitteilungspflichten nimmt, sondern sie sogar von der Haftung als Empfänger ausnimmt.

Bestimmte Besonderheiten haben mir den Zugang zu der Studie erschwert:

Kahler unterlegt mehrfach klare gesetzliche Aussagen mit Sekundärquellen.³⁹ Soweit das Gesetz bestimmte Aussagen trifft, kann eine Fußnote allenfalls auf alternative Interpretationen oder sinnvolle Erweiterungen hinweisen.

Kahler spricht wiederholt von einem „hinreichenden Anfangsverdacht“.⁴⁰ Dieser ist der Strafprozessordnung fremd und sie kennt drei andere Verdachtsgrade: Das ist zunächst der auf tatsächlichen Anhaltspunkten fußenden Anfangsverdacht nach § 152 Abs. 1, der durch Allge-

mein-, Fachwissen und kriminalistischen Erfahrungen untermauert werden darf.⁴¹ Den Anfangsverdacht meint *Kahler*, wie auch die von ihm verwendeten Quellen vermitteln (S. 49, Fn. 199), und diskutiert anschließend die grundsätzliche Zulässigkeit der Erhebung der Verdächtigen (S. 50 bis 54).⁴²

Der Vollständigkeit wegen: Im Hinblick auf die Untersuchungshaft (§ 112) und anderer vorläufiger Freiheitsbeschränkungen gilt der dringende Verdacht, der eine nachhaltige Verurteilungswahrscheinlich gegenüber dem Beschuldigten voraussetzt. Der hinreichende Verdacht betrifft schließlich die Anklageerhebung und die Zulassung der Anklage zur Hauptverhandlung im Zwischenverfahren und verlangt prognostisch nach einer überwiegenden Verurteilungswahrscheinlichkeit (§ 203). Ein „hinreichender Anfangsverdacht“, wie er von *Kahler* wiederholt bemüht wird, ist der StPO fremd. Die Rechtsprechung hat einen vierten Verdachtsgrad im Zusammenhang mit tiefen Grundrechtseingriffen entwickelt, den ich einen angereicherten Anfangsverdacht nenne (Wohnungsdurchsuchung, TKÜ u.ä.).⁴³ Er betrifft die Untermauerung einer Eingriffsentscheidung durch gesicherte Tatsachen und hat nichts mit einer überwiegenden Verurteilungswahrscheinlichkeit im Sinne eines hinreichenden Verdachts zu tun.

Der Umgang des *Autors* mit dem Strafverfahrensrecht birgt auch andere Überraschungen, wenn er zum Beispiel von einer sofortigen Beschwerde nach einer gerichtlichen Entscheidung gemäß § 98 Abs. 2 S. 2 spricht und die Mitteilungspflichten in der StPO schildert, ohne auf den § 101 wegen der verdeckten Maßnahmen (seit 2007), den § 101a wegen der Verkehrs- und Vorratsdaten (seit 2015) und vielleicht noch den § 100j Abs. 4 wegen der dynamischen IP-Adressen einzugehen (seit 2013). Dabei wäre ihm die klare Struktur der StPO aufgefallen, Mitteilungspflichten nur wegen solcher Daten zu bestimmen, über die die Staatsanwaltschaft tatsächlich Herrschaft erlangt hat. Seine stattdessen vorgenommenen Erörterungen der §§ 483 ff. kranken daran, dass sie nur die aktiven Datenverarbeiterermächtigungen betreffen, nicht aber auch die Behandlung von Auskünften und Datensammlungen, die aufgrund von Eingriffshandlungen im Einzelnen erhoben wurden.

... noch ein Fazit

Das Datenschutzrecht hat spannende Auswirkungen auf andere Rechtsmaterien, deren wesentliches Regulativ die Verhältnismäßigkeit ist.⁴⁴ Die durch die Rechtsprechung entwickelten Grundrechte in Bezug auf die informationelle Selbstbestimmung⁴⁵ und zur Gewährleistung der In-

³⁸ Das unterscheidet die Auskunft von der Datenerhebung für die Rasterfahndung, wobei die Strafverfolgung die Datenherrschaft über personenbezogene Daten Unverdächtiger erlangt.

³⁹ S. 22, Fn. 20; S. 35, Fn. 105, 107; S. 36, Fn. 117, 118; S. 40, Fn. 137; S. 41, Fn. 143; S. 43, Fn. 164 (unter Verkennung, dass § 30a AO nur die Veranlagungsbehörden betrifft und nicht auch die Steuerfahndung); Unnötiges Sekundärzitat (S. 23, Fn. 28); das Original wurde bei jurion.de veröffentlicht.

⁴⁰ S. 33; S. 48; S. 49 ff.

⁴¹ *BVerfG*, Beschl. v. 15.8.2014 – 2 BvR 969/14, Rn. 38, 41.

⁴² Am Ende vergleicht *Kahler* die „Aktion Mikado“ mit den Datenzugriffen der NSA und verkennt auch an dieser Stelle, dass die Daten Unverdächtiger gerade nicht übermittelt und nicht in die Herrschaft staatlicher Behörden überführt werden.

⁴³ Mit steigender Eingriffstiefe muss der bestehende Verdacht durch Anhaltspunkte angereichert sein. Vergleiche zum Nachrichtenmittler: *BVerfG*, Beschl. v. 30.04.2007 – 2 BvR 2151/06, Rn. 19.

⁴⁴ *BVerfG*, Beschl. v. 16.6.1981 – 1 BvR 1094/80, Rn. 40, 44.

⁴⁵ Volkszählungsurteil: *BVerfG*, Urt. v. 15.12.1983 – 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83.

tegrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme⁴⁶ sind neben den namentlich kodierten Freiheitsrechten (Post, Wohnung; beide mit Richtervorbehalt ausgestattet) zur maßgeblichen Messlatte für strafverfahrensrechtliche und andere staatliche Eingriffsmaßnahmen geworden. Datenschutz als Europa- und Bundesrecht ist jedoch kein absolutes Recht wie etwa der Kernbereich der persönlichen Lebensgestaltung⁴⁷ oder das Recht auf Le-

ben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG). Es muss sich anderen Freiheitsrechten beugen, damit auch sie ihre Wirkung entfalten können,⁴⁸ und steht auch – gemessen am Einzelfall und der Tiefe des individuellen Eingriffs – hinter dem Interesse der Allgemeinheit an einer effektiven Strafverfolgung zurück.⁴⁹ Das gerät gelegentlich in Vergessenheit.

⁴⁶ Onlinedurchsuchung: *BVerfG*, Urt. v. 27.2.2008 – 1 BvR 370, 595/07.

⁴⁷ *BVerfG*, Urt. v. 16.1.1957 – 1 BvR 253/56, Rn. 32 (Elfes).

⁴⁸ „Schaukeltheorie“: *BVerfG*, Urt. v. 15.1.1958 – 1 BvR 400/51.

⁴⁹ *BVerfG*, Beschl. v. 18.3.2009 – 2 BvR 2025/07, Rn. 16.

Juliane Klug: Der Gewaltschutzdiskurs und Stalking im Spannungsfeld von Kernstrafrecht und Kriminalprävention. Entwicklungslinien opferorientierter Kriminalpolitik

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2017, Verlag Kovač, Hamburg, ISBN: 978-3-8300-9412-8, S. 485, Euro 129,80.

Die Arbeit von Klug wurde 2016 an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Bielefeld als Dissertation angenommen. Dies macht deutlich, dass die bereits in Kraft getretenen gesetzlichen Änderungen des Straftatbestands der Nachstellung gem. § 238 StGB keine Berücksichtigung finden konnten. Wer der Meinung ist, dadurch habe sich die Dissertation von Klug quasi überholt, liegt allerdings falsch. Etwas unverständlich ist jedoch der Hinweis im Vorwort, dass bei der Bearbeitung Gesetzesänderungen, laufende Gesetzgebungsverfahren, geplante Reformvorhaben sowie Rechtsprechung und statistische Erhebungen bis Dezember 2014 berücksichtigt wurden. Warum trotz Einreichung der Dissertation im Jahr 2016 ein ganzes Jahr ausgespart wurde und in der Literaturverarbeitung keine Berücksichtigung fand, erschließt sich nicht.

Der große Vorzug der Dissertation liegt dann auch weniger in der rechtlichen Darstellung der – mittlerweile überholten – Rechtslage, als vielmehr in den kriminalpräventiven Betrachtungen und dem Fokussieren des Opferschutzes vor Ort.

Klug beginnt mit einer umfangreichen Bestandsaufnahme zu den Phänomenen häusliche Gewalt und Stalking. Hierzu werden Ausmaß sowie Auswirkungen der häuslichen Gewalt anhand nationaler und internationaler Studien herausgearbeitet. Es handelt sich um ein weit verbreitetes Phänomen, da nach einer UNO-Studie jede dritte Frau in Deutschland bereits Gewalt erfahren hat. Im Anschluss stellt die Autorin Terminologie, Ausmaß, Manifestations- und Erscheinungsformen sowie Interaktions- und Verhaltensmuster des Stalkings vor. Sie kommt zu dem Ergebnis, dass es keine allgemeingültige Definition des Stalkings gibt, so dass auch die juristischen Definitionen sowohl aus nationaler als auch aus internationaler Sicht sehr variantenreich sind. Kriminologisch verstehe man unter Stalking das hartnäckige und unablässige Verfolgen des Opfers durch einen Täter, der diesem nachhaltig auflauert oder auf andere Art und Weise versucht, eine Kontaktaufnahme gegen dessen Willen zu erzwingen.

Stalking umfasse eine Vielzahl von zum Teil stark heterogener Verhaltensweisen und ein komplexes Täterverhalten, dass eine gewisse Kontinuität und Häufung aufweist, wodurch der Bereich des sozialadäquaten Verhaltens verlassen werde. Den Zusammenhang zwischen Stalking und

häuslicher Gewalt sieht Klug darin begründet, dass dem Stalking nicht selten gewalttätige Beziehungen vorausgegangen sind, so dass die Übergänge fließend sein können. In einem weiteren Kapitel widmet sich Klug der gesetzlichen Dogmatik und strafrechtlichen Reaktionen. Sie arbeitet heraus, dass der strafrechtsdogmatischen Implementation des Stalking-Straftatbestands interdisziplinär geführte Konkretisierungsansätze zum Thema häusliche Gewalt vorausgingen. „Vorreiter“ des § 238 StGB war das 2002 eingeführte „Gesetz zur Verbesserung des zivilgerichtlichen Schutzes bei Gewalttaten und Nachstellungen (Stalking) sowie zur Erleichterung der Überlassung der Ehewohnung bei Trennung“. Wichtiger Bestandteil dieses Gesetzes war das Gewaltschutzgesetz, wonach die Opfer von häuslicher Gewalt und Stalking durch die Möglichkeit zivilrechtlicher Anordnungen wirksamer geschützt werden sollten. Flankierend hierzu wurden in den Polizeigesetzen einzelner Bundesländer Normen eingefügt, die die Möglichkeit einer längerfristigen Wohnungsverweisung und ein Rückkehrverbot zum Schutz vor häuslicher Gewalt geben. Exemplarisch erörtert Klug § 34a PolG NRW. Schließlich wurde nach langer Diskussion über die Frage, ob es neben diesem neuen Regelungsinstrumentarium überhaupt noch eines eigenständigen Straftatbestands der Nachstellung bedürfe, 2007 § 238 in das StGB eingefügt und mit § 112a StPO die Möglichkeit der Anordnung einer Deeskalationshaft geschaffen. Die Rechtsprechung zu § 238 StGB a.F. wird dezidiert wiedergegeben und die kriminalpolitische Diskussion um die Umgestaltung des Stalking-Straftatbestands nachgezeichnet.

Obwohl sich der Gesetzgeber mit Inkrafttreten des neuen Stalkingtatbestands im März 2017 für die Ausgestaltung der Nachstellung als Eignungsdelikt entschieden hat, lehnt Klug dies nicht nur aus strafrechtsdogmatischen Gesichtspunkten, sondern auch vor dem Hintergrund der kriminalpolitischen Zielsetzungen ab. Sinn und Zweck der Neuregelung sei es nicht, möglichst viele Verurteilungen zu erzielen. Durch die Neufassung als Eignungsdelikt könne die Abgrenzung der Freiheitssphären von Opfer und Täter nicht angemessen gewährleistet werden. Denn im Rahmen des Straftatbestands der Nachstellung sei zu berücksichtigen, „dass dieser grundsätzlich auch sozialadäquate Verhaltensweisen umfasse, die zwar vom Opfer als lästig empfunden werden können, aber deshalb noch lange kein strafwürdiges Verhaltensunrecht darstellen müssen“ (S. 331 f.). Zudem sei die Ausgestaltung als Erfolgsdelikt als einschränkendes Korrektiv zwecks Vermeidung der Pönalisierung sozialadäquater Verhaltensweisen zu sehen.

Auch unter kriminalpräventiven Aspekten sieht die Autorin die Umwandlung des Stalking-Straftatbestandes vom Erfolgs- in ein Eignungsdelikt als problematisch an. Dadurch werde die Grenze zwischen präventivem und repressivem Handeln der Polizei noch weiter verwischt. So würde beispielsweise für das präventive Mittel der Gefährderansprache durch die Polizei kaum noch Raum bleiben, weil der „Gefährder“ durch die Vorverlagerung der Strafbarkeit viel schneller und früher den Status eines Beschuldigten erlangen würde und insoweit bei Beginn seiner ersten Vernehmung entsprechend § 136a StPO durch die Polizei zu belehren sei. Der Polizei werde es dadurch quasi unmöglich gemacht, das präventive Element der Gefährderansprache noch rechtssicher zu praktizieren (S. 384). Es bedürfe in Fällen des Stalkings aber gerade nicht einer Verschärfung und Vorverlagerung der Strafbarkeit, sondern eines Ausbaus präventiver Elemente und eines funktionierenden Kriseninterventionsmanagements. Die Autorin stellt in ihrer Arbeit Interventionsnetzwerke zum Abbau häuslicher Gewalt und Stalking vor, so z.B. BIG, KIK, HAIP und Stop-Stalking Berlin. Interventionsprojekte könnten helfen, die Rahmenbedingungen zugunsten der betroffenen Frauen zu verbessern.

Abschließend spricht sich *Klug* für eine Ausweitung des Opferschutzes aus, der zu einer nachhaltigen Beendigung und Reduktion von häuslicher Gewalt und Stalking führen könnte. Denn es bedürfe nicht nur in Großstädten, sondern auch in ländlichen Regionen des konsequenten und stringenten Ausbaus von Interventionsnetzwerken sowie Tä-

ter- und Opferberatungsstellen, die interdisziplinär und multiprofessionell auch mit der Justiz zusammenarbeiten. Neben dem Opferschutz sei zudem ein besonderer Fokus auf die adäquate Therapie von Stalking-Tätern zu legen (S. 432).

Der Gesetzgeber hat sich nicht der Auffassung von *Klug* angeschlossen, sondern den Stalking-Straftatbestand vom Erfolgs- in ein potenzielles Gefährdungsdelikt umgewandelt (*Kubiciel/Borutta*, KriPoZ 2016, 194 [195]). Es ist nicht davon auszugehen, dass er diese Entscheidung wieder zurücknimmt. Was aber jenseits des Straftatbestands einer permanenten Verbesserung bedarf, ist der große Bereich der Kriminalprävention und des Opferschutzes vor Ort. Hier bietet die Arbeit von *Klug* eine wahre Fundgrube, sich mit Projekten und Netzwerken rund um die präventiven Gesichtspunkte im Bereich der häuslichen Gewalt und des Stalkings vertraut zu machen. Auch die Forderungen im Zusammenhang mit der strafrechtlichen Intervention, wie z.B. die Einrichtung von Sonderdezernten (S. 414) oder die Forderung nach einer Beschleunigung der zivilrechtlichen Intervention (S. 419) können Denkanstöße liefern. Insofern kann die Dissertation jenseits der strafgesetzlichen – insoweit vom Gesetzgeber entschieden – Diskussion die Perspektive erweitern. Der Mehrwert liegt in einem Blick über die Strafrechtsgrenzen hinaus. Kriminalprävention und Opferschutz sind die Schlagworte, die dafür sorgen, dass sich die Dissertation von *Klug* auch nach der Reform des Stalking-Straftatbestands nicht überholt hat.

Volker Bützler: Staatsschutz mittels Vorfeldkriminalisierung. Eine Studie zum Hochverrat, Terrorismus und den schweren staatsgefährdenden Gewalttaten

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2017, Nomos, Baden-Baden, ISBN: 978-3-8487-4086-4, S. 294, Euro 79,00.

Die zunehmende Vorfeldkriminalisierung durch den deutschen Gesetzgeber, die Entwicklung von einem Schuldstrafrecht hin zu einem Sicherheitsrecht und Gefährdungsstrafrecht ist mittlerweile in zahlreichen Dissertationen und Habilitationen beschrieben worden. Insoweit muss sich eingangs die kritische Frage gestellt werden, ob es einer weiteren Dissertation bedarf. Gerade zum Bereich Vorfeldkriminalisierung und Terrorismusstrafrecht gibt es bereits so zahlreiche Monografien, dass sie nicht alle in der vorliegenden Dissertation zitiert wurden. Zudem ist die Dissertation im Wintersemester 2016/2017 angenommen worden, so dass sich zumindest die Ausführungen zum Vereinigungsbegriff durch die im Juli 2017 in Kraft getretene Legaldefinition in § 129 Abs. 2 StGB überholt haben (BGBl I 2017, 2440).

Allerdings setzt sich die Dissertation nicht – wie viele der anderen Schriften – nur mit den Vorschriften zur terroristischen Vereinigung und den schweren staatsgefährdenden Gewalttaten auseinander, sondern zusätzlich mit den doch eher nicht in den Fokus wissenschaftlicher Auseinandersetzung rückenden Vorschriften zum Hochverrat.

Insofern teilt sich die Arbeit nach einer Einleitung in drei große Abschnitte und beginnt mit der terroristischen Vereinigung. Nach einem kurzen Abriss zur Geschichte des Terrorismus und den unterschiedlichen terroristischen Beweggründen, sowie Abgrenzungsüberlegungen und Ausführungen zu terroristischen Merkmalen, werden „Definitionsversuche“ zum Begriff Terrorismus unternommen. Insoweit wird festgestellt, dass es weder dem deutschen Gesetzgeber noch der Europäischen Union oder den Vereinten Nationen gelungen sei, eine allgemeingültige Terrorismusdefinition zu finden (S. 53). Dies sei aber auch – zumindest im Rahmen dieser Arbeit – nicht notwendig, weil lediglich eine Definition für terroristische Straftaten und nicht eine Definition für den Begriff des Terrorismus an sich gefunden werden müsse (S. 54). Hiernach hält der Verfasser folgende Merkmale als typisch terroristisch (wohl im Sinne des Strafwürdigen) fest:

- Objektives Element ist die systematische Anwendung von Gewalt gegen Personen oder Sachen durch nicht staatliche Akteure.

- Subjektives Element ist die Absicht, ein Klima der Angst und des Schreckens unter bestimmten Personengruppen zu erzeugen.
- Verknüpfendes Element zwischen dem objektiven und subjektiven ist die besondere Motivation für die Gewaltanwendung, die darin besteht, einen demokratischen Rechtsstaat und dessen innere Sicherheit oder eine internationale Organisation langfristig zu gefährden (politische Strategie) (S. 55).

Mit Hilfe dieser Merkmale können laut Verfasser die besonderen deliktischen Eigenschaften des Terrorismus aufgezeigt und kritische Aussagen zu den Grenzen der Strafbarkeit geprüft werden. Dazu nimmt er im Folgenden zunächst die Entstehungsgeschichte der §§ 129, 129a StGB in den Blick, um auf die erheblichen Änderungen des Erscheinungsbilds hinzuweisen, die immer politischen Ereignissen geschuldet gewesen seien. Die Begründungen der einzelnen Gesetzentwürfe machten zudem deutlich, dass stets der Schutz der inneren Sicherheit Zweck der Regelungen gewesen sei und diese somit den Kern des Staatsschutzstrafrechts darstellen (S. 77).

Anschließend widmet sich der Verfasser dem Strafrechtsgut des § 129a StGB und seinem Verhältnis zur tatbestandsmäßigen Handlung. Nach einer kurzen Darstellung der allgemeinen Kritik an einer Rechtsgutslehre, wird die wichtige Funktion des Rechtsguts bei der Auslegung der Tatbestände betont. Das Rechtsgut wird in der inneren Sicherheit gesehen (S. 106). Dieser durchaus streitbaren Position wird meines Erachtens in der Diskussion zu wenig Raum eingeräumt.

Der Verfasser beschäftigt sich danach ausführlich mit dem Straftatbestand des § 129a StGB, da der kritische Wert des Rechtsguts nur bei einer wechselseitigen Betrachtung mit dem Tatbestand gezeigt werden könne. Werde der Schutzzweck nicht erreicht, so fehle dem Straftatbestand die Legitimation. Zwar werden im Folgenden Merkmale und ihre Auslegung erörtert, allerdings fehlt am Ende des Kapitels ein Fazit im Hinblick auf Auslegung und Schutzzweck des Rechtsguts innere Sicherheit. Dies wird aber – knapp – im Rahmen des Zwischenergebnisses zum Abschnitt nachgeholt, allerdings ein wenig nebulös. Eine Vorfeldnorm wie § 129a StGB sei nur dann gerechtfertigt, wenn eine organisierte Vereinigung das Ziel habe, durch kriminelle Handlungen die innere Sicherheit zu gefährden (S. 163). Insofern wird quasi das Rechtsgut zur inneren Ausrichtung der Vereinigung, nicht aber das

Rechtsgut zum Maßstab für die Auslegung des Straftatbestandes gemacht. Darüber hinaus wird festgestellt, dass der Tatbestand erkennbar auch die innere Sicherheit schützen müsse.

Mit Blick auf die Vereinbarkeit der §§ 129, 129a StGB mit den Prinzipien des Strafrechts fordert der Verfasser schließlich, den Straftatbestand des § 129 StGB zu streichen, da kriminelle Organisationen nicht die innere Sicherheit gefährden würden. Zudem wird eine Änderung des § 129a StGB empfohlen und die Erweiterung um die zusätzlichen objektiven und subjektiven Merkmale aus dem EU-Rahmenbeschluss zum Terrorismus aus dem Jahr 2002 gefordert. Allerdings seien die Merkmale der „wirtschaftlichen und sozialen Grundstrukturen eines Staates oder einer internationalen Organisation zu beseitigen oder erheblich zu beeinträchtigen“ nicht zu übernehmen und zudem in § 129a Abs. 2 StGB zu streichen (S. 163). Ebenfalls streichen will der Verfasser § 129a Abs. 3 StGB sowie die Tathandlungen des Unterstützens und Werbens um Mitglieder durch Nichtmitglieder (S. 164). Diese Forderungen haben sich auch nach der gesetzlichen Änderung durch das 54. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2008/841/JI des Rates vom 24. Oktober 2008 zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität vom 17. Juli 2017 nicht erledigt, sondern können weiterhin diskutiert werden. Dagegen haben sich die Ausführungen des Verfassers zur Auslegung des Vereinigungsbegriffs durch die jetzt geltende Legaldefinition in § 129 Abs. 2 StGB überholt.

In einem kleinen 5seitigen Exkurs wird das ungarische Terrorismusstrafrecht vorgestellt und unter Rückgriff darauf der Vorschlag unterbreitet, eine besondere terroristische Motivation für die als „terroristisch“ gekennzeichneten Straftaten auch in die Regelungstechnik des deutschen Gesetzgebers aufzunehmen (S. 170).

Der zweite große Abschnitt widmet sich dann dem Hochverrat und den schweren staatsgefährdenden Gewalttaten. Bereits vor der Einführung der §§ 129, 129a, 89a, 89b, 89c und 91 StGB gab es strafrechtliche Vorschriften zum Schutz des Bestandes des Staates und der inneren Sicherheit. Der Tatbestand des Hochverrats stelle dabei seit Jahrhunderten das schwerste Verbrechen gegen die Existenz des Staates dar (S. 173). Der Verfasser beschreibt zunächst die gesellschaftlichen Grundlagen, um dann die historische Entwicklung der Hochverratsvorschriften genau und ausführlich nachzuzeichnen. Ein wesentlicher Bestandteil der Staatsschutzvorschriften sei seit deren Anbeginn die Kriminalisierung von verfassungsfeindlichen

Organisationen. Nur von Kollektiven könnten wirklich Gefahren für den Staat als solchen ausgehen (S. 216).

Der strafrechtliche Staatsschutz bestraft typischerweise Handlungen bereits vor der Verletzung des Rechtsguts, allerdings müssten sich die Rechtsnormen hierbei an die allgemein gültigen Prinzipien halten. Daher sollen laut Verfasser nur solche Handlungen bestraft werden, die auf eine Umwälzung der staatlichen Ordnung mit strafbaren Aktionen hinzielen. Dagegen dürften keine Handlungen inkriminiert werden, in denen sich bloß nonkonformes Verhalten ausdrücke (S. 217).

Im Anschluss werden Rechtsgut und Tatbestand der §§ 81, 83 StGB beschrieben. Dadurch wird deutlich, dass die Vorschriften zum Hochverrat die Strafbarkeit formal weit in das Vorbereitungsstadium hin ausweiten. Gleichzeitig wird aber der Anwendungsbereich durch die Tatbestandsmerkmale und ihre Auslegung immens begrenzt. Hier sieht es der Verfasser als nicht zufriedenstellend an, dass terroristische Anschläge, die Leben, Gesundheit, Eigentum und die innere Sicherheit verletzen, die aber die Schwelle zur Anwendbarkeit der §§ 81 ff. StGB noch nicht erreicht haben, nur durch die „normalen“ Straftatbestände des StGB erfasst würden. Zwischen der Strafbarkeit nach §§ 129, 129a StGB und §§ 81 ff. StGB klaffe eine Lücke. Eine Erfassung des besonderen Unrechts von Straftaten in der Zwischenphase allein durch die Strafzumessung erscheinen dem Verfasser nicht genug. Er möchte hier Straftatbestände einführen, die den staatsgefährdenden Charakter terroristischer Handlungen von der Vorbereitung über den Versuch bis hin zur Vollendung erfassen (S. 237).

Auch im Hinblick auf die Straftatbestände der §§ 89a, 89b, 89c und 91 StGB zeichnet der Verfasser in gewohnter Manier zunächst die (kurze) historische Entwicklung und kriminalpolitische Bedeutung nach, bevor er sich dem Rechtsgut und der Systematik der Straftatbestände zuwendet. Die Vorschriften hält er aus verschiedenen Gründen (S. 256 ff.) für hoch problematisch und spricht sich für eine Streichung in der derzeitigen Form aus (S. 261).

In einem letzten Abschnitt werden die Ergebnisse verglichen und zusammengefasst. Hier werden die Änderungs- und Streichungsvorschläge zu den einzelnen Paragraphen noch einmal auf den Punkt gebracht (S. 268 ff.). Diese de lege ferenda Vorschläge machen den kriminalpolitischen Wert dieser Dissertationsschrift aus und sollten weiter diskutiert werden.