

KriPoZ

Kriminalpolitische Zeitschrift

KONTAKT

schriftleitung@kripoz.de

Herausgeber

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

Schriftleitung

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

Redaktion (national)

Prof. Dr. Alexander Baur
Prof. Dr. Gunnar Duttge
Prof. Dr. Sabine Gless
Prof. Dr. Bernd Hecker
Prof. Dr. Martin Heger
Prof. Dr. Bernd Heinrich
Prof. Dr. Gabriele Kett-Straub
Prof. Dr. Florian Knauer
Prof. Dr. Michael Kubiciel
Prof. Dr. Otto Lagodny
Prof. Dr. Carsten Momsen
Prof. Dr. Helmut Satzger
Prof. Dr. Anja Schiemann
Prof. Dr. Edward Schramm
Prof. Dr. Mark Zöller

Redaktion international

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

ALLGEMEINE BEITRÄGE | 127 – 188

- 127** | **Kriminalität in Deutschland aus Sicht der AfD**
von Prof. Dr. Thomas Hestermann und Prof. Dr. Elisa Hoven
- 140** | **Der Kommissionsvorschlag zum transnationalen Zugriff auf elektronische Beweismittel – Rückzug des Staates aus der Rechtshilfe?**
von Prof. Dr. Martin Böse
- 148** | **Der Straftatbestand des § 23 GeschGehG und das Whistleblowing**
von Prof. Dr. Tobias Reinbacher
- 159** | **Abgekürzte Strafverfahren – Alternativ-Entwurf-ASR 2019**
von Priv.-Doz. Dr. Silke Hüls
- 167** | **Zur Idee eines Bundespolizeibeauftragten**
von Prof. Dr. iur. Dr. rer. publ. Markus Thiel
- 174** | **Digitaloffensive im Strafrecht!**
von Rechtsanwältin Dr. Anna Oehmichen und Björn Weißenberger
- 183** | **Strafrechtlicher Schutz des virtuellen menschlichen Bewusstseins?**
von Wiss. Mit. Ludwig Reißmann

AUSLANDSRUBRIK | 189 – 198

- 189** | **Korruption und Compliance-Programme in Brasilien und Argentinien**
von Prof. Dr. Davi Tangerino, Prof. Dr. Juan Pablo Montiel und Henrique Olive, LL.M.

BUCHBESPRECHUNGEN | 199 – 203

- 199** | **Beatrice Satorius: Bestechung und Bestechlichkeit im Gesundheitswesen – Die Tatbestände der §§ 299a, 299b StGB**
von Dr. Matthias Dann, LL.M.
- 202** | **Adolf Schönke, Horst Schröder: Strafgesetzbuch**
von Rechtsreferendar Martin Linke

TAGUNGSBERICHT | 204 – 205

- 204** | **Veranstaltung „Islam und Recht II“ in Berlin**
von Elisa-Sophie Fickenscher

Kriminalität in Deutschland im Spiegel von Pressemitteilungen der Alternative für Deutschland (AfD)

von Prof. Dr. Thomas Hestermann und
Prof. Dr. Elisa Hoven*

Abstract

An Straftaten entzündet sich die politische Debatte in besonderer Weise. Fragen nach Ursachen, Entwicklung und Bekämpfung von Kriminalität berühren verbreitete Ängste; wer sie zum Gegenstand macht, kann sich öffentlicher Aufmerksamkeit sicher sein. Der vorliegende Beitrag betrachtet 242 Pressemitteilungen der AfD aus dem Jahr 2018, die sich mit strafbaren Handlungen befassen. Es wird untersucht, welche Kriminalitätsphänomene die Meldungen beschreiben, welche Täter- und Opferbilder sie skizzieren und auf welche Weise eine Bedrohung durch Kriminalität und Zuwanderung formuliert wird.

I. Einführung

Die innere Sicherheit ist eines der umstrittensten politischen Reizthemen. Über sie werden Wahlkämpfe entschieden. Im Hamburger Bürgerschaftswahlkampf 1997 griff die SPD einen Satz des britischen Premierministers *Tony Blair* auf und plakatierte: „Law and Order is a Labour Issue“. Reichte es seinerzeit noch knapp zum Machterhalt, kam es mit der folgenden Wahl zum Machtwechsel. Dabei errang der als „Richter Gnadenlos“ bekannt gewordene Jurist *Ronald Schill* fast ein Fünftel der abgegebenen Stimmen etwa mit dem Versprechen, die Kriminalität in der Hansestadt binnen hundert Tagen auf die Hälfte zu verringern.¹ Im Bundestagswahlkampf 2017 warnte der damalige Bundesinnenminister *Thomas de Maizière* (CDU) vor überzogenen Erwartungen: „Im Rechtsstaat sind der Staatsgewalt Grenzen gesetzt. Das ist auch gut so. Es zeigt aber: Wer sich für Sicherheit einsetzt, muss mit Unsicherheit leben.“² Derartige Demut lässt weiten Raum für Forderungen nach einem harten Durchgreifen und die Verheißung absoluter Sicherheit. Die Alternative für Deutschland (AfD) forciert in Wahlkämpfen und nunmehr als größte im Bundestag vertretene Oppositionspartei das Thema Kriminalität insbesondere mit dem Fokus Zuwanderung³, mit offensichtlichem Erfolg. Dieser Beitrag untersucht, welche thematischen Akzente diese Partei dabei setzt, welche Begründungen sie liefert und was sie daraus folgert. Weil die AfD damit erheblichen Druck auf die

neuere Kriminalitätspolitik entfaltet, gilt ihr unser Forschungsinteresse – was nicht ausschließt, dass sich auch andere Parteien ähnlicher Deutungsmuster bedienen.

1. Kriminalitätsentwicklung

Vertreter der AfD warnen vielfach vor einer zunehmenden Bedrohung durch Kriminalität. So bekundete der rheinland-pfälzische AfD-Landesvorsitzende *Uwe Junge*: „Natürlich wird die Kriminalität und die terroristische Bedrohung steigen.“⁴ Nach der Polizeilichen Kriminalstatistik 2018 hat sich die Erwartung gewachsener Kriminalität allerdings nicht bestätigt. Im Gegenteil: Im zweiten Jahr in Folge gingen die Straftaten zurück. Im Verlauf der letzten zehn Jahre hat die Zahl der angezeigten Straftaten um 9,1 % abgenommen.⁵

In der politischen Debatte entscheidet aber womöglich nicht die messbare, sondern die gefühlte Kriminalität über Erfolg und Scheitern der Verantwortlichen, über Machtgewinn und Machtverlust. Überdies sät die AfD Zweifel, inwieweit den behördlichen Angaben zu trauen sei: „Statistiken über den Asyl- oder Migrationshintergrund der Tatverdächtigen bzw. Täter werden aus politischen Gründen kaum geführt, geheim gehalten oder geschönt. Teilweise verschweigen oder verharmlosen öffentliche Stellen und Medien die durch die Asylzuwanderung verursachten Probleme.“⁶

Wie sehr messbare und gefühlte Kriminalität auseinanderklaffen, erwies sich bei der Vorstellung der Polizeilichen Kriminalstatistik 2018 zum Hellfeld, die einherging mit der Präsentation des repräsentativen Viktimisierungssurveys 2017 zu Dunkelfeld, Kriminalitätsfurcht und verwandten Fragen. Danach ist der Anteil der Bevölkerung, der sich nachts in der Wohngegend unsicher fühlt, trotz sinkender Kriminalitätsbelastung von 17 % im Jahr 2012 auf 22 % gestiegen. Während Ostdeutsche ähnlich viele oder weniger Opfererfahrungen machen als Westdeutsche, fühlen sie sich in ihrer Wohnumgebung unsicherer und fürchten sich mehr vor Raubüberfällen und terroristi-

* Prof. Dr. Thomas Hestermann lehrt Journalistik an der Hochschule Macromedia, Campus Hamburg. Prof. Dr. Elisa Hoven ist Inhaberin des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht und Medienstrafrecht an der Universität Leipzig. Die Verfasser danken herzlich den Studierenden *Hannah Heuser*, *Johanna Moehl*, *Leonie Schmitz*, *Lotta Wieth*, *Oskar Sasse*, *David Spiegel* und *Alexandra Witting* für ihre wunderbare Unterstützung.

¹ *Iken/Schuller*, Ex-Innensenator: Ronald Schill und der große Irrtum der Hamburger, *Hamburger Abendblatt* v. 20.8.2014, <http://bit.ly/2VfhkGK> (zuletzt abgerufen am 6.5.2019).

² *de Maizière*, Innenminister de Maizière: Leitlinien für einen starken Staat in schwierigen Zeiten, *FAZ* v. 3.1.2017, <http://bit.ly/2DRnXV7> (zuletzt abgerufen am 6.5.2019).

³ In diesem Beitrag ist von Zuwanderern entsprechend der Definition in der Polizeilichen Kriminalstatistik die Rede. Dieser Begriff umfasst Asylbewerber, Schutz- und Asylberechtigte, Kontingentflüchtlinge sowie Personen, die sich geduldet oder unerlaubt in Deutschland aufhalten, PKS 2018, S. 11.

⁴ Dokumentation: Das wählen Sie, wenn Sie das Kreuz bei der AfD setzen, *Rhein-Zeitung* v. 3.3.2015, <http://bit.ly/2E0eD14> (zuletzt abgerufen am 25.4.2019).

⁵ PKS 2018, S. 26.

⁶ *AfD*, Programm für Deutschland: Das Grundsatzprogramm der Alternative für Deutschland, 2016, S. 127, <http://bit.ly/2Wswjtw> (zuletzt abgerufen am 6.5.2019).

schen Anschlägen. Unverändert bleibt das Anzeigeverhalten im Vergleich der Befragungen 2012 und 2017.⁷

2. Täterprofile

Im Zuge einer verschärften Debatte um Auswirkungen der Flüchtlingspolitik auf die Kriminalität in Deutschland richtet sich der Blick verstärkt auf die Nationalität von Tatverdächtigen. In den Verlautbarungen der AfD spielt das Narrativ vom straffälligen Ausländer eine zentrale Rolle. Dabei richten sich die Vorbehalte nicht gleichermaßen gegen alle Nichtdeutschen. Im Fokus stehen vor allem Zuwanderer, die in jüngerer Zeit in großer Zahl nach Deutschland eingereist sind, vor allem aus Afghanistan, Syrien und Irak. Gerade Zuwanderer aus muslimischen Ländern seien kaum zu integrieren und damit in besonderer Weise kriminalitätsanfällig. Dazu heißt es im Grundsatzprogramm der AfD: „Einwanderungsbedingte Kriminalität ist wegen ihrer Einbettung in Familien-, Clan- und kulturelle Strukturen und aufgrund der Sprachbarriere sehr schwer zu bekämpfen.“⁸

Tatsächlich sind 34,5 % aller 2018 registrierten Tatverdächtigen keine deutschen Staatsbürger. Dieser Anteil war vor zehn Jahren mit 20,9 % deutlich niedriger.⁹ Nach dem Bundeslagebild 2018 stellen Zuwanderer 8,6 % aller Tatverdächtigen im Bundesgebiet dar. Asylsuchende aus Syrien, Afghanistan und Irak bilden zwar die Mehrheit der Zuwanderer, in Relation zu ihrem Anteil an der Gesamtgruppe der Zuwanderer sind sie jedoch deutlich weniger kriminalitätsbelastet.¹⁰

Eine – von mehreren – wissenschaftlichen Erklärungen für ein höheres Kriminalitätsrisiko von Nichtdeutschen sind die Unterschiede in den Sozialprofilen der Gruppen. Kriminalitätsbegünstigende Faktoren sind etwa: junges Alter, männliches Geschlecht, Wohnsitz in Großstädten und geringe Bildung.¹¹ Bei Zuwanderern spielen darüber hinaus die prekären Lebensverhältnisse in den Unterkünften,

die fehlende soziale Einbindung durch ein Beschäftigungsverhältnis und traumatisierende Erlebnisse aus der Kriegszeit oder der Flucht eine Rolle.¹² Als bedeutsam hat sich auch ihr Aufenthaltsstatus herausgestellt – wer als wahrscheinlich erachtet kann, auf längere Sicht in Deutschland leben zu können, wird tendenziell deutlich seltener straffällig als jene, die keine Bleibeperspektive für sich sehen.¹³

Ein politisch heikler Aspekt ist die Bedeutung herkunftskultureller Einflüsse für die Kriminalitätsgeneignetheit bestimmter Zuwanderergruppen. Kriminologische Studien zeigen, dass männliche Ehr- und Dominanzvorstellungen in einigen Gruppen – junge Spätaussiedler aus der ehemaligen Sowjetunion¹⁴ sowie Jugendliche aus muslimischen Familien¹⁵ – besonders stark ausgeprägt sind und den Einsatz von Gewalt aus Sicht der Täter legitimieren können.¹⁶ Nicht zuletzt wirkt sich eine unterschiedliche Anzeigepraxis aus. Befragungen im Dunkelfeld zeigen, dass deutsche Opfer einen ausländischen Täter doppelt so häufig anzeigen wie einen deutschen.¹⁷

3. Antisemitische Straftaten

Straftaten, die sich gegen Menschen jüdischen Glaubens und ihre Einrichtungen richten, finden in der Bundesrepublik vor dem Hintergrund der deutschen Geschichte besondere Aufmerksamkeit. 2018 wurden in Deutschland 1.799 antisemitische Straftaten verübt. 89,1 % dieser Delikte werden rechtsextremen Tatverdächtigen zugeordnet.¹⁸ Die statistische Erfassung ist jedoch nicht verlässlich. So werden bislang Delikte wie Volksverhetzungen oder antisemitische Beleidigungen auch dann rechtsextremen Gruppen zugeschrieben, wenn ein Täter nicht ermittelt werden konnte.¹⁹ Mehrere Studien verweisen hingegen auf einen unter Einwanderern aus muslimischen Ländern verbreiteten Antisemitismus, der religiös wie politisch mit Blick auf den Nahostkonflikt aufgeladen ist.²⁰ Vor einem in Deutschland zunehmenden Antisemitismus aufgrund von Zuwanderung warnt auch der Präsident des

⁷ Birkel/Church/Hummelsheim-Doss/Leitgöb-Guzy/Oberwittler, (hrsg. BKA), Der Deutsche Viktimisierungssurvey 2017: Opfererfahrungen, kriminalitätsbezogene Einstellungen sowie die Wahrnehmung von Unsicherheit und Kriminalität in Deutschland, 2019, S. 98 f., <http://bit.ly/2H1C5vB> (zuletzt abgerufen am 6.5.2019).

⁸ AfD, Programm für Deutschland: Das Grundsatzprogramm der Alternative für Deutschland, 2016, S. 127, <http://bit.ly/2Wswjtw> (zuletzt abgerufen am 6.5.2019).

⁹ PKS 2018, S. 31. Hier wurden auch die ausländerrechtlichen Verstöße berücksichtigt, da sie für den Untersuchungsgegenstand relevant sind. Ohne ausländerrechtliche Verstöße beträgt der Anteil nichtdeutscher Tatverdächtiger 30,5 % in 2018, 18,9 % in 2008.

¹⁰ Kriminalität im Kontext von Zuwanderung, Bundeslagebild 2018, S. 9: „So lag der Anteil der tatverdächtigen Zuwanderer aus den zugewanderungsstarken Staaten Syrien, Afghanistan und Irak insgesamt bei 39 %, während ihr Anteil an den Asylsuchenden bei 59 % lag.“

¹¹ Statt aller: Neubacher, Kriminologie, 3. Aufl. (2017), S. 158; Napoli, in: Dollinger/Schmidt-Semisch, Handbuch Jugendkriminalität: Interdisziplinäre Perspektiven, 3. Aufl. (2018), S. 325.

¹² Vgl. Hargasser, Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge. Sequentielle Traumatisierungsprozesse und die Aufgaben der Jugendhilfe, 3. Aufl. (2016); Hoven, in: Friedrichs/Gössl/Hoven/Steinbicker, Migration. Gesellschaftliches Zusammenleben im Wandel, 2018, S. 149.

¹³ Pfeiffer/Baier/Kliem, Zur Entwicklung der Gewalt in Deutschland. Schwerpunkte: Jugendliche und Flüchtlinge als Täter und Opfer, 2018, S. 77.

¹⁴ Reich, Integrations- und Desintegrationsprozesse junger männlicher Aussiedler aus der GUS, 2005; Zdu, Sociological Focus 2012, 143.

¹⁵ Baier/Pfeiffer/Rabold/Simonson/Kappes, Kinder und Jugendliche in Deutschland: Gewalterfahrungen, Integration, Medienkonsum, KfN Forschungsbericht Nr. 109, 2010; Toprak, Unsere Ehre ist uns heilig: Muslimische Familien in Deutschland, 2012.

¹⁶ Statt aller: Enzmann/Brettfeld/Wetzels, in: Oberwittler/Karstedt, Soziologie der Kriminalität, KZfSS Sonderheft 43, 2004, 264; Walburg, Die Polizei 2015, 287 (291); Strasser/Zdu, Soziale Probleme 2005, 5; Nisbett/Cohen, Culture of Honor: The Psychology of Violence in the South, 1996; Baier/Pfeiffer, Gewalttätigkeit bei deutschen und nichtdeutschen Jugendlichen – Befunde der Schülerbefragung 2005 und Folgerungen für die Prävention, KfN Forschungsbericht Nr. 100, 2007.

¹⁷ Pfeiffer/Baier/Kliem, Zur Entwicklung der Gewalt in Deutschland. Schwerpunkte: Jugendliche und Flüchtlinge als Täter und Opfer, 2018, S. 75; kritisch, Hoven, in: Friedrichs/Gössl/Hoven/Steinbicker, Migration. Gesellschaftliches Zusammenleben im Wandel, 2018, S. 149.

¹⁸ BMI, Politisch Motivierte Kriminalität im Jahr 2018: Bundesweite Fallzahlen, 2019, <http://bit.ly/2VpwmF8> (zuletzt abgerufen am 14.5.2019).

¹⁹ Reisin, Antisemitische Straftaten: Sind die Statistiken irreführend? tagesschau.de v. 26.4.18, <http://bit.ly/2V4h4Fs> (zuletzt abgerufen am 6.5.2019).

²⁰ BT-Drs. 18/1197, S. 79 f.

Zentralrats der Juden in Deutschland, *Josef Schuster*. Die Mehrzahl derer, die 2015 in großer Zahl nach Deutschland geflüchtet seien, käme aus israelfeindlichen Staaten.²¹

Antisemitismus wird von der AfD als ein importiertes Problem bezeichnet, das vor allem nach Deutschland eingewanderten Muslimen zuzuschreiben sei. Der Antisemitismus in Deutschland sei ein „Kollateralschaden einer verfehlten Flüchtlings- und Einwanderungspolitik“.²²

In einer Kleinen Anfrage der AfD-Bundestagsfraktion zur Erfassung antisemitischer Straftaten in der Polizeilichen Kriminalstatistik heißt es, dass die fast ausschließliche Zuordnung zu rechtsradikalen Kreisen von der Erfahrung vieler in Deutschland lebender Juden erheblich abweiche. Die Fraktion stützt sich dabei auf eine Studie, nach der rund 80 % der jüdischen Gewaltopfer Muslime als Täter bezichtigen.²³ Auch diese Zahl bedarf jedoch einer genaueren Betrachtung. 533 in Deutschland lebende, nicht repräsentativ ausgewählte Menschen jüdischen Glaubens älter als 16 Jahre wurden zu persönlichen Erfahrungen mit antisemitischen Vorfällen in den zurückliegenden zwölf Monaten befragt. 16 Befragte berichteten von körperlichen Angriffen. 13 dieser 16 Gewaltopfer gaben an, die jeweilige Tat sei von einer muslimischen Person oder Gruppe ausgegangen (81 %).²⁴ Von einer solchen geringen Zahl Befragter kann noch nicht auf die „Erfahrung vieler in Deutschland lebender Juden“ geschlossen werden. Um die Hintergründe antisemitischer Straftaten seriös beurteilen zu können, bedarf es einer besseren statistischen Erfassung sowie breit angelegter Dunkelfelduntersuchungen.

4. Tatmittel Messer und Debatten über „Messermigranten“

Die Verwendung des Tatmittels Messer bei Gewalttaten gehört zu den vieldiskutierten kriminalpolitischen Themen in Deutschland. Dabei sind die von der Polizei erhobenen Daten derzeit lückenhaft. In mehreren Bundesländern wie Bremen, Niedersachsen und Baden-Württemberg stellt die Polizei eine Zunahme von Taten mit Stichwaffen fest. Dies wirkt sich allerdings im Rahmen der Gesamtkriminalität nur bedingt aus. Zahlen des niedersächsischen Landeskriminalamts zufolge sind 10,1 % der Raubtaten und 2,8 % aller erfassten Gewaltdelikte mittels Messern verübt worden.²⁵

Einer Dunkelfeldbefragung zufolge führen vor allem männliche Jugendliche zunehmend Messer mit. Dabei

sind die Unterschiede zwischen Jugendlichen mit und ohne Migrationshintergrund gering. 2017 tragen in ihrer Freizeit 34 % der befragten männlichen deutschen Jugendlichen nach eigenem Bekunden Messer (2015: 29,6 %), männliche eingewanderte Jugendliche mit 30,5 % etwas seltener (27,1 %).²⁶

Seit 2017 hat sich die Diskussion über Straftaten mittels Messern in Deutschland verschärft. Zunehmend stehen dabei Zuwanderer als Täter im Fokus; AfD-Politiker forcieren mit Wortschöpfungen wie „Messermigranten“ oder „Messereinwanderung“ die Debatte. Im Juni 2018 forderte die AfD-Bundestagsfraktion, die Richtlinien zur Erstellung der Polizeilichen Kriminalstatistik „dahingehend zu erweitern, dass die Verwendung des Tatmittels Messer analog zum Gebrauch von Schusswaffen erfasst wird“.²⁷

Im „Lagebild Stichwaffen- und Messervorfälle“ der saarländischen Polizei wurden vom 1.1.2016 bis 30.4.2018 insgesamt 1490 Strafanzeigen und Ordnungswidrigkeiten erfasst. Als Tatverdächtige wurden 842 Deutsche und u.a. 122 Syrer und 36 Afghanen ermittelt. Eine Anfrage der AfD-Landtagsfraktion nach den häufigsten Vornamen deutscher Tatverdächtiger konnte Spekulationen, darunter hätten viele Migrationshintergrund, nicht bestätigen - die häufigsten Vornamen lauten Michael, Daniel und Andreas.²⁸

5. Staatliches Handeln und Strafhärte

Diskussionen über Kriminalität stellen immer auch die Frage nach der Verantwortlichkeit des Staates. Schließlich gestaltet der Staat Präventionspolitik, formuliert die geltenden Strafgesetze und ist exklusiv für die Verurteilung von Straftätern zuständig. Mit der Vermutung eines Kriminalitätsanstiegs ist daher fast zwangsweise der Vorwurf verbunden, der Staat würde nicht mit der erforderlichen Härte gegen Straftaten vorgehen. So forderte etwa der parlamentarische Geschäftsführer der AfD-Bundestagsfraktion, *Michael Ependiller*, im Bundestagswahlkampf 2017 ein „Ende des Kuscheljustiz“.²⁹

Vielfach wird der Vorwurf erhoben, dass insbesondere Ausländer zu selten und zu milde bestraft würden.³⁰ Diese Annahme wird durch die kriminologische Forschung indes nicht bestätigt. Eine Vielzahl von Untersuchungen zeigt, dass die Nationalität des Täters keinen Einfluss auf die Verurteilungspraxis und die Strafhärte der Gerichte

²¹ Flüchtlingskrise: Zentralrat der Juden fürchtet neuen Antisemitismus, Welt v. 28.6.2016, <http://bit.ly/2VKnf5Z> (zuletzt abgerufen am 6.5.2019).

²² BT-Prot. 19/29, 2623D.

²³ BT-Drs. 19/6708.

²⁴ *Zick/Hövermann/Jensen/Bernstein*, Jüdische Perspektiven auf Antisemitismus in Deutschland: Ein Studienbericht für den Expertenrat Antisemitismus, 2017, <http://bit.ly/2J2RE9Y> (zuletzt abgerufen am 6.5.2019).

²⁵ *Gensing/Halasz*, Messerattacken in Deutschland: Defizitäre Statistiken, tagesschau.de v. 26.3.2018, <http://bit.ly/2Y8YttS> (zuletzt abgerufen am 6.5.2019). Der Anteil von 2,8 % bezieht sich auf die zumeist betroffenen Deliktsarten Mord und Totschlag, Körperverletzung, Bedrohung und Raub.

²⁶ *Baier/Bergmann/Kliem*, Kriminalistik 2018, 573.

²⁷ BT Parlamentsnachrichten, 28.11.2018, <http://bit.ly/2PZkDfi> (zuletzt abgerufen 12.5.2019).

²⁸ Polizeistatistik im Saarland: Die AfD fragt, welche Vornamen Messer-Angreifer haben, Welt v. 29.3.2019, <http://bit.ly/2LpFmdJ> (zuletzt abgerufen am 6.5.2019).

²⁹ Zitiert nach *Biermann/Geisler/Holzinger/Middelhoff/Polke-Majewski/Steffen*, AfD-Fraktion. Rechts bis extrem im Bundestag, Zeit online v. 21.9.2017, <http://bit.ly/2LnnOPi> (zuletzt abgerufen am 6.5.2019).

³⁰ Siehe zur Diskussion etwa *Thomas Fischer* im Interview, Focus online v. 24.9.2018, <http://bit.ly/2Y8gVD0> (zuletzt abgerufen am 6.5.2019).

hat.³¹ Zwar wurde beobachtet, dass Strafverfahren gegen nicht-deutsche Staatsangehörige häufiger eingestellt werden als gegen deutsche Staatsangehörige.³² Eine solche Praxis erklärt sich jedoch zum einen durch die höheren Verfolgungsschwierigkeiten bei Personen ohne Wohnsitz in Deutschland (die eine Verfahrenseinstellung notwendig machen können) und zum anderen als mögliches Korrektiv einer höheren Anzeigebereitschaft gegenüber ausländischen Personen auch bei Bagatelldaten.³³ Andere Studien gehen sogar davon aus, dass Nichtdeutsche strenger bestraft werden als Deutsche.³⁴

Dass Laien zu einer härteren Sanktionierung ausländischer Täter tendieren, haben verschiedene Befragungen belegt.³⁵ Richter hingegen zeigen in experimentellen Designs keine Unterschiede bei der Bestrafung deutscher und nichtdeutscher Personen. Im Rahmen einer aktuellen Studie wurden Laien und Richtern Fallvignetten vorgelegt, wobei die Probanden – ohne ihr Wissen – in zwei Gruppen eingeteilt wurden; eine Gruppe erhielt eine Fallbeschreibung, in der ein Zuwanderer die Tat begangen hatte, der anderen Gruppe wurde ein deutscher Täter präsentiert (Between-Subject Design). Während die Laien den ausländischen Täter signifikant härter bestrafen, zeigte sich zwischen den Gruppen der Richter kein Unterschied.³⁶ Die Annahme eines „Migrantenbonus“ kann als wissenschaftlich entkräftet gelten.

II. Untersuchungsanlage

Um zu erkunden, wie die AfD Kriminalität in Deutschland beschreibt und was sie fordert, um Kriminalität zu bekämpfen und zu verhüten, wurde die Inhaltsanalyse als die empirische Methode gewählt, die der Erfassung inhaltlicher und formaler Merkmale nach klaren und nachvollziehbaren Maßstäben dient.

Untersuchungsgegenstand sind die aktuellen Stellungnahmen der AfD zu strafbaren Handlungen im Inland, die zwischen dem 1.1. und 30.10.2018 vom Bundesverband und den Landesverbänden sowie von der Bundestagsfraktion und den Landtagsfraktionen der AfD online verbreitet und von der AfD als Pressemitteilung, Aktuelles oder ähnlich rubriziert wurden.

In die Stichprobe gingen pro Verband bzw. Fraktion chronologisch rückwärts maximal 12 Texte ein, soweit sie im Untersuchungszeitraum erschienen waren. Da die AfD in den Ländern unterschiedlich intensiv Öffentlichkeitsarbeit betreibt und zwei Landtagsfraktionen (Bayern und Hessen) zum Stichtag ihre Arbeit noch nicht aufgenommen hatten, differiert die Zahl verwendbarer Texte: In vier Bundesländern lag sie unter 10 (Bayern, Bremen, Hessen und Niedersachsen), in zehn Bundesländern zwischen 11 und 19 (Baden-Württemberg, Berlin, Brandenburg, Hamburg, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein und Thüringen), und im Bund, in Mecklenburg-Vorpommern und in Sachsen bei 24 Texten, gesamt 242.

Aus dem empirischen Vorwissen heraus wurde ein Codierbogen mit geschlossenen Fragen zu 200 Variablen sowie offenen Fragen für die quantitative und qualitative Inhaltsanalyse entwickelt. Sieben studentische Hilfskräfte der Universität Leipzig und der Hochschule Macromedia erfassten und codierten nach einer methodischen Einweisung und einem Pre-Test die Texte. Die Codierübereinstimmung wurde nach *Holsti* mit 92 % gemessen. Damit wurde ein Wert weit über dem Mindeststandard erreicht, den *Rössler & Geise* (2013) für inhaltliche Kategorien zu komplexen Konstrukten mit 80 % beziffern³⁷. Durch eine finale Überprüfung der Codierungen mittels der Volltextsuche wurde die größtmögliche analytische Konsistenz erreicht.

III. Untersuchungsergebnisse

1. Kriminalitätsphänomene

a) Delikte und Tatorte

Im Fokus der AfD-Pressemitteilungen zu Kriminalität in Deutschland stehen im Untersuchungszeitraum Straftaten, durch die Individualrechtsgüter verletzt werden. Näher beschrieben werden dabei insgesamt 272 Delikte. Am häufigsten berichtet werden Delikte gegen höchstpersönliche Werte wie Leib und Leben. 72,0 % der Fälle sind Gewaltdelikte, darunter Rohheitsdelikte und Straftaten gegen die persönliche Freiheit (33,1 %), Tötungsdelikte (18,7 %), Angriffe gegen die sexuelle Selbstbestimmung

³¹ Siehe etwa *Villmow*, in: Cropley et al., Probleme der Zuwanderung. Band 1: Aussiedler und Flüchtlinge in Deutschland, 1994, S. 148 (161 ff.); *Albrecht*, in: Graduszewski/Vettermann, „Fremder, kommst Du nach Deutschland...“ Zum institutionellen Umgang mit Fremden in Staat und Gesellschaft, 2002, S. 108; *Kubink*, Verständnis und Bedeutung von Ausländerkriminalität, 1993, S. 60; *Dittmann/Wernitznig*, MSchKrim 2003, 195; *Greger*, MSchKrim 1987, 261; *Albrecht/Pfeiffer*, Die Kriminalisierung junger Ausländer. Befunde und Reaktionen sozialer Kontrollinstanzen, 1979 und *Oppermann*, Bewährungshilfe 1987, 83.

³² *Geißler/Marißen*, KZfSS 1990, 663; *Mansel/Albrecht*, KZfSS 2003, 679.

³³ *Mansel*, in: Kaiser/Kury/Albrecht, Kriminologische Forschung in den 80er Jahren, 1988, S. 1059 (1077); *Geißler*, Überblick (Zeitschrift des IDA-NRW) 2008, 3 (4); *Pfeiffer/Baier/Kliem*, Zur Entwicklung der Gewalt in Deutschland. Schwerpunkte: Jugendliche und Flüchtlinge als Täter und Opfer, 2018, S. 75; *Hoven*, in: Friedrichs/Gössl/Hoven/Steinbicker, Migration. Gesellschaftliches Zusammenleben im Wandel, 2018, S. 149.

³⁴ *Light*, Social Forces 2015, 1385; *Ludwig-Mayerhofer/Niemann*, ZfS 1997, 35; *Steinhilper*, Definitions- und Entscheidungsprozesse bei sexuell motivierten Gewaltdelikten: eine empirische Untersuchung der Strafverfolgung bei Vergewaltigung und sexueller Nötigung, 1986; *Schott*, ZJJ 2004, 385; *Pfeiffer/Windzio/Kleimann*, MSchKrim 2004, 415.

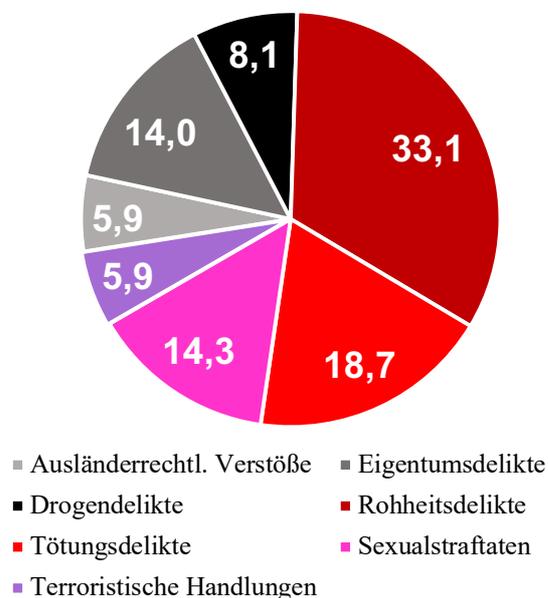
³⁵ Statt aller *Häßler/Greive*, Soziale Probleme 2012, 167; zur Erklärung dieses Phänomens siehe etwa *van Prooijen*, in: Oswald/Bieneck/Hupfeld-Heinemann, Social Psychology of Punishment of Crime, 2009, S. 211; *Bohm*, Criminal Justice and Behavior 1987, 380 (389); *Ellsworth/Ross*, Crime & Delinquency 1983, 116 (149).

³⁶ Noch nicht veröffentlichte Studie *Hoven/Weigend*; Ergebnisse liegen Verf. vor; siehe bereits *Hoven/Weigend*, in: Kaspar/Walter, Strafen 'im Namen des Volkes'?, 2019 (im Erscheinen).

³⁷ *Rössler/Geise*, in: Möhring/Schlütz, Handbuch standardisierte Erhebungsverfahren in der Kommunikationswissenschaft, 2013, S. 269.

(14,3 %) und terroristische Handlungen (5,9 %). Eigentums- und Vermögensdelikte wie Diebstahl und Betrug summieren sich auf 14 %, ausländerrechtliche Verstöße auf 5,9 % und Drogendelikte auf 8,1 %.

Abb. 1: Verteilung der Delikte nach AfD 2018³⁸



Damit zeigt sich in der Analyse der AfD-Pressemitteilungen ein von der Polizeilichen Kriminalstatistik deutlich abweichendes Bild, das vor allem Gewaltdelikte in den Mittelpunkt rückt und zugleich mit Berichten über verschiedene Facetten von Kriminalität eine umfassende und alltägliche Bedrohung persönlicher Güter schildert. Dies zeigt sich beispielhaft an der Darstellung terroristischer Bedrohungen: „Jeden Tag müssen wir mit einem islamistischen Terroranschlag wie am Berliner Breitscheidplatz rechnen.“³⁹

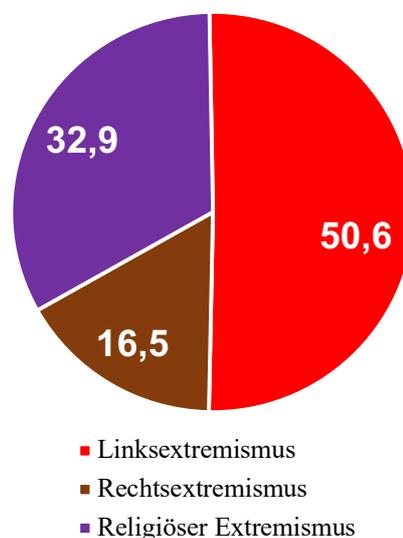
In 80 Pressemitteilungen werden konkrete Angaben zu Tatorten gemacht, dies sind zu 58,8 % der öffentliche Raum, zu 15,0 % öffentliche Gebäude und zu 26,2 % private Gebäude und Grundstücke. Unterstützt wird der Eindruck omnipräsenter Kriminalität durch Texte, die ein generelles Sicherheitsproblem im öffentlichen Raum umreißen, beispielsweise: „Bahnhöfe und Züge scheinen beliebte Orte für kriminelle Ausländer zu sein.“⁴⁰

b) Extremistische Straftaten

Die Auseinandersetzung mit extremistischen Bestrebungen in Deutschland nimmt in den Pressemitteilungen der AfD einen breiten Raum ein. Unter den insgesamt 85 Bezügen zu Extremismus⁴¹ geht es mehrheitlich (50,6 %) um linksextreme Bestrebungen. Hingewiesen wird etwa auf die Gewaltbereitschaft und Gewalttätigkeit der linken Szene an Beispielen wie den Ausschreitungen am Rande des Hamburger G-20-Gipfels. So titelt die AfD-Landtagsfraktion Mecklenburg-Vorpommern: „Politische Gewalt: Ein Problem von Links!“ (sic)⁴²

In 32,9 % der Fälle fokussiert die AfD auf religiös motivierten Extremismus. „Islamisten sind die mit Abstand größte Gefahr für den inneren Frieden unserer Stadt“, heißt es beispielsweise von der Berliner AfD-Fraktion. „Das bestätigen spektakuläre Verhaftungen wie die des Pankower Bombenbauers vor wenigen Tagen.“⁴³ Dabei wird eine Verbindung von terroristischer Gewalt zur Alltagskriminalität gezogen: „Weit über 100% Zuwachs bei ideologisch-religiös motivierten Straftaten sind eine direkte Folge der ungebremsen Einwanderung und der damit einhergehenden Islamisierung der Stadt. Dieser Trend wird indirekt auch bestätigt durch die um 32% massiv gestiegene Zahl der Sexualdelikte in Berlin“.⁴⁴

Abb. 2: Extremismus nach AfD 2018⁴⁵



An dritter Stelle der Aufmerksamkeit steht mit 16,5 % der Rechtsextremismus. Teilweise distanziert sich die AfD ausdrücklich von rechtsradikalen Gewaltdelikten: „Als

³⁸ N = 272 Delikte aus 242 Pressemitteilungen der AfD (2018) zu Kriminalität in Deutschland, Angaben in Prozent, Quelle: eigene Inhaltsanalyse.

³⁹ AfD BV, PM 2.10.2018.

⁴⁰ AfD LV Thüringen, PM 23.6.2018.

⁴¹ Zum Vergleich: Politisch motivierte Gewalttaten rechnet die Polizei in 34,3 % Rechtsextremisten zu, 39,8 % Linksextremisten, 12,6 % ausländ. Ideologie, 1,7 % religiöse Ideologie, 11,5% nicht zuzuordnen, Quelle: BMI, Politisch Motivierte Kriminalität im Jahr 2018: Bundesweite Fallzahlen, 2019, <http://bit.ly/2VpwmF8> (zuletzt abgerufen am 14.5.2019)

⁴² AfD LV Mecklenburg-Vorpommern, PM 15.8.2018.

⁴³ AfD Fraktion im Abghs. v. Berlin, PM 28.8.2018.

⁴⁴ AfD Fraktion im Abghs. v. Berlin, PM 2.3.2018.

⁴⁵ N = 85 Bezüge zu Extremismus aus 242 Pressemitteilungen der AfD (2018) zu Kriminalität in Deutschland, Angaben in Prozent, Quelle: eigene Inhaltsanalyse.

äußerst erfreulich ist der deutliche Rückgang bei fremdenfeindlichen Gewalttaten zu bewerten, auch wenn der Abwärtstrend hier weitergehen muss.“⁴⁶ Überwiegend wird jedoch das Thema Rechtsextremismus aufgegriffen, um Rechtsextreme von Tatvorwürfen zu entlasten und den Blick auf andere zu richten. So werden aus Sicht der AfD antisemitische Straftaten häufig zu Unrecht der rechtsextremen Szene angelastet (s.u.). Verwiesen wird zudem darauf, dass die linksextreme Szene deutlich gefährlicher sei. „Auf jeden Rechtsextremisten kommen inzwischen fast zwei Linksextremisten. Hinzu kommt, dass das Gewaltpotential linker Verfassungsfeinde enorm hoch ist.“⁴⁷

c) Antisemitische Straftaten

Die Angriffe auf Menschen jüdischen Glaubens und ihre Einrichtungen in Deutschland sind im Untersuchungszeitraum ein Randthema und werden in nur 2,9 % der AfD-Meldungen aufgegriffen. Dabei wird auf antisemitische Ressentiments unter muslimischen Zuwanderern fokussiert: „Antisemitismus ist heutzutage auch sehr stark zu einem importierten Problem geworden. Gerade bei Migranten aus arabischen Ländern sind antisemitische und jüdenfeindliche Ansichten weit verbreitet.“⁴⁸

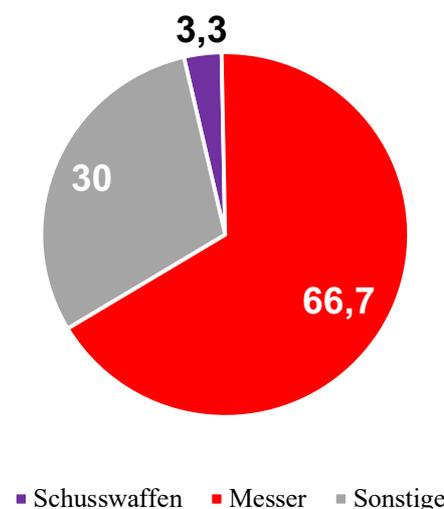
In Sachsen-Anhalt spekuliert die AfD aufgrund der Religionszugehörigkeit des Tatverdächtigen über antisemitische Hintergründe des Mordes an einem 14-jährigen Mädchen: „Insbesondere ist zu prüfen, ob neben der offenbar von jedwedem Respekt vor der Würde der Frau freien Mentalität der mutmaßlichen Mörder nicht auch Antisemitismus eine Rolle gespielt haben könnte.“⁴⁹

Auf der anderen Seite kritisiert die AfD, generell Rechtsextremisten zu verdächtigen, die Urheber antisemitischer Straftaten zu sein, wenn es keine gegenteiligen Erkenntnisse gebe. Mit der Stoßrichtung, antisemitische Straftaten in Deutschland neu zu bewerten, fordern die AfD-Fraktionen im niedersächsischen Landtag wie in der Hamburger Bürgerschaft die Berufung eines Beauftragten für Antisemitismus.⁵⁰

d) Tatmittel Messer

Mit ihren Pressemeldungen zeichnet die AfD ein Bild, wonach das Tatmittel Messer mit der Zuwanderung nach Deutschland gekommen und grundsätzlich Ausdruck einer ausgeprägten Gewaltbereitschaft von Zuwanderern sei. So erklärt ein Landtagsabgeordneter: „Früher war es in Deutschland üblich, Probleme ausdiskutieren. Heute haben viele Zuwanderer schnell das Messer zur Hand.“⁵¹ Dieses Stereotyp bildet sich auch in Begriffen wie „Massen- und Messereinwanderung“⁵² und „Messermigration“⁵³ ab.

Abb. 3: Tatmittel nach AfD 2018⁵⁴



Soweit in den untersuchten Meldungen der AfD zu Kriminalität im Inland Tatmittel konkret bezeichnet werden, sind dies vor allem Messer (66,7 %) und sonstige Tatmittel wie Steine, scharfkantige Gegenstände etc. (30 %). In nur 3,3 % der Meldungen werden Schusswaffen erwähnt. Unterstellt wird eine drastische Zunahme der Straftaten, die mit Messern verübt werden: „Deutsche werden ermordet, Messerattacken steigen explosionsartig an und die Menschen im Land wissen nicht mehr, ob sie sich auf den Rechtsstaat noch verlassen können.“ (sic)⁵⁵

Die Verwendung von Messern zur Begehung von Straftaten wird vor allem auf die derzeit besonders zuwanderungsstarken Nationalitäten zugespielt: „Diese Messerstechereien sind überwiegend die Folgen der katastrophalen Flüchtlingspolitik. Immer wieder sind es Syrer und Afghanen, die in diese Straftaten verwickelt sind.“⁵⁶

Demgegenüber wird geradezu als Besonderheit herausgestellt, wenn mutmaßlich ausländische Täter keine Messer einsetzen. „An einer Endhaltestelle haben 2 Männer (vermutlich wieder Goldstücke) einen Straßenbahnfahrer attackiert. Zum Glück wählten die Angreifer als Waffe ‚nur‘ Pfefferspray und Bierflasche – keine Messer.“⁵⁷

2. Zweifel an Statistiken

Ihre Warnungen vor innerer Unsicherheit entfaltet die AfD vor allem narrativ aus der Kraft des spektakulären Einzelfalls, der *pars pro toto* ein generelles Kriminalitätsphänomen symbolisiert, oder durch das Panorama von jeweils drei Beispielen, die für eine schier unendliche Serie stehen. „Laut BKA sind 2017 im Bereich Mord und Totschlag 112 Deutsche einer Straftat zum Opfer gefallen, an der mindestens ein tatverdächtiger Zuwanderer beteiligt

⁴⁶ AfD LT-Fraktion Sachsen-Anhalt, PM 24.7.2018.

⁴⁷ AfD Fraktion im Abghs. v. Berlin, PM 28.8.2018.

⁴⁸ AfD LT-Fraktion Mecklenburg-Vorpommern, PM 11.9.2018.

⁴⁹ AfD LV Sachsen-Anhalt, PM 8.6.2018.

⁵⁰ AfD LT-Fraktion Niedersachsen, PM 29.8.2018; AfD LT-Fraktion Hamburg, PM 26.9.2018.

⁵¹ AfD LV Sachsen, PM 15.10.2018.

⁵² AfD BV, PM 18.9.2018.

⁵³ AfD LT-Fraktion Baden-Württemberg, PM 9.9.2018.

⁵⁴ N = 60 Nennungen von Tatmitteln aus 242 Pressemitteilungen der AfD (2018) zu Kriminalität in Deutschland, Angaben in Prozent, Quelle: eigene Inhaltsanalyse.

⁵⁵ AfD LT-Fraktion Baden-Württemberg, PM 3.9.2018.

⁵⁶ AfD LT-Fraktion Saarland, PM 15.4.2018.

⁵⁷ AfD LV Sachsen, PM 16.10.2018.

war. Und in diesem Jahr setzt sich diese blutige Entwicklung ungebremst fort, wie unter anderem die tragischen Schicksale von Susanna F. in Wiesbaden, Daniel H. in Chemnitz oder erst am vergangenen Wochenende der Tod von Markus B. in Köthen auf traurige Art und Weise belegen.⁵⁸ Dabei wird vielfach auf Statistiken⁵⁹ verwiesen, bei insgesamt 26,0 % der AfD-Pressemitteilungen im Untersuchungszeitraum.⁶⁰

Soweit Bezüge zu statistischen Angaben hergestellt werden, werden in 73 % der Fälle Zahlen dazu herangezogen, um die Warnungen der AfD vor einer eskalierenden Gewalt von Zuwanderern zu untermauern. In 27 % der Fälle wird hingegen die Aussagekraft von Statistiken kritisiert. So wird argumentiert, dass die Polizeiliche Kriminalstatistik das tatsächliche Geschehen nicht adäquat abbilde – vorgetragen beispielsweise vom AfD-Abgeordneten Stephan Brandner, Vorsitzender des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages. „Stephan Brandner kritisiert, dass sogar die Polizeiliche Kriminalstatistik eher ein merkelsches Wunschbild der Sicherheitslage zu sein scheint, als sie die tatsächliche Lage in Deutschland widerspiegeln.“ (sic)⁶¹

Bestimmte – und für die öffentliche Meinung relevante – Aspekte kriminellen Handelns würden von den Statistiken nicht oder unzutreffend erfasst. Erfassungsdefizite würden bewusst in Kauf genommen, um die bestehenden Probleme, insbesondere mit Blick auf Ausländerkriminalität, zu relativieren: „Es macht sich das Gefühl breit, als solle die Statistik gezielt sauber gehalten werden, um die Thematik der Messerstechereinwanderung herunterzuspielen.“⁶²

Als weiterer Grund für Zweifel an der Kriminalstatistik wird die geringe Anzeigebereitschaft der Bevölkerung angeführt, die sich von Strafverfahren wenig verspreche oder Sorge vor weiteren Übergriffen habe. „Wenn Delikte wie Taschen- und Ladendiebstahl oder Drogenhandel, aber auch Sexualdelikte aus Scham der Betroffenen nicht mehr oder nur zu einem ganz geringen Bruchteil angezeigt und daher nicht registriert werden, fließen diese Straftaten auch nicht in die Statistik ein.“⁶³

Weichen die Statistiken zu stark von der Kriminalitätswahrnehmung der Bevölkerung ab, sind nach Ansicht der AfD nicht etwa die Ängste unbegründet, sondern liegt das Problem in den Zahlen. „Damit macht sich die Bundesregierung nicht nur lächerlich, sie riskiert auch, das letzte Fünkchen Vertrauen der Deutschen zu verspielen!“⁶⁴ Statistische Aussagen zum Rückgang von Kriminalität werden verschiedene Einzelbeispiele entgegengesetzt: „Vor kurzem erst behauptete Innenminister Georg Maier, dass Thüringen ein sicheres Land sei. Das entspricht nicht der Wahrheit. Der Vorfall in Gotha reiht sich in eine lange

Liste an ähnlichen Vorfällen ein. Erst kürzlich gab es in Meiningen, Apolda und insbesondere der Suhler Erstaufnahmeeinrichtung Schlägereien, bei denen Asylbewerber beteiligt gewesen sind. Diese Fälle zeigen, wie schlecht es um die Sicherheit im Freistaat bestellt ist.“⁶⁵

Im Kampf um die Deutungshoheit wird eine Instrumentalisierung der Kriminalstatistiken durch andere politische Parteien kritisiert; während die AfD für sich selbst einen objektiven Blick auf die Daten in Anspruch nimmt: „Gerade in der aktuellen Situation dient die polizeiliche Kriminalstatistik, vor allem im politischen Bereich, auch immer wieder als Politikum oder als Argumentationslinie zur Verwirklichung linker Strategien. Eine korrekte und tatsachenbetonte Erfassung ist daher zwingend notwendig und eine Änderung der aktuellen Praxis mehr als überfällig.“⁶⁶

3. Tatverdächtige

Die von der AfD in ihren Pressemitteilungen zur Kriminalität in Deutschland beschriebenen Tatverdächtigen sind meist männlich, jung und zugewandert.

a) Geschlecht

Bei 67 von insgesamt 203 Tatverdächtigen wird das Geschlecht genannt, davon sind 98,5 % männlich und 1,5 % weiblich. Zum Vergleich: Von allen 2018 polizeilich registrierten Tatverdächtigen waren 75,1 % männlich und 24,9 % weiblich.⁶⁷

b) Alter

Bei 40 von der AfD beschriebenen Tatverdächtigen wird das Alter ersichtlich, davon sind 12,5 % Kinder, 25 % Jugendliche, 27,5 % Heranwachsende und 35 % Erwachsene – damit sind 65 % aller beschriebenen Tatverdächtigen jünger als 21 Jahre. Zum Vergleich: Von allen 2018 polizeilich registrierten Tatverdächtigen waren 21,1 % unter 21 Jahren alt.⁶⁸ Bei minderjährigen Tatverdächtigen werden allerdings die Altersangaben gelegentlich in Frage gestellt. So wird ein „angeblich zehnjähriger Afghane“⁶⁹ als gewalttätig beschrieben oder heißt es: „Sieht man die Bilder des mutmaßlichen Täters, so kann man auch im aktuellen Fall berechnete Zweifel an der Minderjährigkeit des afghanischen ‚Flüchtlings‘ hegen.“⁷⁰

c) Nationalität

Um die Perspektive der AfD auf die Nationalität von Tatverdächtigen einordnen zu können, wird hier nochmals auf die Polizeiliche Kriminalstatistik (PKS) verwiesen. Danach sind 65,5 % aller ermittelten Tatverdächtigen deutscher Nationalität (s.o.).

⁵⁸ AfD BV, PM 13.9.2018.

⁵⁹ Dies sind in 21,9 % Verweise auf Kriminalstatistiken, im Übrigen Statistiken zur Zuwanderung, Abschiebungen etc.

⁶⁰ N = 63 Bezüge zu statistischen Angaben aus 242 Pressemitteilungen der AfD (2018) zu Kriminalität in Deutschland, Angaben in Prozent, Quelle: eigene Inhaltsanalyse.

⁶¹ AfD LV Thüringen, PM 23.9.2018.

⁶² A.a.O.

⁶³ AfD Fraktion im Abghs. v. Berlin, PM 20.6.2018.

⁶⁴ AfD LV Thüringen, PM 23.9.2018.

⁶⁵ AfD LV Thüringen, PM 29.5.2018.

⁶⁶ AfD LT-Fraktion Mecklenburg-Vorpommern, PM 11.09.2018.

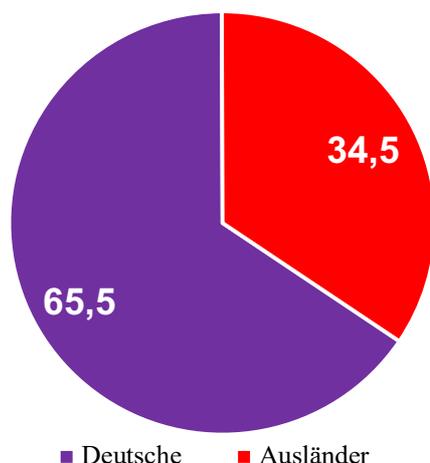
⁶⁷ PKS 2018, S. 32.

⁶⁸ PKS 2018, S. 32.

⁶⁹ AfD LT-Fraktion Brandenburg, PM 3.9.2018.

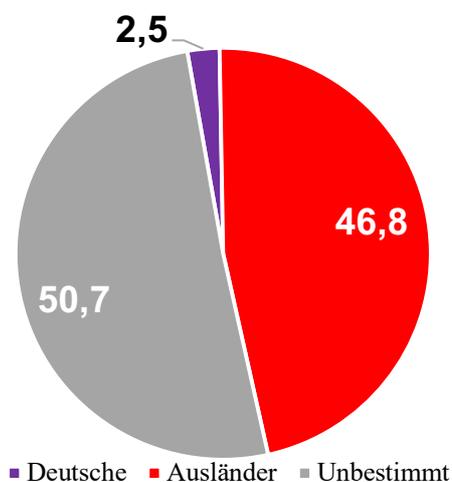
⁷⁰ AfD LT-Fraktion Rheinland-Pfalz, PM 3.1.2018.

Abb. 4: Nationalität von Tatverdächtigen nach PKS 2018⁷¹



Die AfD zeichnet ein davon deutlich abweichendes Bild. Soweit in den untersuchten Texten Tatverdächtige konkret benannt werden, bleibt deren Nationalität mehrheitlich unbestimmt (50,7 %) oder geht es vorrangig um Ausländer (46,8 %). Nur 2,5 % der Tatverdächtigen sind Deutsche.

Abb. 5: Nationalität von Tatverdächtigen nach AfD 2018⁷²



Die am häufigsten verwendeten Begriffe für Nichtdeutsche sind im Textmaterial⁷³ Asylbewerber (23,2 %), Migrant (22,7 %), Ausländer (20,7 %), Flüchtling (17 %) und Zuwanderer (10,8 %). Von Schutzsuchenden ist bei 3,4 % die Rede, dabei wird dieser Begriff durchweg in Anführungszeichen gesetzt, zudem werden Geflüchtete (0,6 %)

ausschließlich distanzierend genannt (z.B. „sogenannter Geflüchteter“⁷⁴). Es geht um Einwanderer (0,8 %), um Asylsuchende (0,6 %), oder es wird der Begriff „Goldstücke“⁷⁵ synonym für Ausländer verwendet (0,3 %).

Tabelle 1: Nationalität von Tatverdächtigen im Vergleich von PKS und AfD-Meldungen 2018⁷⁶

Nationalität	PKS %	AfD %
Deutsche	65,5	5,0
Nichtdeutsche	34,5	95,0
Türkei	3,5	4,0
Rumänien	2,6	0
Syrien	2,5	19,0
Polen	2,2	0
Afghanistan	1,5	20,0
Irak	1,2	8,0
Serbien	1,1	0
Italien	1,1	0
Iran	0,8	2,0
Russ.Föderation	0,7	0
Sonstige	17,4	42,0

Auffällig ist die von der Kriminalstatistik deutlich abweichende Verteilung der nichtdeutschen Nationalitäten. Mutmaßliche Straftäter aus Syrien, Afghanistan und Irak gehen mit insgesamt 5,2 % in die Kriminalstatistik ein, während sie bei der AfD 47 % der Nennungen ausmachen. Fünf der polizeilich am häufigsten registrierten Nationalitäten (Rumänien, Polen, Serbien, Italien und russische Föderation) werden in den untersuchten AfD-Texten nicht thematisiert.

Entsprechend wird eine erhöhte Tatverdächtigenbelastung unter bestimmten Zuwanderergruppen als geradezu zwangsläufig herausgestellt: „Merkel hat hunderttausende Männer aus frauenfeindlichen Mittelalter-Gesellschaften wie Irak, Eritrea, Pakistan und Afghanistan importiert, eine hohe signifikante Zahl ist jähzornig und gewalttätig.“ (sic)⁷⁷

Soweit sich in 91 Fällen Angaben zur Zahl der Tatverdächtigen machen lassen, werden in 50,5 % der Fälle einzelne Tatverdächtige genannt, in 14,3 % zwei Tatverdächtige und in 35,2 % Gruppen von drei und mehr Tatverdächtigen. In 4,5 % der Pressemitteilungen werden Straftaten von Mitgliedern krimineller, ausländischer Clans

⁷¹ N = 2.051.266 Tatverdächtige bei allen Straftaten einschließlich ausländerrechtlicher Verstöße, Quelle: Tabelle 62 zur PKS 2018. Hier wurden auch die ausländerrechtlichen Verstöße berücksichtigt, da sie in 5,9 % der untersuchten Pressemitteilungen relevant sind. Ohne ausländerrechtliche Verstöße beträgt der Anteil nichtdeutscher Tatverdächtiger 30,5 %.

⁷² N = 203 Tatverdächtige aus 242 AfD-Meldungen zu Kriminalität in Deutschland, 2018, Angaben in Prozent, Quelle: eigene Analyse.

⁷³ N = 353 Begriffe für Nichtdeutsche aus 242 AfD-Meldungen zu Kriminalität in Deutschland, 2018, Angaben in Prozent, Quelle: eigene Analyse.

⁷⁴ AfD LT-Fraktion Saarland, PM 4.9.2018.

⁷⁵ AfD LV Sachsen, PM 16.10.2018.

⁷⁶ N1 = 2.051.266 Tatverdächtige, Quelle: Tabelle 62 zur PKS 2018. N2 = 100 Tatverdächtige, zu deren Nationalität Angaben gemacht wurden, aus 242 AfD-Meldungen zu Kriminalität in Deutschland, 2018, Angaben in Prozent, Quelle: eigene Analyse. Anmerkung: Der hohe Anteil an „Sonstigen“ erklärt sich u.a. dadurch, dass vielfach keine Nationalität genannt wird, aber über Angaben zum Status, etwa Asylbewerber, deutlich wird, dass es sich um nichtdeutsche Tatverdächtige handelt.

⁷⁷ AfD LV Rheinland-Pfalz, PM 12.6.2018.

thematisiert. „Vor allem türkische, arabische und kurdische Großfamilien kontrollieren in Städten wie Berlin, Essen, Duisburg oder Bremen inzwischen ganze Straßenzüge und Bezirke.“⁷⁸ Die Berichte über Clankriminalität zeichnen ein Bild mangelnder Integrationsbereitschaft, wachsender Parallelgesellschaften und der Schwächung des staatlichen Gewaltmonopols. Die Straftaten ausländischer Großfamilien werden meist auf eine „völlig verfehlte Migrationspolitik“⁷⁹ zurückgeführt.

Ostdeutsche Landesverbände warnen davor, dass ausländische Clans ihre kriminellen Aktivitäten von westdeutschen Großstädten in den Osten verlagern könnten. „Bisher kannten wir diese Auswirkungen einer seit Jahren fehlgeleiteten Einwanderungs- und Asylpolitik nur aus Westdeutschland und Berlin. Dort treiben arabische Clan-Großfamilien bereits seit über 30 Jahren ihr Unwesen und haben große Teile der organisierten Kriminalität unter ihrer Kontrolle. Nun breiten sich diese Krebsgeschwüre auch nach Sachsen aus und unterwandern mit Mafia-Methoden den Rechtsstaat.“⁸⁰

Um deutsche Tatverdächtige geht es in nur 2,5 % der AfD-Pressemitteilungen, und soweit sie erwähnt werden, wird dieser Sachverhalt durchweg relativiert. Entweder wird darauf abgehoben, dass die Verdächtigten nicht originär deutsch seien, beispielsweise „eine aus dem Irak stammende Person mit deutscher Staatsangehörigkeit“⁸¹. An anderer Stelle wird betont, dass der Tatbeitrag von Deutschen gering war: „Von diesen 37 Tatverdächtigen hat lediglich einer die deutsche Staatsangehörigkeit“.⁸²

4. Opfer

a) Geschlecht, Alter und Nationalität von Kriminalitätsopfern

Bei 90 von 153 Opfern wird das Geschlecht genannt, davon sind 53,3 % männlich und 46,7 % weiblich. (Zum Vergleich: Von allen 2018 polizeilich registrierten Kriminalitätsopfern waren 59,6 % männlich und 40,4 % weiblich.⁸³) Dabei wird argumentiert, durch Zuwanderung aus muslimischen Ländern würden die dort herrschenden Vorstellungen von Ehre und einer untergeordneten Rolle der Frau nach Deutschland gebracht. Das Zusammentreffen der verschiedenen kulturellen Traditionen begünstige die Begehung von Straftaten, gerade gegenüber vulnerablen Gruppen wie Frauen und Mädchen. „Der hessische AfD Landessprecher Robert Lambrou, wohnhaft in Wiesbaden, wo das Opfer gefunden wurde, wies darauf hin: ‚Daß reihenweise Frauen wegen nichts umgebracht werden, wegen der ‘Ehre’, das gab es so früher in Deutschland nicht!‘.“ (sic)⁸⁴

Bei 41 von der AfD beschriebenen Opfern wird das Alter ersichtlich, davon sind 9,8 % Kinder, 39 % Jugendliche, 24,4 % Heranwachsende und 26,8 % Erwachsene – damit sind 73,2 % aller beschriebenen Kriminalitätsopfer jünger als 21 Jahre alt. Zum Vergleich: Von allen 2018 polizeilich registrierten Kriminalitätsopfern waren 23,8 % unter 21 Jahren alt.⁸⁵

Bei 47 von der AfD beschriebenen Opfern wird explizit auf die Nationalität verwiesen, davon sind 80,9 % deutsch und 19,1 % ausländisch. Zum Vergleich: Von allen 2018 polizeilich registrierten Kriminalitätsopfern waren 22,6 % nichtdeutsch.⁸⁶ Ein Kontrast zwischen den bedrohlichen Fremden und den gefährdeten Deutschen wird jedoch vielfach angedeutet: „Das Abschieben krimineller Straftäter schützt die einheimische Bevölkerung.“⁸⁷ Dass der Anteil deutscher Opfer nicht noch höher liegt, ist daraus zu erklären, dass sich die deutsche Nationalität von Opfern zwar vielfach aus dem Kontext erschließt, aber nicht jeweils ausdrücklich genannt wird.⁸⁸ So geht es in 3,7 % aller Pressemitteilungen um den gewaltsamen Tod der 14-jährigen Susanna. Obwohl in keinem der Texte ihre Nationalität explizit als deutsch angegeben wird, symbolisiert ihr Tod aber klar die Bedrohung der deutschen Bevölkerung: „Susanna ist tot, diese traurige Gewissheit haben nun die Eltern des jungen Mädchens und die Öffentlichkeit. Sie fiel mutmaßlich einem irakischen Flüchtling zum Opfer, der in Wiesbaden bereits mehrfach polizeidienstlich aufgefallen war (...). ‚Wann schützt unser Land endlich effektiv seine Kinder?‘“⁸⁹ An anderer Stelle heißt es entsprechend: „Das Martyrium der erst 14-jährigen Susanna aus Wiesbaden dauerte wohl einen ganzen Tag bis zu ihrer bestialischen Ermordung (...). 100 deutsche Kriminalitätsopfer der Willkommenskultur an jedem einzelnen Tag.“⁹⁰

Während die Täterprofile, die sich in den untersuchten AfD-Pressemitteilungen zeigen, von der Polizeilichen Kriminalstatistik deutlich abweichen, entsprechen die Opferprofile weitgehend den statistisch gemessenen Werten.⁹¹ Hier zeigt sich, dass das entscheidende Filterkriterium für eine Meldung Eigenschaften der Tatverdächtigen und nicht der Opfer sind. Hierin liegt ein wesentlicher Unterschied zur Kriminalitätsberichterstattung der Medien. Wie eine Langzeitanalyse der Gewaltberichterstattung des Fernsehens zeigt, berichten Journalisten vor allem über Delikte, die bestimmte, vor allem junge und weibliche Opfer (*worthy victims*), erleiden. Dabei sind die Täterereigenschaften weniger selektiv.⁹² Bei den untersuchten AfD-Pressemitteilungen verhält es sich umgekehrt: Hier werden Delikte vorrangig danach ausgewählt, dass die Tatverdächtigen ausländisch, männlich und jung sind; die Opfereigenschaften sind hingegen weniger selektiv.

⁷⁸ AfD BV, PM 6.8.2018.

⁷⁹ AfD LT-Fraktion Mecklenburg-Vorpommern, PM 7.3.2018.

⁸⁰ AfD LV Sachsen, PM 24.10.2018.

⁸¹ AfD LT-Fraktion Rheinland-Pfalz, PM 10.7.2018.

⁸² AfD LT-Fraktion Rheinland-Pfalz, PM 3.5.2018.

⁸³ N = 1.025.241 Opfer von Straftaten, soweit erfasst, Quelle: PKS 2018, S. 34.

⁸⁴ AfD LV Hessen, PM 9.6.2018.

⁸⁵ PKS 2018, S. 34.

⁸⁶ PKS 2018, S. 11.

⁸⁷ AfD LT-Fraktion Hamburg, PM 24.8.2018.

⁸⁸ Um inhaltsanalytisch größtmögliche Trennschärfe zu erreichen, dienen als Filterkriterium jeweils die unmittelbar und explizit einer Person zugeordneten Merkmale.

⁸⁹ AfD LT-Fraktion Rheinland-Pfalz, PM 7.6.2018.

⁹⁰ AfD LT-Fraktion Baden-Württemberg, PM 7.6.2018.

⁹¹ Lediglich das Alter weicht ab: In den Pressemitteilungen der AfD werden überproportional viele junge Opfer erfasst.

⁹² Hestermann, Fernsehgewalt und die Einschaltquote: Welches Publikumsbild Fernseherschaffende leitet, wenn sie über Gewaltkriminalität berichten, 2010.

b) Polizeibeamte als Opfer

Als besonders symbolträchtig für einen Angriff auf die deutsche Gesellschaft gelten auch Angriffe gegen Polizeibeamte, die in 8,3 % der Texte beschrieben werden, darunter in jedem zweiten Fall ausdrücklich als Angriffe von Ausländern. Der Beamte steht hier nicht als Person im Vordergrund, sondern als Vertreter der Staatsgewalt; die Tat wird als Ausdruck mangelnden Respekts gegenüber dem deutschen Staat und seinen Institutionen bewertet: „Aufgrund der unkontrollierten Zuwanderung respektloser und krimineller Migranten verliert der Rechtsstaat seine Standhaftigkeit und offenbart seine Ohnmacht. Wenn Polizisten auf offener Straße von Ausländerbanden angegriffen, beleidigt und bedroht werden, Claqueure den Übergriff filmen und die Täter anfeuern, dann droht das Ende des staatlichen Gewaltmonopols in Deutschland.“⁹³

c) Die AfD als Opfer

Zu den am häufigsten explizit genannten Kriminalitätsoffern zählt die AfD selbst. 13,2 % der Meldungen greifen Angriffe auf Personen bzw. Einrichtungen der AfD auf. Dabei bleibt das Täterbild eher vage und ist am häufigsten von der Antifa die Rede: „Wieder einmal hat die Antifa mit menschenverachtender Demokratiefeindlichkeit unbescholtene Bürger zum Ziel eines ihrer terroristischen Angriffe gemacht.“⁹⁴ In 18,7 % der Meldungen zu diesem Thema werden die Angriffe den Regierenden angelastet: „Einige Mitglieder der Landesregierung und der Regierungsfractionen leisten den Tätern durch verbale Ausfälle, Diffamierungen der AfD und Solidaritätsbekundungen mit Linksextremisten auch noch mentale Schützenhilfe, statt effektive Gegenmaßnahmen zu ergreifen.“⁹⁵ Halb so häufig wird kritisiert, die Polizei habe AfD-Mitglieder unzureichend geschützt: „Und die Staatsmacht, unsere Polizei? Stand daneben, hilflos, ohnmächtig, und rannte mit.“⁹⁶

5. Staatliches Handeln und Strafhärte

a) Akteure

Als wesentliche Ursache für die gesellschaftliche Bedrohung durch Straftaten nennt die AfD die „verfehlte Flüchtlingspolitik“⁹⁷ der vergangenen Jahre. Sie habe zu einer „dramatischen Verschlechterung“ der Sicherheitslage⁹⁸ geführt. Als verantwortlich Handelnde werden in 20,2 % der AfD-Pressemitteilungen im Untersuchungszeitraum die übrigen Parteien genannt, in 19,0 % die Bundesregierung bzw. die Bundeskanzlerin, in 15,7 % namentlich genannte einzelne Politiker, in 9,9 % Behörden, in 8,3 % Medien und in 9,5 % sonstige Akteure.

⁹³ AfD BV, PM 22.8.2018.

⁹⁴ AfD LV Baden-Württemberg, PM 9.6.2018.

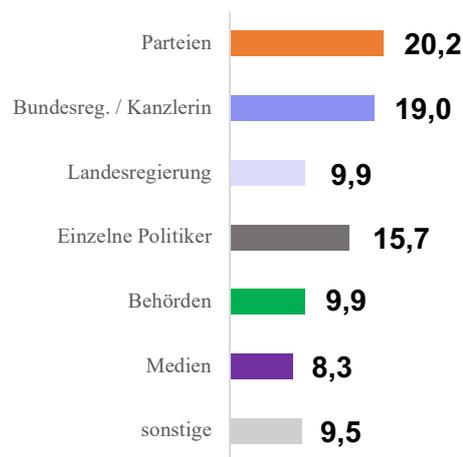
⁹⁵ AfD LT-Fraktion Thüringen, PM 18.4.2018.

⁹⁶ AfD LV Nordrhein-Westfalen, PM 20.9.2018.

⁹⁷ AfD LT-Fraktion Baden-Württemberg, PM 3.9.2018.

⁹⁸ AfD BV, PM 27.9.2018.

Abb. 6: Verantwortliche Akteure nach AfD 2018⁹⁹



Aus ihrer Kritik an der Zuwanderungspolitik entwickelt die AfD persönliche Schuldvorwürfe. „Meine Damen und Herren von den Altparteien, jedes Opfer der Messereinwanderung ist Ihr Opfer. Sie tragen persönlich die Verantwortung für jedes Gewaltdelikt und jede Straftat.“¹⁰⁰

Die mit Abstand am häufigsten genannte Person ist Bundeskanzlerin *Angela Merkel* (8,7 %). Die vielfach drastische Kritik an ihr ist verknüpft mit einer Reihe von Wortschöpfungen, so ist die Rede vom „Merkelregime“¹⁰¹ oder von „Merkel-Deutschland“: „Heutzutage gehören Meldungen über Vergewaltigungen und sexuelle Übergriffe leider zum Alltag in Merkel-Deutschland.“¹⁰²

Unter den übrigen namentlich genannten Politikern zeigt sich keine Verdichtung. Am häufigsten genannt werden Politiker der CDU/CSU (7,9 %) und der SPD (7,4 %). Mit Blick auf das Amt stehen die Innenminister der Länder im Fokus (4,5 %).

b) Kritik an der Justiz

In 7,9 % der untersuchten AfD-Pressemitteilungen spielt die Justiz eine Rolle. Dabei wird vor allem der Vorwurf eines zu milden Umgangs mit Straftätern erhoben. Die „gegenüber Gewalttätern geübte therapeutische Kuscheljustiz“¹⁰³ müsse ein Ende haben.

Vielfach wird über Delikte berichtet, die noch keiner strafrechtlichen Würdigung unterzogen wurden bzw. nicht einmal abschließend ermittelt sind. Daran wird zuweilen bereits die Erwartung von Strafmilde geknüpft. „Den Tätern droht jedoch, allen bisherigen Erfahrungen nach, eine lasche Strafe.“¹⁰⁴

Damit wird das Bild einer schwachen Justiz gezeichnet,

⁹⁹ N = 224 Nennungen von Akteuren (Mehrfachnennung möglich) aus 242 AfD-Meldungen zu Kriminalität in Deutschland, 2018, Angaben in Prozent, Quelle: eigene Analyse.

¹⁰⁰ AfD LT-Fraktion Brandenburg, PM 9.10.2018.

¹⁰¹ AfD LV Sachsen-Anhalt, PM 8.6.2018.

¹⁰² AfD LV Thüringen, PM 23.6.2018.

¹⁰³ AfD LT-Fraktion Schleswig-Holstein, PM 13.9.2018.

¹⁰⁴ AfD BV, PM 26.10.2018.

deren Strafen auf potentielle Täter nicht mehr abschreckend wirkten. Die als lax kritisierte Haltung gegenüber straffälligen Zuwanderern führe dazu, dass jene die geltenden Gesetze nicht mehr ernst nehmen würden. „Der rot-rot-grüne motivierte Kuschelkurs gegenüber gewalttätigen sogenannten ‚Schutzsuchenden‘ lässt diese doch über uns Deutsche und unsere Regeln nur lachen.“¹⁰⁵

Dies gelte insbesondere bei der Verhängung einer Bewährungsstrafe, die nicht als spürbare Sanktion wahrgenommen werde. „Was mag in den Köpfen solcher Täter vorgehen, wenn sie als ‚Hilfesuchende‘ und Gäste kriminelle Taten begehen und nicht ausgewiesen werden und zudem mit der Lächerlichkeit einer Bewährungsstrafe davonkommen?“¹⁰⁶

Unverständnis wird auch für die „großzügige Anwendung des Jugendstrafrechts“¹⁰⁷ geäußert. In einer Pressemitteilung wird etwa die Geltung des Erwachsenenstrafrechts für alle Fälle von „Messerattacken“ gefordert. Dass die erzieherische Funktion des Jugendstrafrechts der noch nicht abgeschlossenen Persönlichkeitsentwicklung des Täters Rechnung trägt und daher weder von dem vorgeworfenen Delikt noch von der Begehungsweise abhängen kann, wird nicht erörtert. „In Fällen von Messerattacken sollte grundsätzlich kein Jugendstrafrecht zur Anwendung kommen dürfen“, fordert Uwe Junge, Fraktionsvorsitzender der AfD im Landtag Rheinland-Pfalz.¹⁰⁸ Ein weiterer Kritikpunkt besteht darin, dass Straftäter nach Entdeckung ihrer Tat regelmäßig wieder „auf freien Fuß“¹⁰⁹ kämen.

Insbesondere Zuwanderer würden – auch im Vergleich zu deutschen Angeklagten – besondere Strafmilde erfahren: „Mörder und Vergewaltiger, insbesondere diejenigen, die zugewandert sind, werden oft nur symbolisch bestraft. Gleichzeitig wird beispielsweise eine Attacke auf eine Moschee, bei dem es keine Verletzten oder Toten gab, sondern die nur eine verschmutzte Fassade hinterließ, mit zehn Jahren Haft härter bestraft als der bestialische Mord an der jungen Deutschen.“¹¹⁰ Die Praxis der Strafgerichte sei mit dem Rechtsempfinden der Bevölkerung nicht vereinbar. Der Justiz wird attestiert, „den letzten Rest gesunden Menschenverstandes über Bord geworfen zu haben“¹¹¹ und sich auf diese Weise von den Überzeugungen und Erwartungen der Bürger zu entfernen.

IV. Fazit

Kern populistischer Politik ist die Annahme eines Antagonismus zwischen dem einfachen Volk und den politischen Eliten.¹¹² Das Volk gilt als rechtschaffen und ethnisch homogen;¹¹³ seine Interessen werden von den Regierenden jedoch verkannt oder bewusst ignoriert. Populistische Parteien sehen sich als Fürsprecher der Bevölkerung und ihrer Anliegen.¹¹⁴ Populistische Politik ist damit immer auch Identitätspolitik.¹¹⁵ Die Berufung auf einen wahren Volkswillen setzt gesellschaftliche Homogenität voraus und ist zwangsläufig antipluralistisch.¹¹⁶

Verbrechen und Strafe eignen sich in besonderer Weise als Betätigungsfeld für populistische Politik. Zunächst dient die propagierte Bedrohung der Bevölkerung durch Straftäter der Konstruktion gesellschaftlicher Homogenität. Denn eine Gemeinschaft konstituiert sich – auch – durch Ab- und Ausgrenzungsprozesse.¹¹⁷ Mit der Forderung nach strenger Bestrafung werden klare Feindbilder formuliert: Der Straftäter verletzt grundlegende gesellschaftliche Verhaltensnormen und stellt sich damit gegen die Gemeinschaft der ehrlichen und rechtstreuen Bürger.¹¹⁸ Besonderes Abgrenzungspotential bietet dabei der ausländische Straftäter. Er wird nicht nur wegen seines Handelns, sondern bereits aufgrund seiner nationalen, ethnischen oder religiösen Zugehörigkeit nicht als Teil der Gemeinschaft angesehen. Die Straftat erscheint bei ihm nicht als einzelnes Ereignis, sondern als allgemeines Phänomen; der ausländische Täter bricht nicht nur die konkret verletzte Norm, er lehnt sich generell gegen die Werte der Rechtsgemeinschaft auf. Besondere Brisanz haben hier Straftaten ausländischer Großfamilien: Clankriminalität und Parallelgesellschaften werden als Angriff auf das staatliche Gewaltmonopol und damit als unmittelbare Bedrohung des deutschen Staats gesehen.

Populistische Kriminalitätsrhetorik überzeichnet die Gefahren für die Sicherheit des Einzelnen¹¹⁹ und entwirft das Bild einer von Verbrechen bedrohten Gemeinschaft.¹²⁰ Dazu lassen sich durchaus, für sich genommen, richtige Einzelbefunde präsentieren. So bestätigen etwa die Zahlen des Bundeslagebildes eine überproportionale Kriminalitätsbelastung von Zuwanderern. Sie zu adressieren ist erforderlich, um ein klares Bild von den Herausforderungen von Migration zu zeichnen. Doch durch die Fokussierung auf Zuwanderer als Täter, gravierende Delikte und besonders bedrohliche Tatmittel, durch Verallgemeinerungen, einseitige Schuldzuweisungen und sprachliche

¹⁰⁵ AfD LT-Fraktion Brandenburg, PM 19.9.2018.

¹⁰⁶ AfD Fraktion im Abghs. v. Berlin, PM 14.3.2018.

¹⁰⁷ AfD LT-Fraktion Schleswig-Holstein, PM 13.9.2018.

¹⁰⁸ AfD LT-Fraktion Rheinland-Pfalz, PM 4.9.2018.

¹⁰⁹ AfD LT-Fraktion Brandenburg, PM 19.9.2018; AfD LV Saarland, PM 13.4.2018; AfD LT-Fraktion Saarland, PM 21.6.2018; AfD LT-Fraktion Saarland, PM 8.7.2018.

¹¹⁰ AfD LT-Fraktion Baden-Württemberg, PM 3.9.2018.

¹¹¹ AfD BT-Fraktion, PM 8.8.2018.

¹¹² Richter, in: Brömmel/König/Sicking, Populismus und Extremismus in Europa – Gesellschaftswissenschaftliche und sozialpsychologische Perspektiven, 2017, S. 79.

¹¹³ Müller, Was ist Populismus?, 2016, S. 19.

¹¹⁴ Carini/Speit, Ronald Schill: der Rechtssprecher, 2002, S. 137; Betz, APuZ 1998, 3 (5).

¹¹⁵ Becker/Reddig, in: Lautmann/Klimke/Sack, Punitivität, 8. Beiheft KrimJ 2004, 173 (174 f.); Puhle, in: Dubiel, Populismus und Aufklärung, 1986, S. 13; Ritter, in: Klein/Nullmeier, Masse – Macht – Emotionen, 1999, S. 219 (224).

¹¹⁶ Müller, Was ist Populismus?, 2016, S. 19.

¹¹⁷ Fuchs, in: Friedrichs/Jagodziniski, Soziale Integration, KZfSS Sonderheft 39, 1999, 147 (156).

¹¹⁸ Cremer-Schäfer/Steinert, Straflust und Repression: zur Kritik der populistischen Kriminologie, 1998, S. 34.

¹¹⁹ Nobis, StV 2018, 453 (453); Kunz/Singelstein, Kriminologie, 7. Aufl. (2016), § 24 Rn. 60.

¹²⁰ Steinert, IPG 1998, 402 (406); Becker/Reddig, in: Lautmann/Klimke/Sack, Punitivität, 8. Beiheft KrimJ 2004, 173 (174).

Dramatisierung schürt sie überzogene Kriminalitätsängste und Vorbehalte gegenüber dem aus Sicht der AfD schwachen Staat. Gleichzeitig werden Berichte und Statistiken, die diese Sorgen relativieren, nicht thematisiert.

Unsere Inhaltsanalyse von 242 Pressemitteilungen der Verbände und Fraktionen der AfD auf Bundes- und Länderebene aus 2018 zu Kriminalität in Deutschland liefert hierfür Belege: soweit die Nationalität genannt wird, sind 95 % der darin beschriebenen Tatverdächtigen Nichtdeutsche (und nahezu ausschließlich Zuwanderer), nur 5 % sind Deutsche – und selbst bei den wenigen deutschen Tatverdächtigen wird durchweg auf einen Migrationshintergrund oder einen nur geringen Tatbeitrag hingewiesen. Die in Deutschland lange und zahlreich lebenden Ausländer werden nicht thematisiert: im Untersuchungszeitraum gibt es keinen einzigen Verweis auf polnische oder italienische Tatverdächtige. Fokussiert wird vielmehr auf Zuwanderer aus Syrien, Afghanistan und Irak, wodurch die zentrale Deutung der Grenzöffnung 2015 als fatales Staatsversagen gestützt wird. Indem die AfD die Regierungsparteien für die Straftaten von Zuwanderern verantwortlich macht, vertieft sie den für den Populismus wesentlichen Graben zwischen Volk und Eliten. Die politischen Eliten, so der Vorwurf, ignorieren die legitimen Sicherheitsbedürfnisse der Gemeinschaft, indem sie – aus falsch verstandenem „Gutmenschentum“, Naivität und ideologischer Verbohrtheit – die Täter mit Nachsicht behandeln. Durch eine milde Justiz und eine einseitige Berücksichtigung der Belange des Täters vernachlässigt der Staat seine oberste Pflicht zum Schutz der eigenen Bürger.

Die von der AfD vielfach prognostizierte Explosion des Verbrechens ist allerdings nicht eingetreten. In den vergangenen zehn Jahren ist die polizeilich erfasste Kriminalität um 9,1 % zurückgegangen und erreicht geringere Zahlen als vor 2015.¹²¹ Dieser positiven Gesamtschau stellt die AfD quasi mit dem Brennglas ausgewählte Trends und vor allem dramatische Einzelfälle entgegen. Damit bedient sie sich narrativer Techniken, die sich im Boulevardjournalismus bewährt haben, um zu emotionalisieren: Nicht die Statistik erschüttert, sondern das einzelne Schicksal – ganz gleich, wie untypisch es ist.¹²²

Repräsentative Bevölkerungsumfragen stützen die Behauptung umfassender Verunsicherung allerdings nicht. Die große Mehrheit der Bevölkerung macht sich nur wenig Sorgen um Kriminalität – 41,9 % der Bundesbürger fühlen sich in ihrer Wohnumgebung eher sicher, und 36,7 % fühlen sich sehr sicher.¹²³ Mit dem Versprechen einer strengen Kriminalitäts- und Sicherheitspolitik trifft die AfD allerdings den Nerv ihrer eigenen Wähler: In einer Befragung nach dem Terroranschlag von Paris und der Kölner Silvesternacht zeigten sich Anhänger der AfD fast dreimal so anfällig für Ängste wie die Anhänger von Union und SPD.¹²⁴

Die AfD präsentiert sich nicht nur als Fürsprecherin der Besorgten, sondern auch der selbst Betroffenen. 13,2 % der untersuchten Pressemitteilungen greifen Angriffe gegen Personen und Einrichtungen der AfD selbst auf. Damit werden Wähler und Unterstützer der AfD in die Viktimisierung einbezogen: Die Straftat richtet sich mittelbar auch gegen sie. Daraus folgert die Partei, dass sich die betroffenen Bürger von den politischen Eliten keinen Schutz versprechen könnten: ihre Belange und ihre Sicherheit würden für die Regierenden keine Rolle spielen. Politiker der anderen Parteien würden mit den Angriffen auf die AfD gar sympathisieren. Belege werden dafür nicht geliefert, mit Ausnahme des – tatsächlich völlig inakzeptablen – Aufrufs des stellvertretenden SPD-Vorsitzenden *Ralf Stegner*, „Positionen und Personal der Rechtspopulisten“ zu attackieren.¹²⁵ Auch die Auswahl der berichteten Straftaten unterstützt das Bild einer dramatischen Kriminalitätsgefahr durch Zuwanderer. Berichtet wird häufig über Delikte, bei denen Nichtdeutsche bzw. Zuwanderer als Beschuldigte überrepräsentiert sind, etwa sexuelle Übergriffe, Drogendelikte und terroristische Handlungen.¹²⁶ Die Tat folgt hier dem Täter: entscheidend scheint nicht in erster Linie die Straftat selbst, sondern die Täterschaft eines Zuwanderers. Mit dieser Vorgehensweise mag die auf den ersten Blick überraschend klare Positionierung gegen antisemitische Straftaten zu erklären sein. Hier verweist die AfD auf antisemitische Ressentiments muslimischer Einwanderer, um zugleich den generellen Tatverdacht gegen rechtsextreme Gewalttäter zu entkräften. Tatsächlich verweisen zahlreiche Studien auf einen unter muslimischen Einwanderern verbreiteten, von einer Israelkritik durchwirkten Antisemitismus.¹²⁷ Die empirischen

¹²¹ PKS 2018, S. 26.

¹²² *Hestermann*, Fernsehgewalt und die Einschaltquote: Welches Publikumsbild Fernseherschaffende leitet, wenn sie über Gewaltkriminalität berichten, 2010.

¹²³ *Birkel/Church/Hummelsheim-Doss/Leitgöb-Guzy/Oberwittler*, (hrsg. BKA), Der Deutsche Viktimisierungssurvey 2017: Opfererfahrungen, kriminalitätsbezogene Einstellungen sowie die Wahrnehmung von Unsicherheit und Kriminalität in Deutschland, 2019, S. 46, <http://bit.ly/2H1C5vB> (zuletzt abgerufen am 6.5.2019).

¹²⁴ Eine *forsa*-Umfrage im Auftrag der *Zeit* stellte die Frage: „Haben Sie aufgrund von Ereignissen wie den Terroranschlägen in Paris oder den Übergriffen in Köln Ihre Gewohnheiten geändert und verhalten sich im Alltag anders?“ Darauf antworteten Anhänger der SPD in 10 %, Anhänger der CDU/CSU in 11 % und Anhänger der AfD in 29 % mit Ja. *Zeit online* v. 28.1.2016, <http://bit.ly/2WzDCzv> (zuletzt abgerufen am 10.5.2019).

¹²⁵ Der stellvertretende SPD-Bundesvorsitzende *Stegner* twitterte am 8.5.2016: „Fakt bleibt, man muss Positionen und Personal der Rechtspopulisten attackieren, weil sie gestrig, intolerant, rechtsaußen und gefährlich sind!“ (sic), <http://bit.ly/2JudXEN>, (zuletzt abgerufen am 10.5.2019).

¹²⁶ Der Anteil der nichtdeutschen Tatverdächtigen (inkl. Zuwanderer) an Vergewaltigungen, sexuellen Nötigungen und sexuellen Übergriffen im besonders schweren Fall einschließlich mit Todesfolge betrug 2018 38,5 %, der Anteil allein der Zuwanderer 16,4 %, PKS 2018, S. 14; Nichtdeutsche (inkl. Zuwanderer) machten 27,1 % der Rauschgiftdelikte aus, Zuwanderer isoliert betrachtet 8,4 %, PKS 2018, S. 21. Vgl. zudem Kriminalität im Kontext von Zuwanderung, Bundeslagebild 2018, S. 20 ff., 40 ff. sowie *Hörnle*, KriPoZ 2018, 218.

¹²⁷ *Zick/Hövermann/Jensen/Bernstein*, Jüdische Perspektiven auf Antisemitismus in Deutschland: Ein Studienbericht für den Expertenrat Antisemitismus, 2017, <http://bit.ly/2J2RE9Y> (zuletzt abgerufen am 6.5.2019); *European Union Agency for Fundamental Rights*, Experiences and perceptions of antisemitism: Second survey on discrimination and hate crime against Jews in the EU, 2018, abrufbar unter <http://bit.ly/2HhES5r> (zuletzt abgerufen am 11.5.2019).

Belege für daraus folgende Gewalttaten sind allerdings noch lückenhaft.

Besonders stark rücken die AfD-Pressemitteilungen Messer als Tatmittel in den Vordergrund – soweit Waffen erwähnt werden, zu 66,7 %. Tatsächlich registriert die Polizei verstärkt Straftaten, die mittels Messern verübt werden, und es zeigt sich, dass Jugendliche – mit und ohne Migrationshintergrund – zunehmend Messer bei sich tragen.¹²⁸ Der damit wachsenden Gefahr tödlicher Eskalation aus meist nichtigem Anlass ist mit konsequenter Prävention zu begegnen. So konnte etwa die Polizei von Glasgow in Zusammenarbeit mit Sozialarbeitern die Bewaffnung von jugendlichen Gangs eindämmen und damit Gewaltdelikte verringern.¹²⁹

Die Sorge vor Straftaten durch Zuwanderer nimmt die AfD in ihren Pressemitteilungen allerdings nicht zum Anlass für Diskussionen über effektivere Präventionsmaßnahmen. Das Heil wird vielmehr in der Repression gesucht. Ziel ist eine konsequente „Law and Order“-Politik: strengere Strafen, insbesondere für Wiederholungstäter,¹³⁰ eine Einschränkung des Jugendstrafrechts¹³¹ oder eine Absenkung der Strafmündigkeitsgrenze¹³². In erster Linie dient die Kriminalpolitik der Partei jedoch ihrer Forderung nach einem härteren Vorgehen gegen Zuwanderer und in Deutschland lebende Ausländer vor allem muslimischen Glaubens. Die AfD präsentiert sich hier als einzige Partei, die bereit ist, den Kampf gegen Kriminalität mit den aus ihrer Sicht richtigen Mitteln zu führen: durch eine Schließung der Grenzen und eine umgehende Ausweisung von Straftätern.¹³³

Unsere Inhaltsanalyse zeigt, wie die Oppositionspartei AfD Kriminalitätsphänomene überzeichnet und andere ausblendet. Inwieweit ihre Themen und Thesen zur Kriminalitätsentwicklung medial oder unmittelbar in der Öffentlichkeit Widerhall finden, ist noch zu erforschen. Offen bleibt überdies, ob sich andere Parteien ähnlicher Argumentationsmuster bedienen, um ihre jeweiligen Positionen in der Kriminalpolitik zu untermauern – dies wäre mit einer vergleichenden Inhaltsanalyse zu erkunden.

Eine emotionalisierende und generalisierende strafrechtspopulistische Rhetorik kann erheblichen Einfluss auf die Verbrechensängste der Bevölkerung haben.¹³⁴ Studien verweisen darauf, dass die öffentliche Wahrnehmung von Kriminalität keinesfalls zwingend mit den statistischen Daten übereinstimmt, sondern stark durch politische Debatten und Medien geprägt wird.¹³⁵ Zugleich sind Wechselwirkungen zu beobachten: Soweit sich das Publikum an besonders emotionalisierenden Ereignissen interessiert zeigt, berichten Journalisten verstärkt.¹³⁶

Eine übertriebene Kriminalitätsfurcht ist für den gesellschaftlichen Zusammenhalt in hohem Maße schädlich; sie beeinträchtigt nicht nur die Lebensqualität des Einzelnen, sondern beschädigt den Gemeinsinn und führt zu einem Verlust des Vertrauens in staatliche Institutionen. Populistische Kriminalpolitik birgt zudem das Risiko, dass kriminologische Befunde ignoriert, Langzeitfolgen ausgeblendet und kurzfristige Lösungen komplexeren Konzepten vorgezogen werden.

¹²⁸ Gensing/Halasz, Messerattacken in Deutschland: Defizitäre Statistiken, tagesschau.de v. 26.3.2018, <http://bit.ly/2Y8YtS> (zuletzt abgerufen am 6.5.2019); Bergmann/Kliem/Krieg/Beckmann, Jugendliche in Niedersachsen: Ergebnisse des Niedersachsensurveys 2017, KfN Forschungsbericht Nr. 144, 2019, 61 f.

¹²⁹ Violence Reduction Unit, Glasgow's Community Initiative to Reduce Violence, Second Year Report, 2010, <http://bit.ly/2VXfTw> (zuletzt abgerufen am 10.5.2019).

¹³⁰ AfD LV Thüringen, 25.9.2018. Siehe auch: Gesetzentwurf des Abgeordneten Tobias Matthias Peterka und der Fraktion der AfD, Entwurf eines Gesetzes zur Strafschärfung bei Rückfall, BT-Drs. 19/6371.

¹³¹ AfD LT-Fraktion Rheinland-Pfalz, 4.9.2018.

¹³² AfD LT-Fraktion Brandenburg, 3.9.2018.

¹³³ Beispielhaft: AfD BV, PM 13.9.2018; siehe auch: AfD, Programm für Deutschland: Das Grundsatzprogramm der Alternative für Deutschland, 2016, S. 48, <http://bit.ly/2Wswjtw> (zuletzt abgerufen am 6.5.2019).

¹³⁴ Siehe hierzu Hoven, KriPoZ 2018, 276 (287).

¹³⁵ Statt aller: Albrecht, in: Walter/Kania/Albrecht, Alltagsvorstellungen von Kriminalität – Individuelle und gesellschaftliche Bedeutung von Kriminalitätsbildern für die Lebensgestaltung, 2004, S. 491 (506).

¹³⁶ Hestermann, Von Lichtgestalten und Dunkelmännern: Wie die Medien über Gewalt berichten, 2012.

Der Kommissionsvorschlag zum transnationalen Zugriff auf elektronische Beweismittel – Rückzug des Staates aus der Rechtshilfe?

von Prof. Dr. Martin Böse*

Abstract

Um den grenzüberschreitenden Zugriff auf elektronische Beweismittel zu erleichtern, hat die Kommission im April 2018 ein neues Kooperationsinstrument vorgeschlagen, mit dem ein Service-Provider grenzüberschreitend ohne Mitwirkung des betroffenen Gebietsstaates zur Herausgabe bzw. Sicherung von ihm gespeicherter Nutzerdaten aufgefordert werden kann. Der folgende Beitrag legt dar, dass die Verdrängung des ersuchten Mitgliedstaats (bzw. der Vollstreckungsstaats) aus der strafrechtlichen Zusammenarbeit nicht nur aus kompetenzrechtlichen Erwägungen, sondern auch und vor allem mit Blick auf die grundrechtliche Schutzfunktion des Rechtshilfeverfahrens schwerwiegenden Einwänden ausgesetzt ist und der Vorschlag darüber hinaus mit einem weitreichenden Abbau individualschützender Rechtshilfehindernisse und gravierenden Lücken im gerichtlichen Rechtsschutz einhergeht.

I. Einführung

Mit den neuen Möglichkeiten moderner Kommunikations- und Informationstechnologien (e-mail, social media, cloud computing etc.) haben elektronische Daten als Ermittlungsansatz und Beweismittel für die Verfolgung von Straftaten zunehmende Bedeutung erlangt.¹ Die Flüchtigkeit dieser Daten stellt die Ermittlungsbehörden allerdings bei der Erhebung vor besondere Herausforderungen, insbesondere wenn die (möglicherweise) für die Untersuchung relevanten Daten in einem anderen Land gespeichert und verarbeitet werden als dem, in dem das betreffende Ermittlungsverfahren geführt wird. Um eine schnelle grenzüberschreitende Erhebung der zur Strafverfolgung benötigten elektronischen Beweismittel zu ermöglichen bzw. zu erleichtern, hat die Kommission im April 2018 die Einführung eines neuen Kooperationsinstruments vorgeschlagen, nämlich die Europäische Herausgabe- und Sicherungsanordnung.² Mit dem folgenden Beitrag soll dieses neue Instrument kritisch gewürdigt und aufgezeigt werden, dass sich aus dem mit ihm einhergehenden Wandel von bilateralen Kooperationsmodellen zur unilateralen transnationalen Beweiserhebung schwer-

wiegende Konsequenzen für den Grundrechtsschutz ergeben.³

Der Beitrag beginnt mit einem Überblick über Hintergrund und Gegenstand des Kommissionsvorschlags und den Stand des bisherigen Gesetzgebungsverfahrens auf Unionsebene (II.). Nach einem kritischen Blick auf die vertragliche Ermächtigung, auf die der Vorschlag gestützt wird (III.), folgt eine grundsätzliche Kritik an dem neuen Kooperationsmechanismus und der darin enthaltenen (weitgehenden) Abschaffung des Rechtshilfeverfahrens bzw. seiner Ersetzung durch einen Notifikationsmechanismus (IV.). Sodann wird untersucht, wie sich der Abbau bislang bestehender Rechtshilfehindernisse auf den Grundrechtsschutz auswirkt (V.) und welche Folgen die neue Aufgabenteilung zwischen ersuchendem und ersuchtem Staat für den gerichtlichen Rechtsschutz hat (VI.).

II. Die Europäische Herausgabe- und Sicherungsanordnung

1. Hintergrund

Das Bedürfnis für ein neues Kooperationsinstrument wird vor allem mit den Unzulänglichkeiten der bislang bestehenden Möglichkeiten der Strafverfolgungsbehörden begründet, grenzüberschreitend auf elektronische Beweismittel zuzugreifen. Dies gilt vor allem für die traditionelle zwischenstaatliche Rechtshilfe, wonach der Staat, in dem das Ermittlungsverfahren geführt wird, den anderen Staat um die Erhebung und anschließende Übermittlung der Daten ersucht, der ersuchte Staat über die Bewilligung des Ersuchens entscheidet und anschließend die zur Leistung von Rechtshilfe erforderlichen innerstaatlichen Maßnahmen ergreift (vgl. § 59 ff. IRG). Obwohl das Europarats-Übereinkommen gegen Computerkriminalität (Budapester Übereinkommen) eine Reihe von Bestimmungen zur

* Der Verfasser ist Professor für Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Internationales und Europäisches Strafrecht an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Der Beitrag beruht auf einem Gutachten, das der Verfasser für das Europäische Parlament im Auftrag des Ausschusses für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres (LIBE Committee) im September 2018 verfasst hat, und auf einem Vortrag, den er am 7.3.2019 auf der Konferenz „Europäisches Strafrecht nach der österreichischen Ratspräsidentschaft“ an der Wirtschaftsuniversität Wien gehalten hat. Das Gutachten mit dem Titel „An assessment of the Commission’s proposals on electronic evidence“, abrufbar unter: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604989/IPOL_STU\(2018\)604989_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604989/IPOL_STU(2018)604989_EN.pdf) (zuletzt abgerufen am 30.4.2019).

¹ Eingehend *Warzen*, NZWiSt 2017, 289 ff.

² Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Europäische Herausgabe- und Sicherungsanordnungen für elektronische Beweismittel in Strafsachen, KOM (2018) 225 endg.; s. auch den begleitenden Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung einheitlicher Regeln für die Bestellung von Vertretern zu Zwecken der Beweiserhebung in Strafverfahren, KOM (2018) 226 endg.

³ Der Kommissionsvorschlag wirft darüber hinaus eine Reihe weiterer Fragen auf, die an dieser Stelle nicht behandelt werden können; insoweit sei daher auf das Gutachten (*Fn.) und auf die Arbeitspapiere des Europäischen Parlaments (Fn. 24) verwiesen.

Erleichterung und Beschleunigung des Rechtshilfeverkehrs vorsieht⁴, hat sich das Rechtshilfeverfahren in der Praxis mitunter als sehr aufwändig und langwierig erwiesen; nach einem Bericht des auf der Grundlage des Budapester Übereinkommens eingesetzten Ausschusses (Cybercrime Convention Committee, T-CY) aus dem Jahr 2014 vergehen bis zur einer Entscheidung über eingehende Ersuchen in der Regel zwischen sechs und 24 Monaten.⁵ Das unionsrechtliche Instrument der Europäischen Ermittlungsanordnung (vgl. §§ 91a ff. IRG)⁶ schafft insoweit nach Ansicht der Kommission auch keine Abhilfe, da es im Grundsatz weiterhin an einer Beteiligung des ersuchten Staates (Vollstreckungsstaates) und damit an einem im Vergleich zu einer direkten Übermittlung (s. dazu sogleich) aufwändigen und langwierigen Verfahren festhält.⁷

Als Alternative zum Rechtshilfeverfahren hat sich in der Praxis die direkte grenzüberschreitende Zusammenarbeit mit Service-Providern auf freiwilliger Grundlage entwickelt; allein im Jahr 2016 richteten die Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten mehr als 120.000 Auskunftersuchen an die fünf großen US-amerikanischen Provider (Apple, Facebook, Google, Microsoft, Twitter); allerdings wurden die angefragten Daten in weniger als der Hälfte der Fälle übermittelt.⁸ In dieser Quote zeigen sich damit bereits die Nachteile einer freiwilligen Zusammenarbeit, denn diese steht und fällt mit der Kooperationsbereitschaft des jeweiligen Providers, die je nach Unternehmenspolitik erheblich variieren kann; darüber hinaus ist es für die zuständigen Behörden mitunter schwierig, die innerhalb des Unternehmens zuständige Stelle zu ermitteln und zu kontaktieren.⁹

Um diese Nachteile einer freiwilligen Zusammenarbeit zu überwinden, haben einige Mitgliedstaaten die nach innerstaatlichem Recht bestehenden Befugnisse zum Erlass von Herausgabeanordnungen dahingehend erweitert, dass

Service-Provider auch dann zur Übermittlung von Nutzerdaten verpflichtet werden können, wenn die Daten auf einem im Ausland befindlichen Server gespeichert werden. Im Fall „Yahoo“ hat der belgische Kassationsgerichtshof die völkerrechtliche Zulässigkeit eines solchen Vorgehens mit der Begründung bejaht, dass die Kooperationspflicht sich auf eine Mitwirkung im Inland (Beschaffung der Daten) beziehe und daher nicht die Gebietshoheit des Staates verletze, in dem die Daten gespeichert seien.¹⁰ Diese Sichtweise, der auch das Cybercrime Convention Committee für die Auslegung der entsprechenden Bestimmung des Budapester Übereinkommens (Art. 18)¹¹ und der US-amerikanische Gesetzgeber mit dem Cloud-Act¹² gefolgt sind, ist allerdings nicht unumstritten, da mit dem grenzüberschreitenden Zugriff die Gefahr besteht, dass die Regeln und Grenzen der strafrechtlichen Zusammenarbeit unterlaufen werden.¹³ Aus der Perspektive der Kommission führen die unterschiedlichen Regelungen in den Mitgliedstaaten aber vor allem zu Rechtsunsicherheit bei Service-Providern und Nutzern, so dass ein einheitlicher unionsrechtlicher Rahmen für den grenzüberschreitenden Zugriff auf Providerdaten geschaffen werden sollte.¹⁴

2. Der Kommissionsvorschlag

Um die Defizite der bestehenden Kooperationsmechanismen zu beheben, hat die Kommission im April 2018 mit der Europäischen Herausgabe- und Sicherungsanordnung ein neues Instrument zur grenzüberschreitenden Erhebung elektronischer Beweismittel vorgeschlagen.¹⁵ Da die relevanten Daten vorwiegend von den Anbietern elektronischer Kommunikations- und Informationsdienste verarbeitet und gespeichert werden, wird der Begriff „elektronische Beweismittel“ dabei auf von entsprechenden Dienstleistern (Service-Providern) gespeicherte Daten beschränkt.¹⁶ Im Unterschied zur traditionellen Rechtshilfe und zur Europäischen Ermittlungsanordnung sieht der Verordnungsentwurf vor, dass die Strafverfolgungsbehör-

⁴ Art. 25 ff. Übereinkommen des Europarats über Computerkriminalität v. 23.11.2001, BGBl. II 2008, S. 1242. Zur Zeit wird ein zweites Zusatzprotokoll zu dem Übereinkommen vorbereitet, das die internationale Zusammenarbeit weiter erleichtern und beschleunigen soll, s. dazu die Informationen unter <https://www.coe.int/en/web/cybercrime/t-cy-drafting-group> (zuletzt abgerufen am 30.4.2019).

⁵ Cybercrime Convention Committee, T-CY assessment report: The mutual legal assistance provisions of the Budapest Convention on Cybercrime, adopted by the T-CY at its 12th Plenary (2–3 December 2014), S. 123, abrufbar unter <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900016802e726c> (zuletzt abgerufen am 25.4.2019; zur Umsetzung der daraufhin erlassenen Empfehlungen s. ferner Cybercrime Convention Committee (T-CY), Assessment report on Mutual Legal Assistance: Follow up given by Parties and Observers, adopted by T-CY 18 (27–28 November 2017), abrufbar unter <https://rm.coe.int/t-cy-2017-2-mla-follow-up-rep/168076d55f> (zuletzt abgerufen am 30.4.2019).

⁶ Richtlinie 2014/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. April 2014 über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen, ABl. EU L 130/1.

⁷ Kommission, Non-paper: Progress Report following the Conclusions of the Council of the European Union on Improving Criminal Justice in Cyberspace, Rats-Dok. 15072/16, S. 12.

⁸ Commission Staff Working Document, Impact assessment, Accompanying the document, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on European Production and Preservation Orders for electronic evidence in criminal matters and Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on the appointment of legal representatives for the purpose of gathering evidence in criminal proceedings, SWD (2018) 119 final, S. 15.

⁹ Kommission, Non-paper (Fn. 7), S. 7 f.; zu den unterschiedlichen Übermittlungsquoten S. 10.

¹⁰ Cour de Cassation, Urt. v. 1.12.2015, P.13.2082.N – Yahoo.

¹¹ Cybercrime Convention Committee (T-CY), T-CY Guidance Note #10, Production orders for subscriber information (Article 18 Budapest Convention), adopted by the T-CY following the 16th plenary by written procedure on 1 March 2017, T-CY(2015)16, para. 3.5, abrufbar unter <https://rm.coe.int/16806f943e> (zuletzt abgerufen am 30.4.2019).

¹² § 103(a)(1) Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act (CLOUD Act) of 23 March 2018; s. zu den Hintergründen eingehend *Burchard*, ZIS 2018, 190 (198 ff.).

¹³ S. dazu *Burchard*, ZIS 2018, 249 (253 ff.); s. auch die eingehende völkerrechtliche Analyse bei *Currie*, Canadian Yearbook of International Law, vol. 54 (2016), 63 ff.; kritisch zur weiten Auslegung von Art. 18 des Europarats-Übereinkommens: *de Hert/Parlar/Siefert*, Computer Law & Security Review, Vol. 34 (2018), 327 ff.

¹⁴ Kommission, Non-paper (Fn. 7), S. 13.

¹⁵ S. den Vorschlag einer entsprechenden Verordnung (Fn. 2).

¹⁶ Art. 2 Abs. 6 des Verordnungsentwurfs (Fn. 2).

den der Mitgliedstaaten eine solche Anordnung unmittelbar an den in einem anderen Mitgliedstaat operierenden Service-Provider richten können und dieser daraufhin zur Übermittlung (Herausgabeanordnung) bzw. vorläufigen Sicherung (Sicherungsanordnung) der bezeichneten Daten verpflichtet ist, ohne dass es einer vorherigen Entscheidung des letztgenannten Mitgliedstaates bedarf.¹⁷ Dessen Mitwirkung als Vollstreckungsstaat ist vielmehr auf die – voraussichtlich seltenen – Fälle beschränkt, in denen der Service-Provider der Anordnung nicht nachkommt und daher weitere Maßnahmen zu deren Durchsetzung bzw. zur Verhängung von Sanktionen erforderlich sind.¹⁸ Die vom Ausstellungsstaat erlassene Herausgabeanordnung und Sicherungsanordnung entfaltet daher aus sich heraus eine transnationale Bindungswirkung, ohne dass es einer vorherigen Anerkennung durch den Vollstreckungsstaat bedarf.

Um die Funktionsfähigkeit des neuen Instruments zu gewährleisten, sieht ein begleitender Richtlinienentwurf vor, dass jeder Service-Provider, der seine Dienste in mehreren Mitgliedstaaten der Union anbietet, mindestens einen Vertreter in einem dieser Mitgliedstaaten benennen muss, an den Europäische Herausgabe- und Sicherungsanordnungen gerichtet werden können; der Vertreter muss mit den Befugnissen und Ressourcen ausgestattet sein, die erforderlich sind, um den Anordnungen nachzukommen.¹⁹ Die Pflicht zur Bestellung eines solchen Vertreters soll auch für Service-Provider bestehen, die nicht in einem Mitgliedstaat der Union, sondern in einem Drittstaat (z.B. den USA) niedergelassen sind.²⁰ Maßgeblich ist allein, dass die betreffenden Dienstleistungen in der Union angeboten werden (Marktortprinzip); auf den Ort, an dem die Daten gespeichert werden, kommt es hingegen nicht an.²¹ Der Kommissionsvorschlag weist damit implizit die Bedenken zurück, wonach der unilaterale Zugriff auf die in einem Drittstaat gespeicherten Daten dessen territoriale Souveränität bzw. Gebietshoheit verletzt, und schließt sich den auf nationaler und internationaler Ebene bestehenden Tendenzen an, wonach ein solches Vorgehen aufgrund anderer territorialer Anknüpfungspunkte (Sitz des

Service-Providers bzw. Marktortprinzip, s. oben) völkerrechtlich zulässig ist (s. oben 1.).

Nach intensiven Beratungen hat der Rat unter der österreichischen Präsidentschaft im Dezember 2018 eine allgemeine Ausrichtung angenommen, welche den Inhalt des Kommissionsvorschlags in weiten Teilen übernimmt²², allerdings für bestimmte Fälle vorsieht, dass dem Vollstreckungsstaat eine Kopie der erlassenen Herausgabeanordnung übermittelt wird, damit dieser gegebenenfalls Einwände gegen die Übermittlung der angeforderten Daten erheben kann (Notifikationsmechanismus; s. dazu näher unten IV.3.).²³ Im Unterschied zum Rat hat sich das Europäische Parlament noch nicht auf eine Position verständigt, sondern sieht vielmehr in einer Reihe von Fragen noch Klärungs- und Diskussionsbedarf.²⁴ Das neue Kooperationsinstrument konnte daher nicht mehr vor den Wahlen verabschiedet werden. Es ist jedoch damit zu rechnen, dass die rechtspolitische Diskussion anschließend wieder aufgenommen wird, weshalb die grundsätzlichen Einwände gegen den neuen Mechanismus im Folgenden dargelegt werden sollen.

III. Art. 82 Abs. 1 AEUV als vertragliche Ermächtigungsgrundlage?

Bedenken begegnet bereits die für die Einführung des neuen Kooperationsinstruments herangezogene vertragliche Ermächtigung (Art. 82 Abs. 1 AEUV). Nach der Vorstellung der Kommission wird mit der Europäischen Herausgabe- bzw. Sicherungsanordnung das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung umgesetzt (Art. 82 Abs. 1 lit. a AEUV).²⁵ Dabei wird indes verkannt, dass diese Bestimmung die Union ermächtigt, „Regeln und Verfahren“ für eine Anerkennung gerichtlicher bzw. justizieller Entscheidungen festzulegen, und damit – anders als im Rahmen der zivilrechtlichen Zusammenarbeit (Art. 81 Abs. 2 lit. a AEUV) – keine „automatische“ Anerkennung von Entscheidungen ohne Beteiligung des Vollstreckungsstaates umfasst (vgl. auch Art. 82 Abs. 1 lit. d AEUV: „Zusammenarbeit zwischen den Justizbehörden“).²⁶ Dass eine solche Mitwirkung bei der Vollstreckung Europäischer

¹⁷ Art. 9, 10 des Verordnungsentwurfs (Fn. 2).

¹⁸ Art. 13, 14 des Verordnungsentwurfs (Fn. 2).

¹⁹ Art. 3 Abs. 1, 7 des Richtlinienentwurfs (Fn. 2).

²⁰ Art. 3 Abs. 2 des Richtlinienentwurfs (Fn. 2).

²¹ Art. 1 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 des Verordnungsentwurfs (Fn. 2); s. auch

Art. 1 Abs. 4 S. 1, Art. 3 Abs. 1, 2 des Richtlinienentwurfs (Fn. 2).

²² Rats-Dok. 15292/18.

²³ Art. 7a des geänderten Verordnungsvorschlags, Rats-Dok. 15292/18, S. 34.

²⁴ S. die folgenden Arbeitspapiere des Ausschusses für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres (LIBE Committee) zu dem Verordnungsvorschlag der Kommission: Arbeitsdokument, 7.12.2018 (PE 631.925v02-00); 2. Arbeitsdokument (A), 6.2.2019 (PE 634.729v01-00); 2. Arbeitsdokument (B), 6.2.2019 (PE 634.730v01-00); 3. Arbeitsdokument (A), 13.2.2019 (PE634.849v01-00); 3. Arbeitsdokument (B), 13.2.2019 (PE634.850v01-00); 4. Arbeitsdokument (A), 11.3.2019 (PE636.343v01-00); 4. Arbeitsdokument (B), 11.3.2019 (PE636.344v01-00); 4. Arbeitsdokument (C), 11.3.2019 (PE636.345v01-00); 5. Arbeitsdokument (A), 8.3.2019 (PE636.335v01-00); 5. Arbeitsdokument (B), 8.3.2019 (PE636.336v01-00); 5. Arbeitsdokument (C), 8.3.2019 (PE636.337v01-00); 6th Working Document (A), 1.4.2019 (PE637.466v01-00); 6th Working Document (B), 1.4.2019 (PE637.468v01-00); 6th Working Document (C), 1.4.2019 (PE637.469v01-00); 7th Working Document, 1.4.2019 (PE637.465v01-00).

²⁵ Kommissionsvorschlag für eine Verordnung (Fn. 2), S. 5.

²⁶ S. auch die Stellungnahme Nr. 28/2018 der Bundesrechtsanwaltskammer (September 2018), S. 3, abrufbar unter <https://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2018/september/stellungnahme-der-brak-2018-28.pdf> (zuletzt abgerufen am 30.4.2019).

Herausgabe- und Sicherungsanordnungen vorgesehen ist, ändert nichts daran, dass diese Anordnungen für den Adressaten unmittelbar verbindlich sind, also im Einzelfall keiner Anerkennung durch den Vollstreckungsstaat mehr bedürfen.²⁷ In diesem Punkt weicht der Kommissionsvorschlag von der bisherigen Gesetzgebungspraxis bei der Umsetzung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung ab, wonach der Vollstreckungsstaat im Einzelfall über die Anerkennung und Vollstreckung der vom Ausstellungsstaat erlassenen Anordnung (z.B. einer Europäischen Ermittlungsanordnung) entscheidet.²⁸

Gegen die von der Kommission vertretene weite Auslegung des Art. 82 Abs. 1 AEUV spricht auch, dass der Vertrag für extraterritoriale Ermittlungsmaßnahmen (z.B. die grenzüberschreitende Observation oder Nachteile, vgl. Art. 40, 41 Schengener Durchführungsübereinkommen) eine eigenständige vertragliche Ermächtigung vorsieht, die den Erlass eines entsprechenden Rechtsaktes an bestimmte Bedingungen knüpft, um dem mit derartigen Maßnahmen verbundenen Eingriffen in die Gebietshoheit des betroffenen Mitgliedstaates Rechnung zu tragen (Art. 89 AEUV). Inhaltlich wird die Zulässigkeit derartiger Maßnahmen davon abhängig gemacht, dass sie in Verbindung und in Absprache mit dem Gebietsstaat durchgeführt werden (Art. 89 S. 1 AEUV). Zudem ist im Gesetzgebungsverfahren eine einstimmige Beschlussfassung im Rat vorgesehen (Art. 89 S. 2 AEUV), d.h. jeder Mitgliedstaat kann durch sein Veto den Erlass eines entsprechenden Rechtsaktes verhindern.²⁹ Da eine Europäische Herausgabeordnung aufgrund ihrer transnationalen Bindungswirkung ebenso in die Gebietshoheit des Vollstreckungsstaates eingreift wie z.B. eine grenzüberschreitende Observation (Art. 40 SDÜ), führt eine Heranziehung des Art. 82 Abs. 1 AEUV als Ermächtigungsgrundlage im Ergebnis dazu, dass die in Art. 89 AEUV vorgesehenen Sicherungen zum Schutz der territorialen Souveränität der Mitgliedstaaten unterlaufen werden.

IV. Territoriale Souveränität und Grundrechtsschutz

1. Die Verantwortung des Gebiets- bzw. Vollstreckungsstaates

Der Schutz der territorialen Souveränität, der in der Begrenzung der vertraglichen Ermächtigungsgrundlagen zum Ausdruck kommt, liegt nicht allein im Interesse der Mitgliedstaaten, sondern dient auch und vor allem dem Schutz der Grundrechte ihrer Bürger, denn die Gebietsho-

heit ist untrennbar mit der Verpflichtung des Staates verbunden, bei der Ausübung von Hoheitsgewalt die Grundrechte der auf seinem Gebiet befindlichen Personen zu achten und zu schützen und auch im Rahmen der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit in Strafsachen dafür Sorge zu tragen, dass menschenrechtliche und rechtsstaatliche Mindeststandards gewahrt werden.³⁰ Diese Anforderungen sind auch bei der grenzüberschreitenden Übermittlung von Daten zu beachten.³¹ In seinem Beschluss zum Übereinkommen gegen Computerkriminalität und dem dort vorgesehenen Zugriff anderer Vertragsstaaten auf Inlandsdaten (Art. 32) hat das *BVerfG* diese Verantwortung des Gebietsstaates bestätigt und die Verfassungsbeschwerde nur deshalb zurückgewiesen, weil die Beschwerdeführer die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung bei einem grenzüberschreitenden Zugriff auf öffentlich zugängliche Daten (Art. 32 lit. a des Übereinkommens) bzw. bei einem Zugriff mit Zustimmung der betroffenen Person (Art. 32 lit. b des Übereinkommens) nicht hinreichend substantiiert dargelegt hatten.³² Demgegenüber liegt bereits in der Anerkennung der rechtlichen Bindungswirkung einer Europäischen Herausgabeordnung ein Eingriff in die Grundrechte des Service-Providers vor, für den der Gebietsstaat (mit-)verantwortlich ist; da es sich um nicht öffentlich zugängliche Daten handelt und eine datenschutzrechtliche Einwilligung nicht vorliegt³³, ist aus den gleichen Gründen auch ein Eingriff in die Grundrechte des betroffenen Nutzers anzunehmen. Infolge der „automatischen“ Anerkennung einer Herausgabe- oder Sicherungsanordnung kann der Gebiets- bzw. Vollstreckungsstaat seiner Verantwortung für den Grundrechtsschutz nicht mehr gerecht werden; auf diese Bedenken haben sowohl der Deutsche Bundesrat³⁴ als auch das Europäische Parlament³⁵ hingewiesen.

2. Grundrechtsschutz durch Ausstellungsstaat oder Service-Provider?

Im Rechtshilfeverfahren nimmt der ersuchte Staat bzw. Vollstreckungsstaat seine Schutzfunktion über die jeweils anwendbaren Rechtshilfevoraussetzungen und -hindernisse (u.a. beiderseitige Strafbarkeit, ordre-public-Vorbehalt) und eine entsprechende Anwendung besonderer Eingriffs- bzw. Übermittlungsschwellen (vgl. z.B. § 100g StPO) wahr (s. auch unten V.1.). Fällt die Prüfung dieser Schutzvorschriften weg, stellt sich die Frage, ob dieses Defizit durch anderweitige Schutzmechanismen kompensiert werden kann. Dies setzt indes voraus, dass die entsprechende Schutzfunktion von einer anderen Stelle wahrgenommen wird; insoweit kommen allein der Service-

²⁷ Burchard, ZIS 2018, 249 (267).

²⁸ S. zur Europäischen Ermittlungsanordnung Art. 9 Richtlinie 2014/41/EU (Fn. 6).

²⁹ Böse, in: Schwarze, EU-Kommentar, 4. Aufl. (2019), Art. 89 AEUV Rn. 1, 2; Spaeth, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Bd. 2, 7. Aufl. (2015), Art. 89 AEUV Rn. 2.

³⁰ S. allgemein zum ordre-public-Vorbehalt: BVerfGE 59, 280 (282 f.); 108, 129 (136 f.); 113, 154 (162 f.); 140, 317 (347); s. auch zur EMRK: EGMR, Urt. v. 7.7.1989 (Soering v. Vereinigtes Königreich), NJW 1990, 2183, 2185 (Rn. 91), 2188 (Rn. 113); zur Zusammenarbeit zwischen den EU-Mitgliedstaaten: EGMR, Urt. v. 17.4.2018 – 21055/11 (Pirozzi v. Belgien), Rn. 59 ff.

³¹ BVerfGE 141, 220 (342); s. auch Böse, Der Grundsatz der Verfügbarkeit von Informationen in der strafrechtlichen Zusammenarbeit der Europäischen Union, 2007, S. 137 ff.; zum vorliegenden Zusammenhang Burchard, ZIS 2018, 249 (251).

³² BVerfGE 142, 234 (254 ff.); s. dagegen die abweichende Meinung des Richters Huber, a.a.O., 257 ff. Zum Teil wird die Übertragung von Hoheitsrechten auf ausländische Staaten als verfassungswidrig angesehen, weil eine entsprechende Ermächtigung in der Verfassung (vgl. Art. 23, 24 GG) fehlt, s. dazu näher Sauer, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum Grundgesetz (198. Aktualisierung, Mai 2019), Art. 24 Rn. 98 ff., 108.

³³ S. insoweit Burchard, ZIS 2018, 249 (252).

³⁴ BR-Drs. 215/18, S. 6.

³⁵ 3rd Working Document (A) (Fußn. 24), S. 5.

Provider oder der Ausstellungsstaat in Betracht.

In dem Kommissionsvorschlag findet sich dieser Gedanke insofern wieder, als die zuständige Behörde des Ausstellungsstaates bei entsprechenden Anhaltspunkten zu klären hat, ob die angeforderten Transaktions- oder Inhaltsdaten nach dem Recht des Vollstreckungsstaates durch Immunitäten und Vorrechte geschützt sind, und daraufhin gegebenenfalls von der Anforderung dieser Daten absieht.³⁶ Dieser Schutzmechanismus greift jedoch nur, wenn die Ausstellungsbehörde über entsprechende Anhaltspunkte verfügt, was wiederum Kenntnisse des Rechts des Vollstreckungsstaates voraussetzt. Darüber hinaus ist damit zu rechnen, dass die Prüfung der nach dem Recht des Vollstreckungsstaates geltenden Schutzstandards durch das Strafverfolgungsinteresse des Ausstellungsstaates überlagert wird und diesem daher die notwendige Distanz fehlt, um über die Einhaltung der nach dem Recht des Vollstreckungsstaates geltenden Standards zu wachen.³⁷ So wäre es kaum vorstellbar, dass eine Behörde des Ausstellungsstaates von dem Erlass einer Herausgabeanordnung absieht, weil die Strafverfolgung (im Ausstellungsstaat!) gegen rechtsstaatliche oder menschenrechtliche Mindeststandards verstößt (ordre-public-Vorbehalt, s. dazu sogleich). Der Ausstellungsstaat kann daher die Schutzfunktion des Vollstreckungsstaates nicht in einer Weise wahrnehmen, die einen effektiven Grundrechtsschutz sicherstellt.

Der Service-Provider vermag diese Aufgabe noch viel weniger zu übernehmen. Soweit er selbst als Adressat der Herausgabeanordnung in seinen Grundrechten betroffen ist, liegt dies auf der Hand. Aber auch mit Blick auf die Grundrechte seiner Kunden, d.h. der betroffenen Nutzer, bestehen erhebliche Bedenken gegen die Zuweisung einer solchen Schutzfunktion, da er nicht nur Adressat einer verbindlichen Herausgabeanordnung, sondern überdies bei einem Verstoß gegen die Übermittlungspflicht Vollstreckungsmaßnahmen bzw. Sanktionen ausgesetzt ist; der Service-Provider ist damit bereits im Ausgangspunkt in einer sehr viel schwächeren Position als der Vollstreckungsstaat, wenn es darum geht, einer Herausgabeanordnung im Interesse eines wirksamen Grundrechtsschutzes entgegenzutreten.³⁸ Diese Skepsis findet weitere Nahrung in dem Umstand, dass für eine Prüfung von Übermittlungshindernissen wenig Zeit (in dringenden Fällen sechs Stunden)³⁹, lediglich rudimentäre Informationen (nämlich der Inhalt der Anordnung⁴⁰) und in der Regel nur begrenzte Ressourcen zur Verfügung stehen.⁴¹ Dass der Service-Provider unter diesen Umständen kaum imstande sein wird, einen ordre-public-Verstoß zu prüfen bzw. festzustellen, hat der Rat implizit anerkannt, indem er ein ent-

sprechendes, noch im Kommissionsvorschlag vorgesehene Weigerungsrecht⁴² in der allgemeinen Ausrichtung gestrichen hat.⁴³

3. Grundrechtsschutz durch Notifikation des Vollstreckungsstaates?

Um der Schutzverantwortung des Vollstreckungsstaates gerecht zu werden, hat der Rat den Kommissionsvorschlag durch ein Notifikationsmodell ergänzt, das den Vollstreckungsstaat in das neue Kooperationsinstrument einbindet, indem es den Ausstellungsstaat unter bestimmten Voraussetzungen verpflichtet, den Vollstreckungsstaat von dem Erlass einer Herausgabeanordnung zu unterrichten und diesem Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.⁴⁴

Dieses Notifikationsmodell ist jedoch nicht geeignet sicherzustellen, dass der Vollstreckungsstaat die ihm zukommende Schutzfunktion wirksam wahrnehmen kann. Dies liegt zunächst daran, dass der Anwendungsbereich auf Inhaltsdaten beschränkt ist, mithin Transaktionsdaten (vgl. insoweit § 100g StPO) ausnimmt, und sich die Gelegenheit der Stellungnahme allein auf Immunitäten und Vorrechte (insbesondere Berufsgeheimnisse, vgl. § 160a StPO), aber nicht auf andere Übermittlungshindernisse bezieht. Ein umfassender Grundrechtsschutz, insbesondere mit Blick auf mögliche Folgen einer Übermittlung (ordre-public-Verstoß), kann das Modell bereits aus diesem Grund nicht gewährleisten.⁴⁵ Darüber hinaus ermöglicht es der Notifikationsmechanismus dem Vollstreckungsstaat nicht, die nach seinem Recht geltenden Schutzstandards durchzusetzen, sondern es bleibt dem Ausstellungsstaat überlassen, die vom Vollstreckungsstaat erhobenen Einwände durch eine Anpassung oder Rücknahme der Herausgabeanordnung umzusetzen.⁴⁶ In diesem Punkt unterscheidet sich der Vorschlag von der grenzüberschreitenden Nacheile, die einzustellen ist, wenn der Gebietsstaat widerspricht oder nicht innerhalb einer bestimmten Frist zustimmt (Art. 40 Abs. 2 SDÜ; vgl. oben III.). Da die Unterrichtung keine aufschiebende Wirkung hat, versagt der Mechanismus überdies immer dann, wenn der Service-Provider die angeforderten Daten bereits vor einer Stellungnahme des Vollstreckungsstaates übermittelt hat.⁴⁷

V. Defizite im materiellen Grundrechtsschutz

Mit der Verdrängung des Vollstreckungsstaates aus der ihm obliegenden Schutzfunktion geht ein Abbau bislang bestehender Rechtshilfeshindernisse einher, der zu weiteren Defiziten im Grundrechtsschutz führt (1.) und nicht

³⁶ Art. 5 Abs. 7 des Verordnungsentwurfs. Nach der allgemeinen Ausrichtung des Rates (Fn. 22) gilt dies nicht, sofern der betroffene Nutzer sich im Ausstellungsstaat aufhält.

³⁷ Burchard, ZIS 2018, 249 (266).

³⁸ S. auch die Stellungnahme Nr. 42/18 des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Strafrecht (September 2018), S. 8.

³⁹ Art. 9 Abs. 1, Abs. 2 des Verordnungsentwurfs (Fn. 2).

⁴⁰ S. insoweit Art. 5 Abs. 5 des Verordnungsentwurfs (Fn. 2).

⁴¹ Brodowski, ZIS 2018, 493 (504); Burchard, ZIS 2018, 249 (260, 266).

⁴² Art. 9 Abs. 5 S. 2 des Verordnungsentwurfs (Fn. 2).

⁴³ Rats-Dok. 15292/18, S. 37.

⁴⁴ Art. 7a des Verordnungsentwurfs, Rats-Dok. 15292/18, S. 34.

⁴⁵ Darüber hinaus werden im Ausstellungsstaat ansässige Nutzer vom Anwendungsbereich ausgenommen, obwohl nach dem Recht des Vollstreckungsstaates auch insoweit ein entsprechender Schutz besteht.

⁴⁶ Art. 7a Abs. 2 S. 2 des Verordnungsentwurfs, Rats-Dok. 15292/18, S. 34.

⁴⁷ Vgl. Art. 7a Abs. 2 S. 2, Abs. 4 des Verordnungsentwurfs, Rats-Dok. 15292/18, S. 34.

durch die Voraussetzungen für den Erlass einer Europäischen Herausgabeanordnung kompensiert wird (2.).

1. Abbau von Rechtshilfe- bzw. Vollstreckungshindernissen

Nach dem bislang geltenden unionsrechtlichen Rahmen steht für die grenzüberschreitende Herausgabe von Providerdaten als Kooperationsinstrument die Europäische Ermittlungsanordnung⁴⁸ zur Verfügung. Ein Blick auf die Gründe, aus denen die Vollstreckung einer Europäischen Ermittlungsanordnung abgelehnt werden kann, führt zu der ernüchternden Feststellung, dass der durch diese Ablehnungsgründe gewährleistete Schutz des Betroffenen weitgehend entfällt. Dies gilt zunächst für die Vollstreckungshindernisse, die in dem Kommissionsvorschlag nicht aufgegriffen und damit vollständig gestrichen werden, nämlich das Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit, der Ablehnungsgrund für Taten, die im Vollstreckungsstaat begangen worden und dort straflos sind, und die entsprechende Anwendung von Eingriffsvoraussetzungen für besonders schwerwiegende Ermittlungsmaßnahmen.⁴⁹ Zwar wird das Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit dadurch eingeschränkt, dass bei 32 Deliktsbereichen und bei weniger schwerwiegenden Ermittlungsmaßnahmen (z.B. der Identifizierung des Inhabers einer bestimmten IP-Adresse) auf dessen Prüfung verzichtet wird.⁵⁰ Im Übrigen hält das Unionsrecht mit der Europäischen Ermittlungsanordnung jedoch an diesen traditionellen Rechtshilfeshindernissen fest. Dies gilt insbesondere für den beim grenzüberschreitenden Zugriff auf Transaktions- und Inhaltsdaten, die von Service-Providern gespeichert werden, bedeutsamen Grundsatz, dass gravierende Ermittlungseingriffe für ein ausländisches Strafverfahren nur unter den gleichen Bedingungen zulässig sind wie für ein inländisches Strafverfahren (vgl. § 100g StPO).⁵¹

Soweit solche Daten dem besonderen Schutz durch Vorrechte und Befreiungen (insbesondere einem besonders geschützten Berufsgeheimnis) unterliegen, wird dies auch mit dem Kommissionsvorschlag anerkannt, die Prüfung des entsprechenden Übermittlungshindernisses aber dem Ausstellungsstaat überantwortet; auf diese Weise kann ein effektiver Schutz jedoch nicht gewährleistet werden (s. oben IV. 2. und 3.).⁵² Diese Bedenken gelten entsprechend, soweit die Ausstellungsbehörde gewährleisten soll, dass das von ihr selbst (!) geführte Strafverfahren nicht gegen den Grundsatz „ne bis in idem“ (Art. 50 GRC, Art. 54 SDÜ) verstößt⁵³, und die Prüfung des ordpublic-Vorbehalts auf den Service-Provider übertragen

(Kommission) oder ersatzlos gestrichen (Rat) wird (s. oben IV.2.).

2. Grundrechtsschutz durch hohe Anordnungsvoraussetzungen?

Die vorstehenden Bedenken ließen sich allerdings ausräumen, soweit die nach dem Recht des Vollstreckungsstaats vorgesehenen Eingriffsvoraussetzungen für die Erhebung besonders sensibler Daten dadurch ersetzt werden, dass bereits die Ausstellung einer Europäischen Herausgabeanordnung besonders hohen Anforderungen unterworfen wird, die ein vergleichbares Schutzniveau gewährleisten. Soweit mit der Herausgabeanordnung Transaktions- oder Inhaltsdaten angefordert werden sollen, setzt deren Erlass in materieller Hinsicht im Wesentlichen zweierlei voraus: Erstens müssen die Anordnungsvoraussetzungen nach dem Recht des Ausstellungsstaates beachtet werden, und die Anordnung muss notwendig und verhältnismäßig sein.⁵⁴ Zweitens muss die Straftat, zu deren Verfolgung die Anordnung ergeht, nach dem Recht des Ausstellungsstaates mit einem Höchstmaß von mindestens drei Jahren Freiheitsstrafe geahndet werden können oder von einem Rechtsakt zur Strafrechtsharmonisierung (u.a. Terrorismus, Betrug und Fälschung im unbaren Zahlungsverkehr, sexuelle Ausbeutung von Kindern, Angriffe auf Informationssysteme) erfasst werden.⁵⁵ Die erste Bedingung verweist im Wesentlichen auf das Recht des Ausstellungsstaates; ein eigenständiger unionsrechtlicher Mindeststandard kann somit allein über die zweite Voraussetzung begründet werden. Diese stellt nach Ansicht der Kommission sicher, dass Transaktions- oder Inhaltsdaten nicht zur Verfolgung von Bagatelldaten angefordert werden.⁵⁶

Gegenüber dieser Einschätzung sind jedoch erhebliche Zweifel anzumelden, denn eine Mindesthöchststrafe von drei Jahren ist bei einer Vielzahl von Tatbeständen vorgesehen, die keineswegs nur den Bereich der schweren (oder auch nur der mittleren) Kriminalität umfassen (z.B. Diebstahl, Körperverletzung).⁵⁷ Über die Verweisung auf die sekundärrechtliche Harmonisierung werden sogar Straftaten einbezogen, die nach Unionsrecht mit einer Höchststrafe von nur einem Jahr Freiheitsstrafe zu ahnden sind.⁵⁸ Mit der Mindesthöchststrafe von drei Jahren und der Zuordnung zu einem harmonisierten Deliktsbereich werden zwei Kriterien kombiniert, über die bislang der Verzicht auf die Prüfung der beiderseitigen Strafbarkeit begründet wurde.⁵⁹ Mit der alternativen Verknüpfung werden die Anforderungen, anders als bei den bestehenden Rechtsakten zur Einschränkung der beiderseitigen Strafbarkeit,

⁴⁸ Richtlinie 2014/41/EU (Fn. 6).

⁴⁹ Art. 11 Abs. 1 lit. e, g, h Richtlinie 2014/41/EU (Fn. 6).

⁵⁰ Art. 11 Abs. 1 lit. g i.V.m. Anhang D, Art. 11 Abs. 2 i.V.m. Art. 10 Abs. 2 lit. e Richtlinie 2014/41/EU (Fn. 6); in dem letztgenannten Fall sind auch besondere Eingriffsschwellen nach dem Recht des Vollstreckungsstaates nicht entsprechend anwendbar.

⁵¹ Vgl. auch die besonderen materiellen Eingriffsvoraussetzungen nach Art. 126ng, Art. 67 Abs. 1 der niederländischen StPO (Wetboek van Strafvordering) oder § 135 Abs. 2 Nr. 3 der österreichischen StPO; s. insoweit Böse, Assessment (*Fn.), S. 39 f.

⁵² S. auch die weiteren Bedenken in der Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins (Fn. 38), S. 12 f., und der Bundesrechtsanwaltskammer (Fn. 26), S. 9 (u.a. zum Fehlen eines ausdrücklich geregelten Verwertungsverbot).

⁵³ Vgl. Erwägungsgrund 12a des Verordnungsentwurfs, Rats-Dok. 15292/18, S. 4.

⁵⁴ Art. 5 Abs. 2 des Verordnungsentwurfs (Fn. 2).

⁵⁵ Art. 5 Abs. 4 des Verordnungsentwurfs (Fn. 2).

⁵⁶ Vgl. die Begründung des Kommissionsvorschlags für eine Verordnung (Fußn. 2), S. 16.

⁵⁷ S. dazu näher Böse, Assessment (*Fn.), S. 40.

⁵⁸ S. nur Art. 5 Abs. 2 und 3 Richtlinie 2011/93/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI des Rates: Mindesthöchststrafe von ein, zwei oder drei Jahren Freiheitsstrafe, ABl. EU L 335/1.

⁵⁹ Art. 11 Abs. 1 lit. g Richtlinie 2014/41/EU (Fn. 6).

noch weiter abgesenkt und damit nicht nur das Ziel verfehlt, hohe Anforderungen an einen Ermittlungseingriff zu formulieren, sondern noch einmal deutlich sichtbar, dass mit dem neuen Kooperationsinstrument nicht einmal grundlegende rechtshilferechtliche Sicherungen (beiderseitige Strafbarkeit) gewahrt werden.

VI. Defizite im gerichtlichen Rechtsschutz

Das neue Kooperationsinstrument hat schließlich auch gravierende Konsequenzen für den gerichtlichen Rechtsschutz; dies gilt sowohl für den betroffenen Nutzer (1.) als auch für den Adressaten der Herausgabeordnung (2.).

1. Rechtsbehelfe des betroffenen Nutzers

Der gerichtliche Rechtsschutz richtet sich im Ausgangspunkt nach dem Gegenstand der gerichtlichen Überprüfung, d.h. der hoheitlichen Maßnahme, die (möglicherweise) die Rechte des Betroffenen verletzt (Art. 47 Abs. 1 GRC). Da im Vollstreckungsstaat die Europäische Herausgabeordnung nicht durch eine eigene Entscheidung anerkannt wird, sondern diese unmittelbar rechtlich verbindlich ist, fehlt es im Vollstreckungsstaat bereits an einer Entscheidung (z.B. über die Bewilligung), die der betroffene Nutzer anfechten könnte. Aus der Sicht des Kommissionsvorschlages ist es daher folgerichtig, dass der betroffene Nutzer gerichtlichen Rechtsschutz gegen die Übermittlung „seiner“ Daten allein im Ausstellungsstaat erlangen kann.⁶⁰ Der Rechtsschutz erstreckt sich dabei auch auf die Frage, ob die Daten unter Verstoß gegen das Recht des Vollstreckungsstaates erlangt worden sind, soweit dieses von der Ausstellungsbehörde zu beachten ist (s. oben III., IV.2. zu Vorrechten und Immunitäten).⁶¹ In dieser Rechtsschutzkonzentration setzen sich damit allerdings auch die Nachteile fort, die durch die fehlende Beteiligung des Vollstreckungsstaates entstanden sind, nämlich die begrenzte Prüfungskompetenz (Vorrechte und Befreiungen; nicht: besondere Eingriffsschwellen) und die praktischen Schwierigkeiten einer Anwendung ausländischen Rechts.⁶² Anders als nach der ähnlichen Regelung bei der Europäischen Ermittlungsanordnung kann das Gericht im Ausstellungsstaat nämlich nicht an eine gerichtliche Entscheidung im Vollstreckungsstaat anknüpfen, mit der die Rechtswidrigkeit der dort erfolgten Beweiserhebung festgestellt wird.⁶³

2. Rechtsbehelfe des Service-Providers

Als Adressat einer Herausgabeordnung hat auch der Service-Provider Anspruch auf gerichtlichen Rechtsschutz (Art. 47 Abs. 1 GRC). Dies gilt zunächst für die

Entscheidung, mit der im Vollstreckungsstaat zur Durchsetzung der Herausgabeordnung eine Sanktion verhängt worden ist.⁶⁴ Das Gericht des Vollstreckungsstaates prüft allerdings nur die Rechtmäßigkeit der Vollstreckung bzw. der Sanktion. Die Rechtmäßigkeit der Europäischen Herausgabeordnung unterliegt nicht der gerichtlichen Kontrolle im Vollstreckungsstaat, da diese auch nicht von der Vollstreckungsbehörde geprüft wird.⁶⁵ Der gerichtliche Rechtsschutz ist auch insoweit akzessorisch und bezieht sich deshalb allein auf die Rechtmäßigkeit der Vollstreckung, nicht aber auf die Rechtmäßigkeit der Herausgabeordnung nach dem Recht des Ausstellungsstaates.⁶⁶

Der gerichtliche Rechtsschutz im Ausstellungsstaat ist allerdings nur insoweit geregelt, als der Kommissionsvorschlag bei einem drohenden Konflikt mit dem Recht eines Drittstaates, das die Übermittlung der angeforderten Daten untersagt, einen Überprüfungsmechanismus vorsieht.⁶⁷ Die allgemeine Bestimmung über gerichtliche Rechtsbehelfe soll hingegen nur auf Personen Anwendung finden, deren Daten angefordert werden.⁶⁸ Der Service-Provider hätte damit ausweislich des Vorschlags kein Recht, die Rechtmäßigkeit einer gegen ihn ergangenen Europäischen Herausgabeordnung (z.B. die Beachtung besonderer Eingriffsvoraussetzungen) im Ausstellungsstaat gerichtlich überprüfen zu lassen. Dieses Ergebnis ist mit dem Anspruch auf gerichtlichen Rechtsschutz (Art. 47 Abs. 1 GRC) schlechthin unvereinbar.⁶⁹

VII. Fazit

Mit der Europäischen Herausgabeordnung wird der ersuchte Mitgliedstaat (bzw. der Vollstreckungsstaat) weitgehend aus der strafrechtlichen Zusammenarbeit verdrängt. Dies ist nicht nur aus kompetenzrechtlichen Erwägungen (s. oben III.), sondern auch und vor allem mit Blick auf die grundlegende Schutzfunktion des Rechtshilfverfahrens schwerwiegenden Einwänden ausgesetzt, denn dieser Rückzug des Vollstreckungsstaates aus der Rechtshilfe und die dadurch ausgelösten Defizite im Grundrechtsschutz können weder durch eine Übernahme dieser Schutzfunktion durch den Ausstellungsstaat oder den privaten Service-Provider (s. oben IV. 2.) noch durch das vom Rat favorisierte Notifikationsmodell (s. oben IV.3) kompensiert werden. Diese Defizite setzen sich in einem Abbau individualschützender Rechtshilfemindernde (V.) und Lücken im gerichtlichen Rechtsschutz (VI.) fort.

Mit dieser Kritik soll die praktische Notwendigkeit, den grenzüberschreitenden Zugriff auf elektronische Beweismittel zu erleichtern und zu beschleunigen, keineswegs in

⁶⁰ Art. 17 des Verordnungsentwurfs (Fn. 2).

⁶¹ Art. 18 des Verordnungsentwurfs (Fn. 2); Art. 12a des Verordnungsentwurfs, Rats-Dok. 15292/18, S. 40.

⁶² Zu weiteren Kritikpunkten (u.a. Ineffektivität des Rechtsschutzes aufgrund nachträglicher Unterrichtung): Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins (Fn. 38), S. 10 f., und der Bundesrechtsanwaltskammer (Fn. 26), S. 5.

⁶³ Vgl. Art. 14 Abs. 7 Richtlinie 2014/41/EU (Fn. 6); s. dazu Böse, ZIS 2014, 152 (161).

⁶⁴ Art. 14 Abs. 10 S. 2 des Verordnungsentwurfs (Fn. 2).

⁶⁵ Vgl. die abschließende Liste der Gründe, aus denen eine Vollstreckung der Europäischen Herausgabeordnung abgelehnt werden kann, in Art. 14 Abs. 4 des Verordnungsentwurfs (Fn. 2).

⁶⁶ Vgl. insoweit Art. 5 Abs. 2, Abs. 4 des Verordnungsentwurfs (Fn. 2).

⁶⁷ Art. 15, 16 des Verordnungsentwurfs (Fn. 2); Art. 16 des Verordnungsentwurfs, Rats-Dok. 15292/18, S. 46 ff.

⁶⁸ Art. 17 Abs. 1 und 2 des Verordnungsentwurfs (Fn. 2); Art. 17 Abs. 1 des Verordnungsentwurfs, Rats-Dok. 15292/18, S. 48.

⁶⁹ Böse, Assessment (*Fn.), S. 42 f.

Abrede gestellt werden. Der dafür nach dem Kommissionsvorschlag zu entrichtende Preis, nämlich der Verzicht auf den durch den Vollstreckungsstaat gewährleisteten Grundrechtsschutz, erscheint dafür indes zu hoch. Ein solcher Schritt wäre allenfalls unter der Voraussetzung denkbar, dass für die materiellen Eingriffsvoraussetzungen ein unionsrechtlich harmonisierter Mindeststandard festgelegt wird, der einen effektiven Grundrechtsschutz gewährleistet (vgl. Art. 82 Abs. 2 lit. d AEUV).⁷⁰ Solange ein solcher Standard fehlt, ist die Einbindung des Vollstreckungsstaates ein unverzichtbares Element des Grundrechtsschutzes im Rahmen der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit. Dabei sollte man sich auch vor Augen hal-

ten, dass der Ruf nach einer Beschleunigung und Erleichterung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit den Vollstreckungsstaat auch im Zusammenhang mit anderen Ermittlungsmaßnahmen (z.B. Einfrieren von Vermögensgegenständen⁷¹, heimliche grenzüberschreitende Datenerhebung⁷²) aus seiner Schutzfunktion verdrängen könnte. Diese Sorge sollte Grund genug sein, zunächst die bestehenden Kooperationsinstrumente, insbesondere die erst kürzlich von den Mitgliedstaaten umgesetzte Europäische Ermittlungsanordnung, daraufhin zu prüfen, ob und inwieweit die Möglichkeit besteht, die praktische Zusammenarbeit zu erleichtern und zu verbessern.⁷³

⁷⁰ Da der Vorschlag die Anordnungsvoraussetzungen nach dem jeweils anwendbaren nationalen Recht unberührt lässt, wird auch das mit dem Kommissionsvorschlag verfolgte Ziel, durch eine unionsweite Regelung Rechtssicherheit für Service-Provider und Nutzer zu gewährleisten, nicht erreicht, s. dazu Böse, Assessment (*Fn.), S. 43 ff.

⁷¹ Vgl. insoweit die Verordnung (EU) 2018/1805 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.11.2018 über die gegenseitige Anerkennung von Sicherstellungs- und Einziehungsentscheidungen, ABl. EU L 303/1.

⁷² S. die entsprechenden Überlegungen im Rat, Rats-Dok. 9418/18, S. 2 f.

⁷³ Böse, Assessment (*Fn.), S. 47; s. auch die bereits vom Cybercrime Convention Committee erarbeiteten Empfehlungen und deren Umsetzung in den Vertragsstaaten (Fn. 5).

Der neue Straftatbestand des § 23 GeschGehG und das Whistleblowing

von Prof. Dr. Tobias Reinbacher*

Abstract

Die Umsetzung der RL (EU) 2016/943 im GeschGehG v. 18.4.2019, durch welche die §§ 17-19 UWG abgelöst wurden, enthält mit § 23 GeschGehG ebenfalls eine Strafvorschrift, daneben eine Legaldefinition des Geschäftsgeheimnisses in § 2 Nr. 1 GeschGehG und eine „Ausnahme“ in § 5 Nr. 2 GeschGehG für die Offenbarung rechtswidriger Geschäftspraktiken, die Whistlerblower entlasten soll. Der Beitrag untersucht die Strafbarkeit der Whistleblower nach der neuen Regelung und weist dabei auf einige offene Fragen hin.

I. Einleitung

Cambridge Analytica, Lux-Leaks oder Panama Papers, Whistleblower beherrschen einmal mehr die Schlagzeilen. Auf der Ebene der EU werden vermehrt Ideen entwickelt, um Hinweisgeber besser zu schützen, gerade auch vor strafrechtlichen Konsequenzen. So hat die Kommission am 23.4.2018 einen Vorschlag für eine neue Richtlinie vorgelegt,¹ der Rechtsausschuss des europäischen Parlaments hat dazu am 19.11.2018 Änderungsvorschläge unterbreitet² und Unterhändler der Mitgliedstaaten und des EU-Parlaments haben sich im März 2019 grundsätzlich verständigt. Die weitere europäische Entwicklung bleibt also mit Spannung abzuwarten und im Blick zu behalten.

Das hier untersuchte neue Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/943 zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung (GeschGehG) v. 18.4.2019,³ ist ein Etappenschritt auf diesem Weg, denn neben dem Schutz der Geschäftsgeheimnisse etabliert es auch Regelungen zur Entlastung von Whistleblowern.

Hierzulande wurde insbesondere über die Weitergabe von Steuerdaten-CDs an die Finanzbehörden vehement diskutiert. Dabei standen bislang die §§ 17-19 UWG im Fokus, die eine Offenbarung von Geschäfts- oder Betriebsge-

heimnissen unter Strafe stellten und dabei auch die Whistleblower, die rechtswidrige Vorgänge im Unternehmen aufdecken, der Gefahr einer Strafverfolgung aussetzten. Eine einheitliche Regelung für das Whistleblowing, die etwa ganz grundsätzlich vorgibt, unter welchen Umständen ein solcher Hinweisgeber sanktionslos handeln kann, gibt es in Deutschland hingegen (noch) nicht, entsprechende Initiativen sind mehrfach gescheitert.⁴ Die Frage der Zulässigkeit oder Strafbarkeit war und ist daher im Rahmen des jeweiligen Straftatbestandes zu erörtern.

In Bezug auf eine mögliche Strafbarkeit nach § 17 Abs. 1 UWG wurden in der Vergangenheit bekanntlich sowohl eine Lösung auf der Ebene des Tatbestandes als auch auf der Ebene der Rechtswidrigkeit vorgeschlagen. So wurde teilweise vertreten, bei der Offenbarung von nicht offenkundigen Tatsachen, die sich auf rechtswidrige Praktiken eines Unternehmens beziehen (sog. „illegale Geheimnisse“), sei mangels eines „berechtigten wirtschaftlichen Interesses“ bereits das Tatobjekt Geschäftsgeheimnis zu verneinen, sodass der Whistleblower dieses straflos weitergeben dürfe (Tatbestandlösung).⁵ Nach der Gegenansicht war auch in solchen Fällen ein Geheimnis anzunehmen.⁶ Das Whistleblowing wurde von den Vertretern dieser Ansicht stattdessen auf der Ebene der Rechtswidrigkeit überwiegend an den Voraussetzungen des § 34 StGB gemessen,⁷ was u.a. eine Prüfung der Erforderlichkeit der Offenlegung beinhaltete, sodass in der Regel ein abgestuftes Vorgehen angezeigt war, das zunächst einen internen Abhilfeversuch, sodann den Gang zu den Behörden und erst als ultima ratio eine Weitergabe an die Presse beinhaltete (Rechtswidrigkeitslösung). Ferner verlangt § 34 StGB grds. eine Abwägung der widerstreitenden Interessen.

Einige Stimmen verneinten allerdings die subjektive Komponente des Rechtfertigungsgrundes, wenn ein Whistleblower monetäre Interessen verfolgt, und kamen so zur Strafbarkeit.⁸ Insofern war also das Whistleblowing

* Der Verfasser ist Inhaber einer Professur für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg.

¹ COM(2018) 218 final.

² http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COM-MITTEES/JURI/DV/2018/11-19/Votinglist_Protectionofperson-reportingonbreachesofUnionlaw_EN.pdf (zuletzt abgerufen am 14.5.2019); vgl. dazu auch *Garden/Hieramente*, BB 2019, 963.

³ BGBl. I, S. 466; gem. Art. 6 in Kraft getreten am 26.4.2019.

⁴ Vgl. dazu auch *Reinhardt-Kasperek/Kaindl*, BB 2018, 1332; *Wiedmann/Seyfert*, CCZ 2019, 12 (14).

⁵ *Diemer*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Werkstand: 222. EL (Dezember 2018), § 17 Rn. 16; *Engländer/Zimmermann*, NZWiSt 2012, 328 (333); *Rützel*, GRUR 1995, 557 (558 ff.).

⁶ *Brammsen*, in: MüKo-LauterkeitsR, 2. Aufl. (2014), § 17 Rn. 24; *Janssen/Maluga*, in: MüKo-StGB, Bd. 7 (Nebenstrafrecht II), 2. Aufl. (2015), § 17 UWG Rn. 35; *Koch*, ZIS 2008, 500 (503); *Rahimi Azar*, JuS 2017, 930 (933); *Reinbacher*, in: Leitner/Rosenau, Nomos Kommentar Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (NK-WSS), 2017, § 17 UWG Rn. 23; *ders.*, KriPoZ 2018, 115 (117); *Rengier*, in: Fezer/Büschler/Obergfell, UWG, Kommentar, 3. Aufl. (2016), § 17 Rn. 21; *Wolters*, in: Teplitzky/Peifer/Leistner, Großkommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Nebengesetzen (GK-UWG), 3. Bd., 2. Aufl. (2015), § 17 Rn. 28.

⁷ *Koch*, ZIS 2008, 500 (503); *Reinbacher*, in: NK-WSS (Fn. 6), § 17 UWG Rn. 43; *Rengier*, in: Fezer/Büschler/Obergfell (Fn. 6), § 17 Rn. 47; *Többens*, NStZ 2000, 505 (506), *Wittig*, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. (2017), § 33 Rn. 52a – nach a.A. kommt auf der Ebene der Rechtswidrigkeit zumindest bzgl. der Strafanzeige an die Behörde eine Rechtfertigung gemäß § 158 StPO in Betracht; vgl. *Kaiser*, NStZ 2011, 383 (388); *Satzger*, in: FS Achenbach, 2011, S. 447 (451).

⁸ So etwa *Trüg*, StV 2011, 111 (112) für die Steuerdaten-CDs.

entweder nach der Tatbestandslösung ohne jede Abwägung immer zulässig oder aber der Whistleblower war nach der Rechtswidrigkeitslösung mit einem Risiko belastet und musste in der Regel ein abgestuftes System beachten. Soll es auf eine Interessenabwägung ankommen, im Rahmen welcher sowohl die Interessen der Unternehmensinhaber als auch der Hinweisgeber und der Öffentlichkeit, ggf. inklusive der Strafverfolgungsinteressen, berücksichtigt werden sollen, sprach meines Erachtens mehr für die zweite Lösung, die nicht bereits das Tatobjekt ablehnte, zumal die Rechtswidrigkeit der traditionellen Ort für eine Abwägung der entgegenstehenden Interessen im Einzelfall ist.⁹

Nun muss diese Frage unter Geltung des neuen GeschGehG noch einmal beleuchtet werden. Nachdem sowohl ein Referentenentwurf (RefE) als auch ein Regierungsentwurf (RegE)¹⁰ vorlagen, hat sich der Gesetzgeber nun für eine modifizierte¹¹ Version des RegE entschieden, durch welche die §§ 17-19 UWG aufgehoben und durch das GeschGehG ersetzt werden.¹² In diesem Gesetz ist der zivilrechtliche Schutz der Geschäftsgeheimnisse nun eigenständig geregelt,¹³ aber auch eine Strafnorm ist vorgesehen, die – parallel zum Bereich des Immaterialgüterrechts¹⁴ – akzessorisch zum Zivilrecht ausgestaltet ist. Durch die RL (EU) 2016/943 vom 8. Juni 2016¹⁵ war in verschiedener Hinsicht ein Reformbedarf entstanden, der u.a. auch das Whistleblowing betraf.¹⁶

Von den verschiedenen Möglichkeiten der Umsetzung¹⁷ hat das GeschGehG den Weg eines neuen „Stammgesetzes“ gewählt, da die erforderliche Überführung der Regelungen der RL (EU) 2016/943 in die §§ 17-19 UWG den Rahmen dieser Vorschriften gesprengt hätte, insbesondere weil es sich im Wesentlichen um detaillierte zivilrechtliche Vorgaben inklusive etlicher Verfahrensvorschriften handelt. Das Gesetz ist folgendermaßen aufgebaut: Abschnitt 1 regelt „Allgemeines“. Dort ist in § 1 der Anwendungsbereich festgelegt. In § 2 finden sich Begriffsbestimmungen, in § 3 erlaubte Handlungen, in § 4 Handlungsverbote und in § 5 „Ausnahmen“ von diesen Verboten. Abschnitt 2 regelt in den §§ 6-14 die zivilrechtlichen Ansprüche, Abschnitt 3 in den §§ 15-22 das Verfahren. Die Strafvorschrift des § 23 bildet Abschnitt 4. Die aus strafrechtlicher Sicht augenfälligste Änderung liegt zunächst in der Ausgliederung der Strafvorschriften aus dem UWG und der Überführung in § 23 GeschGehG. Diese Strafvorschrift stellt eine Besonderheit des deutschen Rechts dar, da sie in der – rein zivilrechtlichen – RL (EU) 2016/943 nicht vorgesehen ist. Ein Vergleich zu den geltenden Normen der §§ 17-19 UWG zeigt, dass einige Be-

standteile wortgleich in den neuen Straftatbestand übernommen, andere hingegen neu formuliert wurden.¹⁸ Der wichtigste Unterschied besteht darin, dass die Strafvorschrift ihren eigenständigen Charakter eingebüßt hat und nunmehr Verstöße gegen die zivilrechtlichen Handlungsverbote in § 4 GeschGehG bei Vorliegen bestimmter Absichten des Täters (zur Förderung des eigenen oder fremden Wettbewerbs, aus Eigennutz, zugunsten eines Dritten oder in der Absicht, dem Inhaber eines Unternehmens Schaden zuzufügen) auch strafrechtlich sanktioniert.

Dieser Beitrag kann natürlich nicht zu allen mit diesem neuen Gesetz verbundenen Problemen Stellung nehmen.¹⁹ Er beschränkt sich darauf, die Strafbarkeit des Whistleblowings nach dem geplanten § 23 GeschGehG näher zu betrachten und dabei auf einige offene Fragen hinzuweisen. Für die Strafbarkeit der Whistleblower ist nun insbesondere § 23 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 4 Abs. 2 Nr. 3 GeschGehG einschlägig. Hiernach macht sich strafbar, wer zur Förderung des eigenen oder fremden Wettbewerbs, aus Eigennutz, zugunsten eines Dritten oder in der Absicht, dem Inhaber eines Unternehmens Schaden zuzufügen, entgegen § 4 Abs. 2 Nr. 3 GeschGehG als eine bei einem Unternehmen beschäftigte Person ein Geschäftsgeheimnis, das ihr im Rahmen des Beschäftigungsverhältnisses anvertraut worden oder zugänglich geworden ist, während der Geltungsdauer des Beschäftigungsverhältnisses offenlegt.

II. Tatbestandslösung 1: Das illegale Geschäftsgeheimnis

Die erste hier zu behandelnde Frage betrifft das Tatobjekt. Eine Tatbestandslösung entsprechend der soeben dargestellten Ansicht zu § 17 UWG würde bereits hier eine Strafbarkeit ablehnen. Whistleblower machen sich auch nach § 23 GeschGehG nur dann strafbar, wenn es sich bei dem von ihnen aufgedeckten Sachverhalt überhaupt um ein taugliches Tatobjekt, nämlich um ein Geschäftsgeheimnis, handelt. Der Begriff des Geschäftsgeheimnisses i.S.d. § 17 UWG war nicht im Gesetz festgelegt. Darunter wurde überwiegend jede Tatsache verstanden, die (1.) im Zusammenhang mit einem Unternehmen steht, (2.) nicht offenkundig, sondern nur einem begrenzten Personenkreis bekannt ist, an der (3.) der Betriebsinhaber ein berechtigtes wirtschaftliches Interesse hat und die (4.) nach seinem erkennbaren Willen geheim gehalten werden soll.²⁰

In Art. 2 Nr. 1 RL (EU) 2016/943 ist das Geschäftsgeheimnis hingegen legaldefiniert. Nach Art. 2 Nr. 1 RL (EU) 2016/943 sind Geschäftsgeheimnisse – übereinstimmend mit Art. 39 Abs. 2 TRIPS²¹ – Informationen, die

⁹ Vgl. etwa *Roxin*, AT I, 4. Aufl. (2006), § 10 Rn. 21.

¹⁰ BT-Drs. 19/4724, S. 17.

¹¹ Zu den Modifikationen vgl. die Beschlussempfehlung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drs. 19/8300.

¹² Art. 5 GeschGehG.

¹³ Bisher bestimmt er sich nach den §§ 823 und 826 BGB sowie ggf. analog § 1004 BGB.

¹⁴ Vgl. etwa die §§ 143 MarkenG, 142 PatG und 106 UrhG.

¹⁵ ABl. EU Nr. L 157, S. 1, v. 15.6.2016.

¹⁶ Vgl. dazu *Reinbacher*, KriPoZ 2018, 115.

¹⁷ Vgl. *Reinbacher*, KriPoZ 2018, 115 (120 f.).

¹⁸ Vgl. auch die Erläuterung des RegE in BT-Drs. 19/4624, S. 40 f.

¹⁹ Vgl. zu weiteren Problemen etwa *Brammsen*, BB 2018, 2446; *ders.*, wistra 2018, 449; speziell zum Whistleblowing *Ullrich*, NZWiSt 2019, 65.

²⁰ BGHSt 41, 140 (142); *BGH*, NStZ 2014, 325 (326); *Harte-Bavendamm*, in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig* (zit.: *Harte/Henning*), UWG, Kommentar, 4. Aufl. (2016), § 17 Rn. 1; *Reinbacher*, in: *NK-WSS* (Fn. 6), § 17 Rn. 7; *Rengier*, in: *Fezer/Büschler/Obergfell* (Fn. 6), § 17 Rn. 7; *Wolters*, in: *GK-UWG* (Fn. 6), § 17 Rn. 13.

²¹ Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums v. 15.4.1994, BGBl. II, S. 1730.

a) in dem Sinne geheim sind, dass sie weder in ihrer Gesamtheit noch in der genauen Anordnung und Zusammensetzung ihrer Bestandteile den Personen in den Kreisen, die üblicherweise mit dieser Art von Informationen umgehen, allgemein bekannt oder ohne weiteres zugänglich sind, b) von kommerziellem Wert sind, weil sie geheim sind und c) Gegenstand von den Umständen entsprechenden angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen durch die Person sind, die die rechtmäßige Kontrolle über die Informationen besitzt.

Auch § 2 Nr. 1 GeschGehG enthält nun eine Legaldefinition. Hierin wird das Geschäftsgeheimnis als eine Information definiert, die a) weder insgesamt noch in der genauen Anordnung und Zusammensetzung ihrer Bestandteile den Personen in den Kreisen, die üblicherweise mit dieser Art von Informationen umgehen, allgemein bekannt oder ohne weiteres zugänglich ist und daher von wirtschaftlichem Wert ist, b) Gegenstand von den Umständen nach angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen durch ihren rechtmäßigen Inhaber ist und bei der c) ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung besteht. Eine nähere Betrachtung zeigt, dass die Definition des § 2 Nr. 1 GeschGehG mit derjenigen der Richtlinie nicht ganz deckungsgleich ist. So fasst das GeschGehG zunächst die ersten beiden Voraussetzungen der RL in Unterpunkt a) zusammen. Art. 2 lit. c der RL wird dadurch zu § 2 Nr. 1 lit. b GeschGehG. Das Erfordernis des „berechtigten Geheimhaltungsinteresses“ in § 2 Nr. 1 lit. c GeschGehG ist hingegen nicht ausdrücklich von der RL vorgegeben. Allerdings war bereits im ursprünglichen RegE zu lesen, die neue Legaldefinition des § 2 GeschGehG entspreche „im Wesentlichen“ der von der Rechtsprechung zu § 17 UWG entwickelten Definition²², welche bislang, wie soeben angeführt, nur solche Tatsachen als Geheimnis i.S.d. § 17 UWG erfasst hat, an deren Geheimhaltung objektiv ein „berechtigtes wirtschaftliches Interesse“ des Betriebsinhabers besteht (sog. „Geheimhaltungsinteresse“).²³ Insofern lässt sich sagen, dass das „berechtigtes wirtschaftliche Interesse“ sich nun in zweifacher Form, d.h. in zwei Komponenten, in der neuen Legaldefinition wiederfindet. Denn zum einen muss das Geschäftsgeheimnis einen „wirtschaftlichen Wert“ haben und zum anderen muss ein „berechtigtes Interesse“ an der Geheimhaltung bestehen.

Hinsichtlich beider Komponenten ist zu erörtern, ob sie dazu führen, dass eine Information über ein rechtswidriges Verhalten im Unternehmen, das sog. illegale Geschäftsgeheimnis, bereits als Tatobjekt ausscheidet, wie es

die ehemalige Tatbestandslösung im Hinblick auf § 17 UWG annahm. Zudem ist zu fragen, ob die deutsche Regelung den Vorgaben der Richtlinie Genüge tut.

1. Das bisherige Verständnis des berechtigten Geheimhaltungsinteresses

Das wirtschaftliche Geheimhaltungsinteresse wurde bislang überwiegend weit verstanden. So wurde etwa angenommen, dass nicht nur echtes vermögenswertes Know-how, sondern auch solche Tatsachen, die selbst keinen eigenen Vermögenswert haben, vom wirtschaftlichen Interesse erfasst sind,²⁴ wenn ihr Bekanntwerden für das Unternehmen schädlich wäre,²⁵ weil der Inhaber durch die Offenlegung einen wirtschaftlichen Schaden erleiden²⁶ oder weil dadurch die Wettbewerbsfähigkeit beeinträchtigt oder die Position der Konkurrenten gestärkt werden könnte.²⁷ Hier lässt sich etwa daran denken, dass ein Unternehmen Produktions- und Lieferschwierigkeiten hat oder sich in einer prekären finanziellen Lage befindet.²⁸ Wird diese Information offenbart, so kann es dadurch einen erheblichen wirtschaftlichen Schaden erleiden, weil potenzielle Kunden von Aufträgen oder Banken von Krediten absehen. Ebenso stellte es ein Geheimnis dar, dass das betreffende Unternehmen sich eines bestimmten Verfahrens bedient, selbst wenn das Verfahren selbst bereits bekannt war.²⁹ Im Wesentlichen sollte durch dieses Merkmal verhindert werden, dass der Betriebsinhaber willkürlich die Geheimhaltung von Tatsachen verlangt, an deren Geheimhaltung kein objektiv begründetes Interesse besteht.³⁰

2. Der wirtschaftliche Wert der Information i.S.d. § 2 Nr. 1 lit. a GeschGehG

Haben sich der europäische und der deutsche Gesetzgeber nun insofern der ehemaligen Tatbestandslösung zugewandt, als sie jeweils das explizite Erfordernis des „kommerziellen“ bzw. des „wirtschaftlichen Werts“ der Information i.S.d. Art. 2 Nr. 1 lit. b RL (EU) 2016/943 bzw. des § 2 Nr. 1 lit. a GeschGehG aufgenommen haben? Soll dieses Erfordernis so zu lesen sein, dass die Information selbst – wie Marken, Patente und Urheberrechte³¹ – einen echten wirtschaftlichen Wert im Sinne eines Handelsguts haben (und insofern „verwertbar“ sein) muss? Wäre dies der Fall, so könnte man annehmen, dass die soeben angeführten Grundsätze nicht mehr zutreffen.³²

Für eine solche Sichtweise könnte Erwägungsgrund (14)

²² BT-Drs. 19/4724, S. 24.

²³ BVerfGE 115, 205 (230); *BGH*, GRUR 1955, 424 (426); *Harte-Bavendamm*, in: *Harte/Henning* (Fn. 20), § 17 Rn. 6; *Janssen/Maluga*, in: *MüKo-StGB* (Fn. 6), § 17 UWG Rn. 34; *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, UWG, 37. Aufl. (2019), § 17 Rn. 9; *Reinbacher*, in: *NK-WSS* (Fn. 6), § 17 UWG Rn. 21; *Rengier*, in: *Fezer/Büscher/Obergfell* (Fn. 6), § 17 Rn. 20.

²⁴ *BGH*, GRUR 2006, 1044 (1046); *Diemer*, in: *Erbs/Kohlhaas* (Fn. 5), § 17 UWG Rn. 8a; *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen* (Fn. 23), § 17 Rn. 9.

²⁵ *Brammsen*, in: *MüKo-LauterkeitsR* (Fn. 6), § 17 Rn. 13.

²⁶ *Rengier*, in: *Fezer/Büscher/Obergfell* (Fn. 6), § 17 Rn. 20.

²⁷ *BGH*, GRUR 2006, 1044 (1046); *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitza*, UWG, 7. Aufl. (2016), § 17 Rn. 12; *Reinbacher*, in: *NK-WSS* (Fn. 6), § 17 UWG Rn. 21.

²⁸ *Janssen/Maluga*, in: *MüKo-StGB* (Fn. 6), § 17 UWG Rn. 34.

²⁹ *BGH*, GRUR 1955, 424 (425); *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitza* (Fn. 27), § 17 Rn. 6.

³⁰ *BGH*, GRUR 1955, 424 (426); *Harte-Bavendamm*, in: *Harte/Henning* (Fn. 20), § 17 Rn. 6; *Reinbacher*, in: *NK-WSS* (Fn. 6), § 17 UWG Rn. 21.

³¹ Teilweise wird angenommen, dass das Geschäftsgeheimnis nun zu einem echten Immaterialgüterrecht geworden sei; vgl. *Kiefer*, WRP 2018, 910 – a.A. *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen* (Fn. 23), vor §§ 17-19 Rn. 2.

³² *R. Hauck*, WRP 2018, 1032 (1034); *Kalbfus*, GRUR 2016, 1009 (1011).

der RL (EU) 2016/943 streiten, in dem es heißt: „Darüber hinaus sollte solches Know-how oder sollten solche Informationen einen – realen oder potenziellen – Handelswert verkörpern“.³³ Dies könnte implizieren, dass es nicht mehr ausreicht, dass die Information selbst keinen Vermögenswert hat und nur ihr Nicht-Bekanntwerden für das Unternehmen von wirtschaftlichem, jedenfalls wettbewerbsmäßigem Vorteil ist.³⁴ Dies würde ganz allgemein Informationen über Produktionsschwierigkeiten des Unternehmens etc. ausschließen, bei denen die Offenlegung einen Wettbewerbsnachteil mit sich brächte. Unter Berufung auf diesen Hinweis ließe sich aber insbesondere auch den „illegalen Geheimnissen“ der Geheimnischarakter absprechen. So wird denn auch vorgebracht, dass eine Information über rechtswidrige Vorgänge faktisch keinen Vermögenswert habe.³⁵ Andererseits fährt Erwägungsgrund (14) der RL (EU) 2016/943 im nächsten Satz aber wie folgt fort: „Solches Know-how oder solche Informationen sollten so verstanden werden, dass sie einen Handelswert verkörpern, zum Beispiel wenn ihr unbefugter Erwerb oder ihre unbefugte Nutzung oder Offenlegung die Interessen der Person, die rechtmäßig die Kontrolle über sie ausübt, aller Voraussicht nach dadurch schädigt, dass das wissenschaftliche oder technische Potenzial, die geschäftlichen oder finanziellen Interessen, die strategische Position oder die Wettbewerbsfähigkeit dieser Person untergraben werden.“ Dies klingt nun doch wieder sehr nach dem bisherigen deutschen Verständnis, wenn es ausreichen soll, dass die Offenlegung die strategische Position oder die Wettbewerbsfähigkeit untergräbt.

Zudem spricht Art. 2 Nr. 1 lit. b RL (EU) 2016/943 davon, dass die Information einen kommerziellen Wert hat, „weil sie geheim ist“, was in § 2 Nr. 1 lit. a GeschGehG durch die Wendung „und daher von wirtschaftlichem Wert ist“ umgesetzt wird. Diese Kausalbeziehung deutet darauf hin, dass auch Tatsachen erfasst sind, deren bloße Geheimhaltung für das Unternehmen von wirtschaftlichem Wert ist.³⁶ Auch i.H.a. Art. 39 Abs. 2 TRIPS, an dem sich die Regelung der Richtlinie orientiert, wurde in der Vergangenheit der wirtschaftliche Wert des Geheimnisses in der Literatur schon als inhaltsgleich mit dem „berechtigten wirtschaftlichen Interesse“ der deutschen Definition bezeichnet.³⁷

Es ist zudem zu bedenken, dass auch dann, wenn der bloßen Information über einen Rechtsverstoß selbst kein eigenständiger Vermögenswert zukommen sollte, d.h. wenn

es tatsächlich nicht mehr auf die wirtschaftlichen Auswirkungen auf das Unternehmen ankommen sollte, was, wie gesagt, fraglich ist, zusammen mit dieser schlichten Tatsache regelmäßig auch solche Informationen und Unterlagen mitgeteilt werden, die durchaus einen wirtschaftlichen Wert verkörpern können. Werden z.B. Substanzen oder Objekte in einem Unternehmen produziert, die gesetzlichen Regelungen widersprechen, und werden die Rezepte und Konstruktionspläne offenbart, um den Gesetzesverstoß aufzuzeigen, so haben diese selbst einen wirtschaftlichen Wert.³⁸

Im Rahmen des § 17 UWG spiegelte sich hier im Hinblick auf das „berechtigte wirtschaftliche Interesse“ jedoch auch die Diskussion um den wirtschaftlichen oder juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff wider, wobei nach Letzterem Handelsgüter, die der Rechtsordnung widersprechen, bei normativer Betrachtung keinen Vermögenswert haben.³⁹ So wurde denn auch im Hinblick auf das Tatobjekt des § 17 UWG unter Berufung auf den juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff vertreten, dass „illegale Geheimnisse“ auszuklammern seien, da ihnen im Rahmen einer juristischen Betrachtung kein wirtschaftlicher Wert zukomme und § 17 UWG als Vermögensdelikt einzustufen sei.⁴⁰ Die deutsche Rechtsprechung vertritt hingegen einen rein wirtschaftlichen Vermögensbegriff und zählt etwa auch illegale Betäubungsmittel zum geschützten Vermögen, das durch Erpressung oder Betrug geschädigt werden kann.⁴¹ Insofern könnte auf der Grundlage dieser Rechtsprechung trotz des Bezugs zu einem illegalen Sachverhalt auch den „illegalen Geheimnissen“ ein solcher Vermögenswert zuerkannt werden.⁴² Zudem war gegen diese Ansicht einzuwenden, dass es sich bei § 17 UWG nach h.M. nicht um ein reines Vermögensdelikt handelte.⁴³

3. Das berechtigte Interesse i.S.d. § 2 Nr. 1 lit. c GeschGehG

Die Tatbestandslösung berief sich ferner aber insbesondere darauf, Bestandteil des Geheimnisbegriffs sei das Er-

³³ In der englischen Version: „commercial value“.

³⁴ R. Hauck, WRP 2018, 1032 (1034).

³⁵ A.a.O.

³⁶ So i.E. auch Redeker/Pres/Gittinger, WRP 2015, 681 (683): Wenn die entsprechende Information Einfluss auf die Wettbewerbsposition habe und dem Geheimnisinhaber bei Geheimhaltung einen Vorteil verspreche, so könne man ihr letztlich auch einen kommerziellen Wert zusprechen; vgl. auch die Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Innovation und Wettbewerb zum RefE, S. 3: Die Verschmelzung der Voraussetzungen bekräftige zugleich die Erkenntnis, dass der kommerzielle Wert der Information nur eine begrenzte Rolle spiele. Es sei davon auszugehen, dass Informationen, die Dritten nicht zugänglich seien, dem Inhaber einen Wettbewerbsvorteil verleihen, sodass automatisch ein kommerzieller Wert bestehe. Im Ergebnis seien daher nur triviale Informationen ausgenommen.

³⁷ So etwa McGuire/Joachim/Künzel/Weber, GRUR-Int. 2010, 829 (830).

³⁸ Ullrich, NZWiSt 2019, 65 (67); vgl. auch Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Fn. 23), Vor §§ 17-19 Rn. 16, der insofern differenziert, dass die „Verschleierungssoftware“ für Dieselfahrzeuge einen kommerziellen Wert habe; im Gegensatz dazu lehnt er aber einen wirtschaftlichen Wert von Informationen über Rechtsverstöße, die in einem Unternehmen begangen werden, ab.

³⁹ Vgl. zu diesen Theorien und weiteren Spielarten etwa Kühl, in: Lackner/Kühl, 29. Aufl. (2018), § 263 Rn. 33; Rengier, Strafrecht BT I, 20. Aufl. (2018), § 13 Rn. 121 ff.

⁴⁰ Engländer/Zimmermann, NZWiSt 2012, 328 (333).

⁴¹ BGH, StV 2018, 27; vgl. dazu Bolender/Rinck, famos 4/2018.

⁴² Für einen Vermögenswert Ullrich, NZWiSt 2019, 65 (67).

⁴³ Vgl. zu den Schutzzwecken nach h.M. (primär Geheimhaltungsinteresse des Geschäftsinhabers, mittelbar auch Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb) Reinbacher, in: NK-WSS (Fn. 6), § 17 UWG Rn. 2; Rengier, in: Fezer/Büschler/Obergfell (Fn. 6), § 17 Rn. 4.

fordernis eines „berechtigten“ wirtschaftlichen Interesses.⁴⁴ Ein solches bestehe aber nicht bei Vorgängen, die der Rechtsordnung zuwiderlaufen. Mit anderen Worten soll niemand ein „berechtigtes Interesse“ daran haben, Straftaten zu verbergen, sodass darin vielleicht ein wirtschaftliches Interesse liegen kann, nicht aber ein normativ „berechtigtes“.

Der Wortlaut der Legaldefinitionen des § 2 Nr. 1 GeschGehG sieht ein solches „berechtigtes Interesse“ – entgegen Art. 2 Nr. 1 RL (EU) 2016/943 und anders als der RefE und der RegE – nun explizit vor. Daher stellt sich zuvorderst die Frage, ob die nun getroffene Regelung überhaupt richtlinienkonform ist, da in der Definition des Geschäftsgeheimnisses in Art. 2 Nr. 1 RL (EU) 2016/943 ein solches „berechtigtes Interesse“ nicht enthalten ist. Zu bedenken ist ferner, dass es in der RL gerade darum ging, eine „homogene Definition des Begriffs [...] festzulegen“.⁴⁵ Insofern ließe sich bereits aus diesem Grunde annehmen, ein „berechtigtes“ Interesse sei gar kein Bestandteil des europäischen Geheimnisbegriffs mehr.⁴⁶ Der Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, dessen Beschlussempfehlung sich letztlich durchsetzen konnte, verweist jedoch auf die Erwägungsgründe der RL (EU) 2016/943.⁴⁷ Dort heißt es in Erwägungsgrund (14): „Eine solche Definition sollte daher so beschaffen sein, dass sie Know-how, Geschäftsinformationen und technologische Informationen abdeckt, bei denen sowohl ein legitimes Interesse an ihrer Geheimhaltung besteht als auch die legitime Erwartung, dass diese Vertraulichkeit gewahrt wird“.⁴⁸ Der Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz meint insofern, seine nun Gesetz gewordene Änderung „folge“ aus diesem Erwägungsgrund,⁴⁹ dessen Ausführungen er in die Definition des Art. 2 der RL scheinbar hineinliest.⁵⁰

Allerdings ist zu beachten, dass Erwägungsgründe nach der Rechtsprechung des *EuGH* „rechtlich nicht verbindlich sind und weder herangezogen werden können, um von den Bestimmungen des betreffenden Rechtsakts abzuweichen, noch, um diese Bestimmungen in einem Sinne auszulegen, der ihrem Wortlaut offensichtlich widerspricht.“⁵¹ Daher sind Zweifel an der Richtlinienkonformität des § 2 Nr. 1 lit. c GeschGehG nicht von der Hand zu weisen,⁵² da Art. 2 RL 2016/943 insofern alleine unter Berufung auf die Erwägungsgründe nicht entsprechend geändert werden darf, wenn dies einen Widerspruch zu ihrem Wortlaut bedeutet. Immerhin wird die Definition des Geschäftsgeheimnisses dort durch ein normatives Merkmal ergänzt, das in der RL so nicht vorgesehen ist.

Möglicherweise lässt sich das „legitime Interesse“, von dem in Erwägungsgrund (14) die Rede ist, als Bestandteil der Voraussetzung des „wirtschaftlichen Werts“ desselben ansehen⁵³ – wie es ja auch der bisherigen Interpretation unter Geltung des § 17 UWG entsprach, die wie dargestellt auf ein berechtigtes wirtschaftliches Interesse abstellte. Problematisch ist daran aber, dass der Wortlaut der Definition insofern zwei getrennte Begriffsmerkmale enthält, deren zweites, das berechnete Interesse, dann überflüssig wäre, weil es in unionsrechtskonformer Auslegung – und in Übereinstimmung mit der bisher h.M. zu § 17 UWG – schon mit dem Erfordernis des wirtschaftlichen Werts verknüpft wäre.

Aber lassen wir die Unionsrechtskonformität der Regelung einmal kurz beiseite und widmen uns der inhaltlichen Frage, ob dieses Merkmal tatsächlich die sog. „illegalen Geheimnisse“ ausschließt. Der Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz führte neben den Erwägungsgründen der RL an, mit der Aufnahme des „berechtigten Interesses“ sei zudem der Begriffsbestimmung des *BVerfG* Rechnung getragen.⁵⁴ Schon in der Begründung zum RegE wurde vorgetragen, der Begriff des Geschäftsgeheimnisses im GeschGehG stehe „im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung zum Begriff des Geschäftsgeheimnisses, wonach solche Informationen geschützt sind, an deren Nichtverbreitung der Rechtsträger ein berechtigtes Interesse hat.“⁵⁵ Soll das explizit aufgenommene Tatbestandsmerkmal des „berechtigten Interesses“ die „illegalen Geheimnisse“ jetzt also ausschließen⁵⁶ oder sollen die gleichen Erwägungen gelten wie zuvor?

Unter Geltung des Geheimnisbegriffs des § 17 UWG wurde zu Recht überwiegend angenommen, die sog. „illegalen Geheimnisse“ seien vom Geheimnisschutz erfasst. Geschäftsdaten eines Unternehmens werden gegenüber Dritten nicht weniger schutzbedürftig, weil sich daraus eine Steuerhinterziehung ergibt, eine Software verliert ihren Wert nicht dadurch, dass mit ihr manipuliert wird, vertrauliche Unterlagen über die Produktion des Unternehmens wie Rezepte oder Konstruktionspläne sollten nicht der allgemeinen Kenntnis zustehen, nur weil sich daraus Rechtsverstöße ergeben etc. Der Hintergrund liegt u.a. darin, dass dem Merkmal des „berechtigten wirtschaftlichen Interesses“ im Wesentlichen bislang, wie erläutert, die Funktion der Verhinderung von Willkür zukam.⁵⁷ Es ging dabei um den Ausschluss von Belanglosigkeiten, die objektiv keinerlei wirtschaftlichen Wert für das Unternehmen haben. Dies ist eine nachvollziehbare und wichtige Beschränkung, die sich aber auch jetzt noch halten lässt.

⁴⁴ So etwa *Diemer*, in: Erbs/Kohlhaas (Fn. 5), § 17 UWG Rn. 16; *Engländer/Zimmermann*, NZWiSt 2012, 328 (333); *Rützel*, GRUR 1995, 557 (558 ff.).

⁴⁵ Erwägungsgrund (14) zur RL (EU) 2016/943; Abl. EU Nr. L 157, S. 4.

⁴⁶ So wohl *Ullrich*, NZWiSt 2019, 65 (67).

⁴⁷ BT-Drs. 19/8300, S. 13 f.

⁴⁸ Abl. EU Nr. L 157, S. 4.

⁴⁹ BT-Drs. 19/8300, S. 13 f.

⁵⁰ So wohl auch *R. Hauck*, WRP 2018, 1032 (1033 ff.).

⁵¹ *EuGH*, Rs. C-345/13 – Karen Müller Fashions/Dunnes, Rn. 31, GRUR 2014, 774 (775).

⁵² So erklärte die Bundesregierung, der Handlungsspielraum des deut-

schen Gesetzgebers werde überschritten, da die Richtlinie einen europaweit einheitlichen Begriff des Geschäftsgeheimnisses schaffen wolle, den einzelne Mitgliedstaaten nicht durch zusätzliche Tatbestandsmerkmale einschränken dürften, BT-Drs. 19/8300, S. 12. Auch der Fachbereich Europa des Bundestages kam in einer Kurzinformation (PE 6 -3000 - 020/19) zu diesem Ergebnis.

⁵³ So wohl *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson (Fn. 23), § 17 Rn. 9.

⁵⁴ BT-Drs. 19/8300, S. 14.

⁵⁵ BT-Drs. 19/4724, S. 24.

⁵⁶ Vgl. *R. Hauck*, WRP 2018, 1032 (1034) zum „legitimen Interesse“ in Erwägungsgrund (14).

⁵⁷ *Diemer*, in: Erbs/Kohlhaas (Fn. 5), § 17 UWG Rn. 15; *Harte-Bavendamm*, in: Harte/Henning (Fn. 20), § 17 Rn. 6.

Ganz in diesem Sinne sollen nämlich ausweislich Erwägungsgrund (14) der RL (EU) 2016/943 „belanglose Informationen“ ausgeschlossen sein. Soll also der neue Begriff „im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung zum Begriff des Geschäftsgeheimnisses stehen, wonach solche Informationen geschützt sind, an deren Nichtverbreitung der Rechtsträger ein berechtigtes Interesse hat“, so könnte dies bedeuten, dass der Gesetzgeber davon ausging, dass sich ebendiese Rechtsprechung, die beim Geheimhaltungsinteresse gerade nicht restriktiv vorging und die ihm bekannt war, fortsetzen soll. Da es um ein berechtigtes wirtschaftliches Interesse ging, kam es darauf an, ob es für den Betrieb von wirtschaftlicher Bedeutung war. Soll dem Merkmal nun aber wegen der Aufteilung seiner beiden Komponenten – wirtschaftlicher Wert der Information in § 2 Nr. 1 lit. a und berechtigtes Interesse in § 2 Nr. 1 lit. c – nun eine normative Korrektivfunktion zukommen, die über den Ausschluss von Willkür und Bagatellen bzw. den wirtschaftlichen Wert für das Unternehmen hinausgeht und eine strengere Wertungsebene bereits innerhalb der Definition des Geschäftsgeheimnisses einführt,⁵⁸ also schon beim Tatobjekt des § 23 GeschGehG? Dies wäre dann erst recht am Unionsrecht zu messen, weil insofern der Schutz der Geschäftsgeheimnisse gegenüber dem europäischen Rechtsakt eingeschränkt wäre.

Zur Beurteilung dieser Frage muss aber auch die Systematik des Gesetzes in Betracht gezogen werden. Schon in der Richtlinie werden die Definition des Geheimnisses in Art. 2 Nr. 1 RL (EU) 2016/943 und die „Ausnahmen“ in Art. 5 lit. b RL (EU) 2016/943 getrennt behandelt und die entsprechende Schranke setzt in ihrer deutschen Fassung eine Absicht, das allgemeine öffentliche Interessen zu schützen, voraus. Die rechtswidrigen Vorgänge werden also nicht im Rahmen des Geheimnisbegriffs abgearbeitet und auch nicht grundsätzlich vom Geheimnisschutz ausgenommen.⁵⁹

Dem folgt auch die Systematik des GeschGehG. Im RegE war § 5 noch als (zivilrechtlicher) Rechtfertigungsgrund ausgestaltet. Schon in der Überschrift wurde explizit klar gestellt, dass es sich um einen „Rechtfertigungsgrund“ handeln sollte und auch die Erläuterungen im RegE bestätigten dies.⁶⁰ Dort wurde ferner angeführt, dass § 5 GeschGehG auch auf die Strafvorschrift des § 23 GeschGehG anwendbar sei.⁶¹ Dies beantwortete zwar noch nicht die Frage, ob dieser zivilrechtliche „Rechtfertigungsgrund“ strafrechtsdogmatisch ebenfalls erst auf der Rechtswidrigkeitsebene zu beachten sein sollte,⁶² jedoch kam dadurch jedenfalls die Zweiteilung zwischen Tatbestand und ausnahmsweiser „Rechtfertigung“ der Handlung zum Ausdruck, was zumindest implizierte, dass

zivilrechtlich der Tatbestand erfüllt sein sollte und das „illegale Geheimnis“ insofern ein taugliches Tatobjekt bildete.

Nun hat der Gesetzgeber vom Konzept der Rechtfertigung im Einzelfall Abstand genommen, an dessen Unionsrechtskonformität sich ebenfalls zweifeln ließ, da die RL eine generelle „Ausnahme“ fordert. Im Wortlaut des § 5 GeschGehG heißt es jetzt: „Die Erlangung, die Nutzung oder die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses [*sic!*] fällt nicht unter die Verbote des § 4, wenn dies zum Schutz eines berechtigten Interesses erfolgt, insbesondere [...] zur Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung oder eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens, wenn die Erlangung, Nutzung oder Offenlegung geeignet ist, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen“. Der Wortlaut dieser „Ausnahme“ impliziert, dass in diesem Fall ein Geschäftsgeheimnis vorliegt. Zudem würden ihre (unionsrechtlich determinierten) Voraussetzungen umgangen, wenn man bereits das Tatobjekt Geschäftsgeheimnis ausschliesse.⁶³ Es wurde auch zuvor schon moniert, dass das Merkmal des „berechtigten Geheimhaltungsinteresses“ eine Abwägung im Geheimnisbegriff suggeriere, die klassischerweise erst auf der Rechtswidrigkeitsebene zu führen sei,⁶⁴ und eine Anpassung an den Begriff des Art. 39 Abs. 2 TRIPS gefordert,⁶⁵ der seinem Wortlaut nach nicht auf ein normatives „berechtigtes Geheimhaltungsinteresse“ abstellt, sondern stattdessen fordert, dass die Informationen „einen wirtschaftlichen Wert haben, weil sie geheim sind“. Eine solche Anpassung ist nun zunächst wortgleich durch Art. 2 Nr. 1 RL (EU) 2016/943 und sodann jedenfalls in sehr ähnlicher Form auch durch § 2 Nr. 1 GeschGehG erfolgt, könnte aber durch das Anknüpfen an das berechnigte Interesse in lit. c) wieder zurückgenommen sein.⁶⁶

Es ist nach alledem bedauerlich, dass die Motive des Gesetzgebers sich nicht dazu äußern, wie er es mit den „illegalen Geheimnissen“ halten will.⁶⁷ Allerdings ist das GeschGehG richtlinienkonform auszulegen und die nähere Bestimmung des Geheimnisbegriffs im Sinne der Richtlinie letztlich Sache des *EuGH*, der klären muss, ob „illegale Geheimnisse“ aus dem Anwendungsbereich herausfallen sollen oder nicht.

Eine Möglichkeit, zumindest im Strafrecht zu einer anderen Bewertung zu gelangen, bestünde letztlich darin, den strafrechtlichen Begriff des Geschäftsgeheimnisses gemäß § 23 GeschGehG abweichend vom zivilrechtlichen Begriff des § 2 GeschGehG zu bestimmen. Dies wäre zwar insofern unionsrechtlich zulässig als die Richtlinie sich gar nicht auf das Strafrecht bezieht und der strafrecht-

⁵⁸ So *R. Hauck*, WRP 2018, 1032 (1034 f., 1036) zum RefE, der lit. c) noch nicht vorsah. Dies gilt insbesondere dann, wenn durch dieses Merkmal über das wirtschaftliche Interesse hinaus normative Erwägungen zum Tragen kommen sollen, wie es *R. Hauck* fordert.

⁵⁹ *Reinbacher*, KriPoZ 2018, 115 (119).

⁶⁰ BT-Drs. 19/4724, S. 28.

⁶¹ A.a.O.

⁶² Siehe dazu noch unten III. 1.

⁶³ *Ullrich*, NZWiSt 2019, 65 (67) – a.A. *R. Hauck*, WRP 2018, 1032 (1037): Dies sei im Dienste der Tatbestandslösung „hinzunehmen“.

⁶⁴ *Brammsen*, in: MüKo-Lauterkeitsrecht (Fn. 6), § 17 Rn. 24; *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitzer* (Fn. 27), § 17 Rn. 12.

⁶⁵ *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitzer* (Fn. 27), § 17 Rn. 12.

⁶⁶ *Brammsen*, BB 2018, 2446 (2449), sieht darin eine „Systemwidrigkeit“ und den „unangefochtenen Hauptmangel“, da die „selbstgesetzte Grenze“ zwischen Tatbestand und Rechtswidrigkeit wieder beseitigt werde.

⁶⁷ So auch *Ullrich*, NZWiSt 2019, 65 (67).

liche Schutz der Geschäftsgeheimnisse als ultima ratio insofern hinter dem zivilrechtlichen zurückbleiben könnte. Auch die Ausnahme in Art. 5 RL (EU) 2016/943 würde dadurch nicht entwertet, weil der Strafbarkeit des Whistleblowers ein viel weitergehender Riegel vorgeschoben würde. Auch dies scheint mir aber nicht der Systematik des GeschGehG zu entsprechen, dessen § 2 eine für das ganze Gesetz geltende Begriffsbestimmung vornimmt. § 23 GeschGehG hat einen akzessorischen Charakter, indem Verstöße gegen die zivilrechtlichen Handlungsverbote des § 4 GeschGehG strafrechtlich sanktioniert werden. Damit stünde es nicht im Einklang, wenn im Rahmen des § 23 GeschGehG – etwa i.H.a. den juristisch-ökonomischen strafrechtlichen Vermögensbegriff – eine andere Interpretation vorgenommen würde. Nach alledem ist davon auszugehen, dass auch „illegale Geheimnisse“ ein Geschäftsgeheimnis i.S.d. §§ 2, 23 GeschGehG sein können.

III. Tatbestandslösung 2: Die „Ausnahme“ gemäß § 5 Nr. 2 GeschGehG

Nähere Betrachtung verdient daher die das Whistleblowing unmittelbar betreffende Regelung des § 5 Nr. 2 GeschGehG, die Art. 5 lit. b) RL (EU) 2016/943 umsetzt. Schon der RegE erläuterte, dass § 5 GeschGehG auch auf die Strafvorschrift des § 23 GeschGehG anwendbar ist.⁶⁸

1. Die „Rechtfertigungsgründe“ des RegE

Im RegE war § 5 GeschGehG noch als (zivilrechtlicher) „Rechtfertigungsgrund“ ausgestaltet, was nicht mit der Bezeichnung in Art. 5 RL (EU) 2016/943, in der von „Ausnahmen“ die Rede ist, korrespondierte,⁶⁹ sodass durchaus klärungsbedürftig war, ob es sich um eine unionsrechtskonforme Umsetzung gehandelt hätte. Aus strafrechtsdogmatischer Sicht interessant war aber die Frage, ob dieser zivilrechtliche „Rechtfertigungsgrund“ auch im Straftataufbau erst die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen hätte oder ob er schon auf der Tatbestandsebene zu beachten gewesen wäre.

§ 17 UWG enthielt stattdessen das Merkmal „unbefugt“, dessen Einordnung streitig war. Manche sahen darin ein Tatbestandsmerkmal, andere hingegen einen Hinweis auf die fehlende Rechtswidrigkeit.⁷⁰ Der Gesetzgeber hat in § 23 GeschGehG auf dieses Merkmal verzichtet und führt dazu aus, dass es gestrichen wurde, „da durch die Bezugnahme auf die einzelnen Handlungsverbote in § 4 GeschGehG deutlich wird, dass nur eine auch zivilrechtlich rechtswidrige Handlung nach dem GeschGehG unter

die Strafvorschriften fallen kann“. Dies klang schon in der Version des RegE nach einem Tatbestandsausschluss, da eine zivilrechtlich nicht rechtswidrige Handlung nicht „unter die Strafvorschrift fallen“ sollte, was wiederum den akzessorischen Charakter des § 23 GeschGehG betonte. Wer hingegen die Bezeichnung als „Rechtfertigungsgrund“ und den Hinweis in der Begründung zu § 5 GeschGehG, dass dieser auch auf § 23 GeschGehG „anwendbar“ sei, ernst nahm, hätte wohl auch im Strafrecht einen Rechtfertigungsgrund angenommen.⁷¹

2. Die Umgestaltung zur „Ausnahme“ im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

Nach der neuen Formulierung des § 5 GeschGehG fallen „[d]ie Erlangung, die Nutzung oder die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses [...] nicht unter die Verbote des § 4“. Die Begründung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz erläutert, dass § 5 von einem Rechtfertigungsgrund in eine Tatbestandsausnahme umgestaltet worden sei.⁷² Dogmatisch ist dies nun so konstruiert, dass eine Handlung, die unter § 5 subsumiert werden kann, „nicht unter die Verbote des § 4 fällt“, d.h. es handelt sich um eine Ausnahme vom zivilrechtlichen Verbotstatbestand des § 4. Dies kann nur bedeuten, dass eine solche Handlung auch im Strafrecht nicht den Tatbestand erfüllt, weil der zivilrechtliche Verbotstatbestand, an den die Strafnorm hier anknüpft, nicht greift. Dies entspricht einer quasi vorgelagerten Prüfung der Zivilrechtswidrigkeit, bevor das Strafrecht mit seinen staatlichen Sanktionen greift.

Betrachtet man zum Vergleich etwa die Regelungen des Immaterialgüterstrafrechts, so wirken die zivilrechtlichen Schranken der Rechte der Inhaber der Immaterialgüterrechte auch dort regelmäßig tatbestandsausschließend. Das ist zwar teilweise dem Wortlaut der Strafvorschriften geschuldet, da etwa bereits der Tatbestand des § 143 MarkenG voraussetzt, dass der Täter „widerrechtlich“ handelt, was hier Zivilrechtswidrigkeit bedeutet, und der Tatbestand des § 106 UrhG, dass kein „gesetzlich zugelassener Fall“ vorliegt, wobei das Urheberzivilrecht die gesetzlich zugelassenen Fälle bestimmt. Aber auch bei § 142 PatG ist es ohne eine entsprechende Fassung der Strafvorschrift anerkannt, dass die zivilrechtlichen Ausnahmen bereits den strafrechtlichen Tatbestand ausschließen,⁷³ was deren akzessorischem Charakter gerecht wird. Was zivilrechtlich zulässig ist, erfüllt hier schon nicht den strafrechtlichen Tatbestand. Ebenso ist im Rahmen des § 23 GeschGehG die Ausnahme des § 5 GeschGehG nun als Tatbestandsausschluss konzipiert. Hintergrund dieser Änderung war, dass einige Sachverständige im Gesetzgebungsverfahren Bedenken geäußert hatten, dass bereits

⁶⁸ BT-Drs. 19/4724, S. 28.

⁶⁹ Vgl. Reinhardt-Kasperek/Kaindl, BB 2018, 1332 (1335); ferner die Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Innovation und Wettbewerb zum RefE, S. 10.

⁷⁰ Für Tatbestandsmerkmal etwa Janssen/Maluga, in: MüKo-StGB (Fn. 6), § 17 UWG Rn. 52 f.; für allgemeines Verbrechensmerkmal und Verweis auf Rechtfertigungsebene Brammsen, in: MüKo-LauterkeitsR (Fn. 6), § 17 Rn. 55; Krell, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. (2017), § 17 UWG Rn. 64; Reinbacher, in: NK-WSS (Fn. 6), § 17 UWG Rn. 40; Wolters, in: GK-UWG (Fn. 6), § 17 Rn. 58.

⁷¹ So wohl Ullrich, NZWiSt 2019, 65 (69).

⁷² BT-Drs. 19/8300, S. 14.

⁷³ Vgl. Reinbacher, in: NK-WSS (Fn. 6), § 142 PatG Rn. 34; Zimmermann, in: Graf/Jäger/Wittig (Fn. 70), § 142 PatG Rn. 24.

die Erfüllung eines Verbotstatbestandes eine abschreckende Wirkung für die Arbeit von Journalisten haben könnte.⁷⁴ Dem wollte der Gesetzgeber entgegenwirken. Auch dies belegt i.Ü., dass in einem solchen Fall ein Geschäftsgeheimnis vorliegt.

3. Ausgewählte Probleme des § 5 Nr. 2 GeschGehG

§ 5 Nr. 2 GeschGehG lautet also nun in seiner neuen Fassung: „Die Erlangung, die Nutzung oder die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses fällt nicht unter die Verbote des § 4, wenn dies zum Schutz eines berechtigten Interesses erfolgt, insbesondere [...] zur Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung oder eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens, wenn die Erlangung, Nutzung oder Offenlegung geeignet ist, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen“. Abweichend davon verlangt die deutsche Fassung des Art. 5 lit. b RL (EU) 2016/943 ein Vorgehen „zur Aufdeckung eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens oder einer illegalen Tätigkeit, sofern der Antragsgegner in der Absicht gehandelt hat, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen“. Aus der „Absicht, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen“ des Art. 5 lit. b RL (EU) 2016/943, die sich noch im RegE wiederfand, ist nun also eine (objektive) „Eignung, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen“ geworden.

a) Zum Wegfall des Absichtsmerkmals

Im neuen § 5 GeschGehG wurde also von dem im RegE vorgesehenen Kriterium der Absicht des Whistleblowers, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen, abgesehen und stattdessen die Eignung, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen, aufgenommen. Als Grund dafür führte der Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz zunächst an, es habe sich in der deutschen Fassung des Art. 5 RL (EU) 2016/943 um einen „Übersetzungsfehler“ gehandelt, denn der Begriff „purpose“ in der englischen Fassung („provided that the respondent acted for the purpose of protecting the general public interest“) sei besser mit „Zweck“ als mit „Absicht“ zu übersetzen gewesen.⁷⁵ Damit sollte dem Vorwurf der „Gesinnungsprüfung“, der im Gesetzgebungsverfahren teilweise erhoben worden war,⁷⁶ entgangen werden. Zudem werde dadurch klargestellt, dass auf die konkrete Handlung abzustellen sei.⁷⁷ Die Handlung müsse erfolgen, um das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen. So werde deutlicher, dass das Geschäftsgeheimnis nur zur Abwehr von tatsächlichen oder gutgläubig angenommenen Verletzungen oder Gefährdungen öffentlicher Interessen offengelegt werden dürfe.⁷⁸ Abgesehen davon, dass die letzten beiden Sätzen doch wieder subjektiv klingen, sollte mit dem Verzicht auf das Absichtserfordernis letztlich klargestellt werden,

dass auch „Mischmotivationen“ erfasst werden.⁷⁹

Inhaltlich erscheint es mir durchaus richtig, im letzteren Sinne eine Strafflosigkeit auch dann anzunehmen, wenn der Whistleblower neben dem Ziel der Offenlegung eines Missstandes auch andere, z.B. monetäre, Interessen verfolgt. Ob dies aber nicht auch unter Geltung des Absichtsmerkmals hätte durchgesetzt werden können, ist fraglich. Nach meinem Dafürhalten lässt sich auch Art. 5 lit. b RL (EU) 2016/943 so interpretieren, dass ein Handeln, das nicht ausschließlich auf den Schutz des öffentlichen Interesses gerichtet ist, ebenfalls privilegiert ist.⁸⁰ Auch bei § 34 StGB nimmt die m.E. zutreffende Ansicht an, dass der Gefahrabwendungswille nicht den einzigen Beweggrund bilden muss.⁸¹ In der Begründung zum RegE war klargestellt worden, dass die entsprechende Absicht nicht das alleinige Motiv sein musste, allerdings sollte sie das dominierende Motiv sein.⁸²

Diese durch das explizite Absichtserfordernis (und die Begründung des Gesetzgebers) immerhin indizierte Auslegung ist nun passé. Da der Wortlaut nun aber gar keine Absicht des Whistleblowers mehr im Hinblick auf den Schutz öffentlicher Interessen fordert, muss eine solche Absicht nicht neben anderen Intentionen zumindest auch vorliegen, sondern sie muss gar nicht gegeben sein, es sei denn, man verlangt für den Tatbestandsausschluss ein „subjektives Rechtfertigungselement“ bzw. ein „subjektives Tatbestandsausschlusselement“ im Sinne eines Vorsatzes i.H.a. die Eignung zum Schutz des öffentlichen Interesses. Der abweichende Wortlaut kollidiert aber jedenfalls mit den Vorgaben der deutschen Fassung des Art. 5 lit. b RL (EU) 2016/943. Ob dort insofern tatsächlich ein Übersetzungsfehler vorliegt, ob ein Absichtserfordernis im Englischen eher mit „intention“ oder „intent“ aufgenommen worden wäre und wie diese Ausnahme im Ergebnis zu interpretieren ist, lässt sich mit den zur Verfügung stehenden Informationen nicht abschließend beurteilen und ist seitens des *EuGH* zu klären.

Jedenfalls stellt die aktuelle Gesetzesfassung mit der objektiven Eignung eine weitere Voraussetzung für das Whistleblowing auf, während die Richtlinie insofern nur ein subjektiv zweckgerichtetes Handeln fordert. Wenn die zwingende Vorgabe des Art. 5 lit. b RL (EU) 2016/943 jedoch eine objektive Eignung nicht verlangt, so schränkt das deutsche Gesetz das Whistleblowing insofern ein.⁸³ Dabei ist zu beachten, dass es sich bei Art. 5 lit. b RL (EU) 2016/943 um eine Vollharmonisierung handelt, denn gemäß Art. 1 Abs. 1 UA. 2 lit. b RL (EU) 2016/943 dürfen die Mitgliedstaaten zwar einen weitergehenden Schutz der Geschäftsgeheimnisse vorsehen, aber nur, sofern gewährleistet ist, dass bestimmte Regelungen, darunter Art. 5 lit. b RL (EU) 2016/943 eingehalten werden.⁸⁴

⁷⁴ BT-Drs. 19/8300, S. 14; vgl. insofern auch den Antrag der Fraktion DIE LINKE, BT-Drs. 19/7704, S. 1.

⁷⁵ BT-Drs. 19/8300, S. 14.

⁷⁶ Vgl. etwa den Antrag der Fraktion DIE LINKE, BT-Drs. 19/7704, S. 2; ferner die Stellungnahme von ARD, ZDF und Deutschlandfunk zum RefE v. 18.5.2018, S. 3.

⁷⁷ BT-Drs. 19/8300, S. 14.

⁷⁸ A.a.O.

⁷⁹ A.a.O.

⁸⁰ Siehe bereits Reinbacher, KriPoZ 2018, 115 (118).

⁸¹ Zieschang, in: LK-StGB, Bd. 2, 12. Aufl. (2006), § 34 Rn. 47.

⁸² BT-Drs. 19/4724, S. 29.

⁸³ Die Bundesregierung ging daher auch davon aus, dass der deutsche Gesetzgeber insofern seine Kompetenz überschreite, BT-Drs. 19/8300, S. 12 f.

⁸⁴ Alexander, WRP 2017, 1034 (1036); Reinbacher, KriPoZ 2018, 115 (119).

b) *Zur Frage der objektiven oder subjektiven Bestimmung der weiteren Voraussetzungen der Ausnahme*

Es fragt sich jedoch, inwieweit in der aktuellen Fassung trotz Streichung des Absichtsmerkmals weiterhin subjektive Komponenten des Handelns eine Rolle spielen. An zwei Stellen lässt sich § 5 Nr. 2 GeschGehG nämlich (auch) subjektiv lesen. So muss die Handlung „zum Schutz eines berechtigten Interesses“ sowie konkret „zur Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung oder eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens“ erfolgen. Anders als beim ehemaligen Absichtsmerkmal verhalten sich die Gesetzesbegründungen nicht dazu, ob diese Merkmale objektiv oder subjektiv zu bestimmen sind.⁸⁵ Die Formulierungen „zum“ und „zur“ deuten einerseits auf einen subjektiven Einschlag hin bzw. ließen sich sogar *rein subjektiv* lesen, sodass es nur darauf ankäme, ob der Whistleblower mit der entsprechenden Absicht handelt. Allerdings könnte die besondere Betonung des Gesetzgebers „Die Rechtfertigung nach Nr. 2 erfordert subjektiv, dass die das Geschäftsgeheimnis offenlegende Person in der Absicht handelt, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen“,⁸⁶ andererseits bedeuten, dass die anderen Merkmale des § 5 Nr. 2 GeschGehG *objektiv* zu bestimmen sind.

Dies betrifft insbesondere die Frage, ob das Merkmal des „berechtigten Interesses“ einer solchen objektiven Beurteilung unterzogen werden muss oder ob alleine die Sicht des Offenbarenden Ausschlag gebend dafür ist, ob ein Interesse „berechtigt“ ist, d.h. seine Intention, ein seiner Meinung nach berechtigtes Interesse zu schützen. Diesbezüglich führt die Begründung zum RegE aus, dass darunter jedes von der Rechtsordnung gebilligte Interesse falle und es auch Interessen wirtschaftlicher oder ideeller Art umfasse.⁸⁷ Gesetzessystematisch handelt es sich hierbei indes um eine Generalklausel, die durch die folgenden Nummern, also auch durch Nr. 2, näher präzisiert wird, da diese mit dem Wort „insbesondere“ eingeleitet werden.⁸⁸ Ist dies aber so, so bedeutet dies, dass die Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung oder eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens konkrete Beispiele für solche berechtigten Interessen sind. Nur außerhalb der genannten drei Fallgruppen bleibt die Generalklausel dann ihrerseits noch relevant. In Art. 5 RL (EU) 2016/943 kommt dies dadurch zum Ausdruck, dass der Schutz eines anerkannten legitimen Interesses als eigener Buchstabe d) aufgeführt ist, also als Auffangtatbestand.

Das enthebt aber nicht von der Frage des Prüfungsmaßstabs des Handelns „zur Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung oder eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens“. Hier hat der Gesetzgeber zunächst einmal erklärt, was unter einem solchen Fehlverhalten zu verstehen sein kann, nämlich Aktivitäten, die ein unethisches Verhalten darstellen, aber nicht notwendigerweise gegen Rechtsvorschriften verstoßen, wie etwa Auslandsaktivitäten eines Unternehmens, die in den betreffenden Ländern

nicht rechtswidrig sind.⁸⁹ Der Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz erläuterte im Zusammenhang mit dem neuen Merkmal der „Eignung, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen“, dass die Objektivierung der Formulierung ihrerseits klarstelle, dass sich die Bestimmung des „sonstigen Fehlverhaltens“ „nach dem allgemeinen objektivierbaren Rechtsverständnis“ richtet.⁹⁰ Damit soll also offenbar zumindest hier ein *objektiver Maßstab* dahingehend gelten, was allgemein als unethisch gilt, und nicht alleine Ausschlag gebend sein, ob der Täter das Verhalten subjektiv für unethisch hält. Hier ist nicht der Raum, um dieses durchaus problematische Merkmal des „unethischen“ Verhaltens näher zu untersuchen, sondern es soll hier nur festgehalten werden, dass diese Ausführungen und die Verobjektivierung des ehemaligen Absichtsmerkmals jedenfalls für eine *objektive Prüfung* streiten. Denn, wenn ein Fehlverhalten oder eine rechtswidrige Handlung objektiv nicht vorliegen, kann die Aufdeckung des betreffenden Geheimnisses auch nicht objektiv geeignet sein, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen. Insofern ließe sich sogar vermuten, der Gesetzgeber habe den gesamten Ausschlussstatbestand jetzt primär objektiv bestimmen wollen.

Aber auch die Richtlinie lässt sich in diesem Sinne lesen, da es in Erwägungsgrund (20) insofern heißt, dass der Schutz von Geschäftsgeheimnissen sich nicht auf Fälle erstrecken soll, „in denen die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses insoweit dem öffentlichen Interesse dient, als ein regelwidriges Verhalten, ein Fehlverhalten oder eine illegale Tätigkeit von unmittelbarer Relevanz aufgedeckt wird. Das sollte nicht so verstanden werden, dass die zuständigen Gerichte daran gehindert seien, Ausnahmen von der Anwendung der Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe in den Fällen zuzulassen, in denen der Antragsgegner allen Grund hatte, in gutem Glauben davon auszugehen, dass sein Verhalten den in dieser Richtlinie festgelegten angemessenen Kriterien entspricht.“ Sowohl der Hinweis darauf, dass „ein regelwidriges Verhalten, ein Fehlverhalten oder eine illegale Tätigkeit von unmittelbarer Relevanz aufgedeckt wird“ als auch die Möglichkeit der Mitgliedstaaten, darüber hinausgehend gutgläubiges Verhalten nicht zu sanktionieren, deuten auf eine *objektive Bestimmung* hin.⁹¹

Legt man also eine objektive Auslegung des Merkmals zu Grunde, so bedeutet das freilich nicht, dass daneben nicht auch eine *subjektive Komponente* erforderlich ist. Denn die subjektivierte Formulierung („zum“, „zur“) spricht dafür, dass zumindest auch ein subjektiv zweckgerichtetes Handeln des Whistleblowers erforderlich ist. Dies gilt umso mehr als § 23 Abs. 1 GeschGehG selbst mehrere Absichtsmerkmale des Täters vorsieht, darunter auch das Handeln „zur Förderung des eigenen oder fremden Wettbewerbs“, das wie bei § 17 UWG grds. ein subjektives

⁸⁵ Kritisch auch die Stellungnahme Nr. 40/2018 der BRAK zum RegE, S. 3 f.

⁸⁶ BT-Drs. 19/4724, S. 29.

⁸⁷ A.a.O., S. 28.

⁸⁸ Vgl. die Stellungnahme Nr. 40/2018 der BRAK zum RegE, S. 5.

⁸⁹ BT-Drs. 19/4724, S. 29.

⁹⁰ BT-Drs. 19/8300, S. 14.

⁹¹ Vgl. bereits *Reinbacher*, KriPoZ 2018, 115 (118).

Merkmal darstellt.⁹² Handelt der Täter nicht mit der Zielrichtung der Aufdeckung eines rechtswidrigen Verhaltens, sondern gibt er z.B. Geheimnisse aus einem ganz anderen Grund preis, möglicherweise sogar, ohne zu merken, dass dabei illegale Aktivitäten aufgedeckt werden, so ist das subjektive Element des Tatbestandsausschlusses nicht erfüllt. Dann handelt es sich aus der Sicht des Täters auch gar nicht um ein Whistleblowing. Mit anderen Worten ist von der subjektiven Zielrichtung des Whistleblowers auszugehen, diese dann aber objektiv zu überprüfen.

Wie ist aber im umgekehrten Fall mit *gutgläubigen* Whistleblowern zu verfahren, die fälschlicherweise meinen, ein rechtswidriges Verhalten aufzudecken, das objektiv gar nicht vorliegt? Die Lösung dieser Frage hat die RL (EU) 2016/943 ausweislich Erwägungsgrund (20) wie gesehen in das Ermessen der Mitgliedstaaten gestellt. Der deutsche Gesetzgeber darf auch gutgläubige Whistleblower entlasten. Nach der aktuellen Gesetzesformulierung kann dies im Strafrecht auf zweierlei Weise geschehen: Erstens kann der Tatbestand der Ausnahme einem objektiven *ex ante*-Urteil unterliegen, um zu beurteilen, ob eine rechtswidrige Handlung oder ein berufliches oder sonstiges Fehlverhalten vorliegt. Unter Geltung des § 17 UWG hat die überwiegende Ansicht das Problem wie dargestellt an § 34 StGB gemessen. Dieser hätte nach h.M. eine objektive *ex ante*-Beurteilung der „Gefahr“ erfordert,⁹³ was allerdings dem Begriff der Gefahr immanent ist, der stets ein Wahrscheinlichkeitsurteil beinhaltet. Ist eine Gefahr auch nach diesem Maßstab objektiv zu verneinen, nimmt der Täter diese aber irrig an, so liegt die Konstellation des Putativnotstandes vor.⁹⁴ In § 5 GeschGehG ist nun aber keine Gefahr vorausgesetzt, sondern ein Handeln zur Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung etc.

Soll daher eine bei *ex post*-Beurteilung objektiv rechtswidrige Handlung gemeint sein, so dürfte zweitens aber ein strafrechtlich relevanter Irrtum des Täters anzunehmen sein, entweder weil er von falschen Tatsachen ausgegangen ist oder weil er den Sachverhalt normativ falsch bewertet hat. Meines Erachtens muss sich sein Vorsatz nämlich auch auf das negativ gefasste Merkmal des Tatbestandsausschlusses beziehen, sodass auch ein Irrtum über die Einstufung als „rechtswidrige Handlung“ oder als „berufliches oder sonstiges Fehlverhalten“ ein normatives Tatbestandsmerkmal betrifft. Zum Vergleich: Bei § 106 UrhG wird das Nicht-Vorliegen eines „gesetzlich zugelassenen Falls“ als negativ formuliertes objektives Tatbestandsmerkmal behandelt und Irrtümer über die Voraussetzungen der urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen können zu einem Ausschluss des Vorsatzes nach § 16 StGB führen.⁹⁵ Wenn ein Whistleblower gutgläubig davon ausgeht, zur Aufdeckung einer Straftat oder eines

sonstigen Fehlverhaltens zu handeln, so kann also sein Vorsatz ausgeschlossen sein, eine Tat nach § 23 GeschGehG zu begehen, entweder weil er über die Tatsachen irrt oder weil er sie falsch bewertet. Zumindest das Unrechtsbewusstsein wird einem solchen Täter fehlen. Letztlich ist es im Strafrecht im Falle eines gutgläubigen Whistleblowers also gar nicht so entscheidend für das Ergebnis, ob der Tatbestandsausschluss des § 5 GeschGehG nun rein subjektiv oder subjektiv/objektiv oder rein objektiv bestimmt wird, denn entweder genügt das subjektive Handeln „zur Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung“ etc. per se für den Ausschluss des Tatbestands oder aber es fehlt dem gutgläubigen Whistleblower jedenfalls der Tatbestandsvorsatz. Ebendies muss konsequenterweise auch i.H.a. die Eignung, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen, gelten. Auch insofern muss ein Hinweisgeber, der irrtümlich davon ausgeht, die Offenlegung sei geeignet, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen, sich auf einen entsprechenden Irrtum berufen können. Denn in all diesen Fällen geht er davon aus, nicht gegen das Verbot des § 4 GeschGehG zu verstoßen, da er annimmt, dass die Ausnahme des § 5 GeschGehG greift. Sieht man darin ein objektives Tatbestandsmerkmal, so müssen ihm die Irrtumsregeln zu Gute kommen.

c) Zur Frage einer Interessenabwägung und Verhältnismäßigkeitsprüfung

Als letzte Frage will ich noch kurz auf die bisher erforderliche Interessenabwägung und Verhältnismäßigkeitsprüfung eingehen. Die h.M. zu § 17 UWG hat das Whistleblowing bislang im Rahmen einer Einzelfallbetrachtung nach § 34 StGB behandelt, der eine Prüfung der Erforderlichkeit und eine Interessenabwägung voraussetzt. Insofern musste der Whistleblower insbesondere zunächst gewisse Stufen durchlaufen, bevor er sich an die Öffentlichkeit wenden durfte.⁹⁶ Zudem war das Interesse des Whistleblowers mit dem Interesse des Unternehmers abzuwägen. Dies entsprach auch der Rechtsprechung des *EGMR* i.H.a. Art. 10 EMRK.⁹⁷

Es fragt sich, inwieweit solche Kriterien noch eine Rolle spielen. Der Wortlaut des § 5 GeschGehG sieht sie jedenfalls nicht explizit vor. Der Gesetzgeber ging jedoch davon aus, eine Interessenabwägung könne „über den Begriff des berechtigten Interesses im Einzelfall zur Sicherstellung der Verhältnismäßigkeit erfolgen“.⁹⁸ Dies entspreche Erwägungsgrund (21) der Richtlinie sowie den allgemeinen Erwägungen des Unionsrechts. Genau genommen verlangt Art. 5 RL (EU) 943/2016 aber nur ein "berechtigtes Interesse" und keine Abwägung, und jedenfalls nicht, dass die Offenlegung "erforderlich", also das

⁹² Im Rahmen des § 17 UWG nahm die h.M. hier aber übrigens auch eine Kombination aus subjektiver Absicht des Täters und objektiver Eignung zur Förderung des Wettbewerbs an; vgl. *Brammsen*, in: *MüKo-LauterkeitsR* (Fn. 6), § 17 Rn. 49; *Diemer*, in: *Erbs/Kohlhaas* (Fn. 5), § 17 UWG Rn. 29 – a.A. aber *Reinbacher*, in: *NK-WSS* (Fn. 6), § 17 Rn. 36.

⁹³ Vgl. *Kühl*, in: *Lackner/Kühl* (Fn. 39), § 34 Rn. 2; *Roxin*, AT I (Fn. 9), § 16 Rn. 15.

⁹⁴ Vgl. dazu *Zieschang*, in: *LK-StGB* (Fn. 81), § 34 Rn. 89.

⁹⁵ Vgl. *Reinbacher*, in: *Wandtke/Bullinger*, *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, 5. Aufl. (2019; im Erscheinen), § 106 UrhG Rn. 35; *Sternberg-Lieben*, in: *BeckOK UrhG*, 23. Ed., Stand: 15.1.2019, § 106 UrhG Rn. 39.

⁹⁶ Vgl. auch den Vorschlag der Kommission v. 23.4.2018 für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden; COM(2018) 2018 final.

⁹⁷ *EGMR*, Rs. 28274/08 – *Heinisch/Deutschland*, NJW 2011, 3501.

⁹⁸ BT-Drs. 19/4724, S. 28.

mildeste Mittel, ist. Erwägungsgrund (20) lässt sich insofern höchstens entnehmen, dass es um illegale Tätigkeiten "von unmittelbarer Relevanz" gehen soll.⁹⁹ Im Übrigen setzt auch § 5 GeschGehG keine umfassende Prüfung der Erforderlichkeit voraus, sondern stellt nur das Erfordernis auf, dass das Handeln „geeignet“ ist, das allgemeine öffentliche Interesse zu wahren. Und schließlich liegt gesetzessystematisch ein „berechtigtes Interesse“ insbesondere dann vor, wenn der Offenbarende „zur Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung“ vorgeht. Im Arbeitsrecht mögen hier im Rahmen der Beurteilung einer Kündigung noch weitere Erwägungen zu berücksichtigen sein, hinsichtlich der Strafbarkeit nach § 23 GeschGehG ist hingegen der Wortlaut der tatbestandsausschließenden Norm entscheidend.

Fehlt hier also insbesondere auch ein Stufensystem, das im Rahmen der „Erforderlichkeit“ der Aufdeckung zunächst interne Maßnahmen etc. voraussetzen würde, so ist zu konstatieren, dass sowohl die RL 2016/943 als auch die deutsche Umsetzung nicht im Einklang mit der anvisierten Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden, stehen, da in deren Art. 13 Abs. 2 ein ebensolches Stufensystem vorgesehen ist.¹⁰⁰

IV. Zusammenfassung und Ausblick

Von den mit der Lösung des neuen GeschGehG verbundenen Fragen erscheint es besonders interessant, zu unter-

suchen, inwieweit die neue Rechtslage sich im Ergebnis von der zu § 17 UWG vertretenen (überwiegenden) Ansicht unterscheidet, die eine Lösung über § 34 StGB favorisierte. Nicht alle damit zusammenhängenden Fragen lassen sich in diesem frühen Stadium mit Sicherheit beantworten. Dass auch bei illegalen Geheimnissen ein taugliches Tatobjekt des § 23 GeschGehG vorliegt, scheint mir auch bei Zugrundelegung der neuen Definition in § 2 GeschGehG der Fall zu sein. Der Gesetzgeber hat sich stattdessen für einen Tatbestandsausschluss in § 5 GeschGehG entschieden. Wenn ein Whistleblower sich darauf beruft, zur Aufdeckung einer strafbaren Handlung oder eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens gehandelt zu haben, so wird nach meiner derzeitigen Einschätzung von dieser Intention auszugehen, das Vorliegen der rechtswidrigen Handlung oder des Fehlverhaltens sodann aber wohl objektiv zu prüfen sein. Ging der Offenbarende nur fälschlicherweise von der Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung oder eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens oder von der Eignung, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen, aus, so liegt jedoch ein entsprechender Irrtum über das Eingreifen des Tatbestandsausschlusses vor. Was die Frage betrifft, inwieweit der Whistleblower zunächst andere Schritte ergreifen muss, bevor er sich an die Öffentlichkeit wendet, bleibt die Entwicklung abzuwarten, die durch die anvisierte EU-Richtlinie zum Schutz der Hinweisgeber, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden, angestoßen ist.

⁹⁹ Vgl. Reinbacher, KriPoZ 2018, 115 (118).

¹⁰⁰ COM(2018), 218 final.

Abgekürzte Strafverfahren

Zum Alternativ-Entwurf abgekürzte Strafverfahren im Rechtsstaat (AE-ASR) 2019

von Priv.-Doz. Dr. Silke Hüls*

Abstract

Der Arbeitskreis deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer hat sich mit den Formen abgekürzter Strafverfahren auseinandergesetzt und einen Alternativvorschlag zur Regelung unterbreitet. Ziel soll ein abgewogenes Konzept sein, das sowohl den Anforderungen der justiziellen Praxis, insbesondere der Verfahrensökonomie, als auch rechtsstaatlichen Grundsätzen gerecht wird. Verbesserung der Transparenz im Verfahren und der Informations- und Beteiligungsmöglichkeiten des Beschuldigten sind wesentliche Anliegen. Der Beitrag setzt sich mit den Kernvorschlägen des AE-ASR auseinander; diskutiert werden die Einführung einer neu gestalteten materiell-rechtlichen Verwarnung zur Ersetzung des § 153a StPO, die Abschaffung der Verständigungsregelung, an deren Stelle die Einführung einer abgekürzten Verhandlung treten soll, die Reformierung des § 153 SPO sowie die Etablierung eines abgekürzten Strafverfahrens vor dem Strafrichter als Ersatz des Strafbefehlsverfahrens.

I. Einleitung

Im Jahr 2017 sind etliche strafprozessuale Änderungsgesetze in Kraft getreten; die beiden umfangreichsten sind wohl das Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung¹ und das Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens², die zu zum Teil gewichtigen Änderungen im Strafverfahrensrecht geführt haben.³ Mit letzterem setzte der Gesetzgeber Teile der Änderungsvorschläge der 2014 eingesetzten Expertenkommission zur Reform des Strafverfahrens um – sehr pointiert könnte man mit *Kudlich* zusammenfassen: „Gerade die Reformvorschläge, welche eher der Sicherung der Beschuldigtenrechte dienen, sind nicht aufgenommen worden. Dagegen ist mit der partiellen Abschaffung des Richtervorbehalts in § 81a StPO, einer (wenn auch nur „kleinen“) Fristenregelung beim Beweis Antrag, der Erweiterung der Handlungsmöglichkeiten bei Ablehnungsanträgen, einer erweiterten Suche nach Beinahetreffern bei DNA-Reihenuntersuchungen, der Quellen-TKÜ und nicht zuletzt der Online-Durchsuchung sehr explizit den Effektivitätsinteressen der Strafverfolgungsbehörden entgegengekommen worden.“⁴ Ziel war einmal mehr die effektivere Gestaltung des Verfahrens, wie es auch im Titel des Gesetzes klar zum Ausdruck kommt.

Abgekürzte Strafverfahren, wie z.B. das Strafbefehlsverfahren oder die praktisch besonders relevante Einstellung nach § 153a StPO waren nicht Gegenstand der jüngsten

Reformen. Hier setzt der Alternativ-Entwurf an und ist ausdrücklich bemüht, rechtsstaatlichen Anforderungen in diesem Bereich besser Rechnung zu tragen, dabei aber das Bedürfnis der Praxis nach effektiver, zeit- und kostensparender Erledigung hinreichend zu berücksichtigen. So sollen im Strafverfahren kollidierenden Interessen bestmöglich Rechnung getragen werden.

Der Alternativ-Entwurf stellt die im Laufe des letzten Jahrhunderts vorrangig durch Aufgreifen praktischer Entwicklungen in die StPO integrierten vereinfachten Formen der Verfahrenserledigung in den Mittelpunkt; greift die an diesen als Ausnahmen eingeführten, praktisch aber seit Beginn nahezu zum Regelfall mutierten Formen geäußerte Kritik auf und schlägt Alternativen vor, die den rechtsstaatlichen Anforderungen an das Strafverfahren besser Rechnung tragen und diesen praktisch zur auch Geltung verhelfen sollen.

Dabei sehen sich die Verfasser nicht allein der Theorie verpflichtet, die es ihnen leicht machte, die Verwirklichung rechtsstaatlicher Prinzipien im Strafprozessrecht, aber damit auch in der täglichen Praxis zu fordern; vielmehr stellen sie sich dem deutlich komplexeren Problem, nicht nur die theoretischen Aspekte und Anforderungen, sondern insbesondere die Bedürfnisse der strafprozessualen Praxis in ihre Vorschläge zu integrieren.

Ziel soll es sein, den tatsächlichen Anforderungen, die eine stetig wachsende Zahl an Verfahren und ihre Komplexität mit sich bringen, genauso gerecht zu werden wie rechtsstaatlichen Prinzipien und Schutzmechanismen. Der Entwurf strebt eine Harmonie von Rechtsstaatlichkeit und Effektivität an; versucht also die als gegenläufig erlebten Anforderungen des Strafverfahrens in einen bestmöglichen Ausgleich zu bringen.

II. Bestandsaufnahme

Der Alternativ-Entwurf greift mit der heftig umstrittenen Einstellung unter Auflagen nach § 153a StPO, der Einstellung wegen Geringfügigkeit (§ 153 StPO), der nicht weniger umstrittenen Verständigungsregelung (§ 257 StPO), dem Strafbefehlsverfahren (§§ 407 ff StPO) sowie dem beschleunigten Verfahren (§§ 417 ff StPO) Vereinfachungen des vorgesehenen Regelverfahrens der StPO auf, die vornehmlich der Effektivität des Strafverfahrens dienen sollen.

* Die Verfasserin ist Privatdozentin am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht, insbesondere Wirtschaftsstrafrecht von Prof. Dr. Andreas Ransiek, Universität Bielefeld.

¹ BGBl 2017, 872.

² BGBl 2017, 3202.

³ *Kudlich*, ZRP 2018, 9.

⁴ A.a.O.

Kurz rekapituliert der Entwurf daher auch zunächst die Defizite des geltenden Rechts. Allen Verfahrensvarianten gemein ist, dass diese sich nach und nach aus praktischen Bedürfnissen entwickelt haben, untereinander nicht koordiniert sind und auf Verfahrensökonomie und -beschleunigung zielen.⁵ Die Verfolgung dieses staatlichen Interesses hat jedoch einen doppelten Preis, so die Verfasser des Entwurfs. Zum einen implizieren die vereinfachten Verfahrensarten den Verzicht auf eine vollständige Aufklärung des Sachverhalts durch ein unabhängiges Gericht; dadurch gehe die Sicherheit, dass die Sanktionsentscheidung auf der „Wahrheit“ über Tat und Täter beruht, zumindest teilweise verloren. Zum anderen könnten abgekürzte Verfahren die Verteidigungsmöglichkeiten des Beschuldigten beeinträchtigen; dies gelte insbesondere dann, wenn die Sanktion ohne gründliche Prüfung durch ein Gericht nach den Vorgaben der Staatsanwaltschaft verhängt werde.⁶ Besonders deutlich treten die Probleme eines „praktischen, aber rechtsstaatlich zweifelhaften Verfahrens“ bei der Verfahrenseinstellung unter Auflagen nach § 153a StPO zu Tage.⁷ Die Verfahrenseinstellung fordert formal lediglich, dass der Beschuldigte „freiwillig“ eine oder mehrere Auflagen oder Weisungen der Staatsanwaltschaft erfüllt und dadurch das öffentliche Interesse an seiner Strafverfolgung aufhebt. Zu Recht betonen die Verfasser, dass man schwerlich am Strafcharakter der Zahlungspflichten zweifeln könne, da sich die Auflagen sinnvoll nur als Antwort auf die (vermutete) Straftat des Beschuldigten erklären ließen. Wenn sie daher strafatbezogene Sanktionen seien, verstoße ihre Auferlegung aber eklatant gegen die Unschuldsvermutung, die den bloß Beschuldigten vor genau solchen Nachteilen bewahren soll, die auf nichts anderem als der Annahme beruhen können, dass er die ihm vorgeworfene Straftat tatsächlich begangen hat.⁸ Hinzu kommt, dass die Entscheidung über diese Sanktionierung – und zwar sowohl über das Ob als auch über das Wie, z.B. konkret über Art und Höhe der Auflage – vollständig im Ermessen der Staatsanwaltschaft liegt.⁹ Auch an der folgenlosen Einstellung nach § 153 StPO wird vor allem der ungeregelte Ermessensspielraum der Staatsanwaltschaft und das Fehlen von Kontrolle gerügt.¹⁰

Auch das Strafbefehlsverfahren ist deutlicher Kritik ausgesetzt. Diese richtet sich ebenfalls im Wesentlichen gegen die wenig kontrollierte Entscheidungsmacht der Staatsanwaltschaft: Die Staatsanwaltschaft formuliert den Strafbefehl einschließlich des Strafausspruchs vor, ohne dass der Beschuldigte zuvor gehört wird. Durch den Strafbefehlsentwurf wird dem häufig überlasteten Richter am Amtsgericht ein einfacher Weg der mühelosen Erledigung durch schlichtes Unterschreiben des vorgelegten Dokuments offeriert; die eigenverantwortliche Entscheidung bleibt weitgehend Theorie.¹¹

Der im Jahr 2009 eingeführte § 257c StPO, der das Verfahren der Verständigung regelt, stößt seit seiner Einführung auf nicht minder deutliche Kritik. Die Möglichkeit, durch eine Absprache das Verfahrensergebnis festzulegen, kollidiert unausweichlich – trotz anderslautender Formulierung im Gesetz – mit der Verpflichtung zur Sachverhaltsaufklärung und dem Schuldprinzip. Zudem entsteht notwendig für den Angeklagten ein Kooperationsdruck.¹²

III. Diskussion der Vorschläge des Alternativ-Entwurfs

Kennzeichnend für die nun vorgelegten Vorschläge insgesamt ist das Bestreben, im Strafjustizsystem für alltägliche Fälle leichterer Straftaten vereinfachte Verfahrensweisen vorzuhalten und dadurch sowohl die Ressourcen der staatlichen Justiz zu schonen und zugleich dem Beschuldigten die Belastung durch eine aufwändige und stigmatisierende öffentliche Hauptverhandlung zu ersparen. Ziel ist ein wohlabgewogenes Konzept, das sowohl der Verfahrensökonomie und den damit verbundenen Anforderungen der Justizpraxis als auch rechtsstaatlichen Grundsätzen gerecht wird.¹³ Der Arbeitskreis schlägt deshalb vor, „an die Stelle dieser (zuvor kritisierten) Regelungen ein neues, materiell-rechtliche und prozessuale Elemente umfassendes Gesamtkonzept zu setzen, das auch den legitimen Verteidigungsinteressen des Beschuldigten gerecht wird“.¹⁴ Das Verständigungsverfahren soll angesichts seiner Widersprüchlichkeit und der Unmöglichkeit, es in die tragenden Prinzipien des Strafverfahrensrechts zu integrieren, gänzlich abgeschafft werden; gibt der Angeklagte ein Geständnis ab, soll die Möglichkeit einer abgekürzten Verhandlung (unter noch genauer zu erörternden Voraussetzungen) dem Bedürfnis nach Verfahrensabkürzung Rechnung tragen.¹⁵ An die Stelle des Strafbefehlsverfahrens soll im strafrechtlichen Verfahren ein neuartiges Verfahren ohne Hauptverhandlung treten, das auch vom Beschuldigten initiiert, ihm aber nicht aufgezwungen werden kann.¹⁶

Auch die Einstellung gegen Erfüllung von Auflagen (§ 153a StPO) soll entfallen; stattdessen schlägt der AE eine materiell-rechtliche Lösung vor: Eine Verwarnung, die mit Auflagen und Weisungen verbunden werden kann. Voraussetzung für eine solche Verwarnung ist ein Schuldspruch.¹⁷ Bereits hier ist festzuhalten, dass durch diese materiell-rechtliche Lösung der Kardinalfehler des § 153a StPO beseitigt werden könnte: Die (nahezu unkontrollierte) Sanktionsmacht der Staatsanwaltschaft bei derartigen Verfahrenseinstellungen.

Hingegen sollen § 153 StPO und §§ 417 ff. StPO grundsätzlich fortbestehen, allerdings wesentlich geändert wer-

⁵ AE-ASR, GA 2019, 1 (4).

⁶ AE-ASR, GA 2019, 1 (4).

⁷ AE-ASR, GA 2019, 1 (5).

⁸ A.a.O.

⁹ Vgl. AE-ASR, GA 2019, 1 (5).

¹⁰ Vgl. AE-ASR, GA 2019, 1 (6). Ausf. zur Kritik an den Opportunitätseinstellungen *Hüls*, Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit, S. 67 ff., S. 75 ff.

¹¹ AE-ASR, GA 2019, 1 (5). Ausf. *Hüls*, Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit, S. 147 ff.

¹² AE-ASR, GA 2019, 1 (6 f.).

¹³ AE-ASR, GA 2019, 1 (7).

¹⁴ A.a.O.

¹⁵ A.a.O.

¹⁶ AE-ASR, GA 2019, 1 (7 f.).

¹⁷ AE-ASR, GA 2019, 1 (8).

den, um rechtsstaatlicher Kritik zu begegnen und insbesondere den Anwendungsbereich zu konkretisieren.

Insgesamt legt der Arbeitskreis ein in sich geschlossenes Konzept vor, das auf die jeweilige Verfahrenssituation abgestimmte Möglichkeiten eines rechtsstaatlich tragfähigen zügigen Verfahrens bieten soll. Zusammenfassend sind die wesentlichen Anliegen die Verbesserung der Wahrung rechtsstaatlicher Anforderungen, Transparenz und die Verringerung des strukturellen Gerechtigkeitsdefizits, das den bisherigen abgekürzten Verfahrensvarianten immanent ist.¹⁸ Zu den wesentlichen Vorschlägen im Einzelnen:

1. Ersetzung des § 153a StPO durch die Verwarnung als neue strafrechtliche Rechtsfolge

Um im Bereich bis zu mittlerer Kriminalität einen Verzicht auf Geldstrafen zu ermöglichen, wenn sie zur Verteidigung der Rechtsordnung und zur Einwirkung auf den Täter nicht notwendig sind, schlägt der Arbeitskreis die Einführung einer neu gestalteten Verwarnung als neue strafrechtliche Rechtsfolge vor. Wesentlicher Kern des Vorschlags ist damit die Überführung der verfahrensrechtlichen Opportunitätseinstellung in das materielle Strafrecht. Die Reaktionsmöglichkeiten, die derzeit in § 153a StPO vorgesehen sind, sollen in das materielle Rechtsfolgenrecht integriert werden. Die Umgestaltung zu einer materiell-strafrechtlichen Rechtsfolge hat automatisch zur Folge, dass das Gericht prozessual ordnungsgemäß die Begehung einer Straftat feststellen muss. Damit wird der größte Kritikpunkt des § 153a StPO beseitigt und die Sanktionierung der Staatsanwaltschaft aus der Hand genommen. Rechtsstaatlich unanfechtbar liegt danach die Sanktionierung in der Hand des Richters.¹⁹ Konsequenz folgt, dass auch die Staatsanwaltschaft keine Zustimmung zu dieser gerichtlichen Entscheidung erteilen muss, ihr verbleibt lediglich die Möglichkeit einer Anfechtung der Rechtsfolgenentscheidung. Diese Transferrierung der prozessualen Regelung in das materielle Recht verdient volle Zustimmung. Der Anwendungsbereich des bisherigen § 59 StGB wird deutlich erweitert; um tatsächlich auch den Bereich der mittleren Kriminalität zu erfassen, sollen Verwarnungen als Alternative zu einer sonst verwirkten Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen möglich sein. Konkret für die praktisch besonders bedeutsame Geldauflage wird – anders als bei § 153a StPO – eine Obergrenze der Geldauflage eingeführt, um zu gewährleisten, dass Fälle, in denen eine Verwarnung völlig unangemessen erscheint, aus dem Anwendungsbereich herausfallen. Diese Obergrenze darf den Betrag einer Geldstrafe von 360 Tagessätzen nicht überschreiten, danach ergibt sich nach derzeitigem Tagessatz-Höchstmaß 10.800.000,- €. Insgesamt soll das Rationalisierungspotenzial des bei der Geldstrafe geltenden Tagessatzsystems so weit wie möglich nutzbar gemacht werden. Anknüpfend an die Ausweitung der Nebenstrafe Fahrverbot auf Straftaten ohne Straßenverkehrsbezug sieht auch der Alternativ-Entwurf die Anordnung eines Fahrverbots als

Auflage vor. Insgesamt ist der Katalog der vorgesehenen Auflagen abschließend, was jedenfalls – unabhängig von der streitigen Frage der Geltung des Art. 103 II GG für diese Rechtsfolgen – überzeugend ist, um eine willkürliche Handhabung auszuschließen. Nicht abschließend ist der Katalog der Weisungen nach Abs. 3.

Anders als die bisherige Verwarnung nach § 59 StGB ist die neue Regelung nicht als bedingte Verurteilung konzipiert; sie soll auch nicht im Bundeszentralregister eingetragen werden. Damit will der Arbeitskreis eine stigmatisierende Wirkung trotz des nunmehr erfolgenden Schuldspruchs wie bislang bei § 153a StPO vermeiden; es bleibt aber bei der Eintragung in das staatsanwaltschaftliche Verfahrensregister (§ 492 StPO). Damit ist sichergestellt, dass der mit der Verwarnung erfolgte Schuldspruch in folgenden Verfahren bei der Strafzumessung Berücksichtigung finden kann.

Insgesamt verdient diese vorgeschlagene Neukonzeption der Verwarnung als Ersatz für den abzuschaffenden § 153a StPO volle Zustimmung. Die Sanktionsentscheidung wird in die Hand des dafür zuständigen Richters gelegt und die kaum zu kontrollierende strafrechtliche Ahndung eines bloßen Verdachts durch die Staatsanwaltschaft verhindert. Aus rechtsstaatlicher Perspektive zu begrüßen ist zudem, dass die Sanktionierung die prozessordnungsgemäße Feststellung der Schuld erfordert. Die wesentlichen Konstruktionsfehler des § 153a StPO werden so behoben; das Legitimationsdefizit der Verhängung von Sanktionen aufgrund der „freiwilligen Zustimmung“ formal Unschuldiger entfällt. Aus Sicht der Praxis erfordert diese Umstellung jedoch einen deutlich höheren Aufwand, der in der prozessordnungsgemäßen Feststellung der Schuld begründet liegt. Dieser Aufwand ist jedoch als notwendiger Preis einer legitimen, rechtsstaatlich fundierten Sanktionierung zu verstehen, zudem greift der Entwurf dieses Problem mit dem Vorschlag des als Ersatz für das Strafbefehlsverfahren neu einzuführenden Verfahrens ohne Hauptverhandlung auf und berücksichtigt damit die Effektivitätsinteressen der Praxis.

2. Reform der Einstellung wegen Geringfügigkeit (§ 153 StPO)

Bei der Reformierung der Einstellung wegen Geringfügigkeit nach § 153 StPO hat sich der Arbeitskreis – anders als bei § 153a StPO – gegen eine materiell-rechtliche Lösung entschieden. Dabei wäre eine materiell-rechtliche Regelung anstelle beider Verfahrenseinstellungen zumindest auf den ersten Blick konsequent. Der Arbeitskreis begründet das Festhalten an der prozessualen Lösung zum einen damit, dass eine materielle Entkriminalisierung die generalpräventive Wirkung strafrechtlicher Verbote schwäche, da die Grenzen der Geringfügigkeit, sobald sie nicht an monetäre Wertgrenzen gebunden werden können, nicht eindeutig kommunizierbar seien. Vorteil der prozessualen Lösung sei die Möglichkeit zu einem flexiblen,

¹⁸ Vgl. AE-ASR, GA 2019, 1 (8).

¹⁹ Vgl. Hoven, FAZ Einspruch Magazin, <https://einspruch.faz.net/einspruch-magazin/2019-0327/93ec371b579799207544575ac3a72165/?GEPC=s5> (zuletzt aufgerufen am 1.5.2019).

auf den Einzelfall abgestimmten Vorgehen.²⁰ Zum anderen scheint das Beibehalten der flexibleren Einstellungsmöglichkeit eine Anerkennung der Bedürfnisse der Rechtspraxis zu sein. Dies insbesondere auch dadurch, dass § 153 StPO nicht auf Fälle absoluter Geringfügigkeit beschränkt werden soll. Denn nach Entfallen des § 153a StPO bestehe das nachvollziehbare Bedürfnis der Justiz, bei den Vorschriften, die bisher die folgenlose Opportunitätseinstellung ermöglicht haben, keine weiteren Einschränkungen vorzunehmen.²¹ Dem Ziel der Justizentlastung soll weiterhin dadurch Rechnung getragen werden, dass die richterliche Zustimmung komplett entfallen soll.²² Ferner schlägt der Alternativ-Entwurf gegenüber der aktuellen Rechtslage weitere Änderungen und Präzisierungen vor. Die Einstellung wird als Verfahrenshindernis gestaltet; Geringfügigkeit soll zur Einstellung des Verfahrens zwingen; zudem sollen die Begriffe der Schuld und des öffentlichen Interesses im Gesetzestext genauer festgelegt werden.²³ Bei Vorliegen der Voraussetzungen ist die Staatsanwaltschaft zur Einstellung verpflichtet. Aufgrund der Ausgestaltung als Verfahrenshindernis wäre zwar eine Einstellung nach § 170 Abs. 2 StPO konsequent, die gesonderte Regelung in § 153 StPO soll aber den Besonderheiten der Geringfügigkeitseinstellung gerecht werden.²⁴ Nach Anklageerhebung bleibt es bei dem Erfordernis der Zustimmung des Angeschuldigten; der Arbeitskreis sieht zwar das Spannungsverhältnis zur Ausgestaltung der Einstellung als Verfahrenshindernis, bewertet aber überzeugend das Interesse des Angeschuldigten nach Anklageerhebung an einem Freispruch in öffentlicher Hauptverhandlung überzeugend als legitim und wichtiger.²⁵ Positiv hervorzuheben und besonders zu begrüßen ist die Öffnung des Klageerzwingungsverfahrens für die Kontrolle von Einstellungen nach § 153 StPO mit dem Ziel, die Staatsanwaltschaft zur Fortführung des Verfahrens zu verpflichten,²⁶ insoweit letztlich auch formal konsequent bei Ausgestaltung als Verfahrenshindernis, das nach allgemeinen Regeln eigentlich zur Einstellung nach § 170 Abs. 2 StPO führte.

Den ersten, naheliegenden Kritikpunkt an der Umgestaltung des § 153 StPO greift der Arbeitskreis selbst auf, um ihn zu entkräften. Nicht fernliegend ist nämlich – auch angesichts der historischen Entwicklung von §§ 153, 153a StPO – die Gefahr, dass in der Praxis die Einstellung mit Leistungen oder Verpflichtungen des Beschuldigten verbunden wird. Dies gilt insbesondere aufgrund der vorgeschlagenen Streichung des § 153a StPO und auch des Hinweises in § 153 StPO-AE auf die Bedeutung des Nachtatverhaltens. Dieser Gefahr will der Alternativ-Entwurf durch die Formulierung eines ausdrücklichen Verbots begegnen. Angesichts der praktischen Erfahrungen mit der Wahrung gesetzlicher Grenzen in § 257c StPO²⁷ erscheint die Aufnahme des Verbots doch eher als frommer

Wunsch, denn als wirkliches Hindernis. Gerade Umgehungsmöglichkeiten erscheinen daher als Achillesferse des Vorschlags.

Im Übrigen könnte man noch grundsätzlicher überlegen, ob die Ablehnung einer materiell-rechtlichen Lösung wirklich überzeugt. Diese müsste nicht notwendig in Form einer allgemeinen Regelung zu Bagatelldelikten umgesetzt werden. Denkbar wäre z.B. in Ergänzung der materiell-rechtlichen Lösung zu § 153a StPO eine materiell-rechtliche Rechtsfolge in Form des Absehens von Strafe. Dass dieser Vorschlag in der Praxis angesichts der fehlenden Vereinfachung und Verkürzung des Ermittlungsverfahrens bzw. des Verfahrens insgesamt auf Ablehnung stoßen würde, ist aber nicht nur denkbar, sondern nahezu gewiss. Zielführend wäre aber jedenfalls eine grundsätzliche Überprüfung der einzelnen Normen des StGB hinsichtlich konkreter Möglichkeiten der Entkriminalisierung, die auch unmittelbar zur Entlastung der Strafverfolgungsorgane führte.

3. Einführung einer abgekürzten Verhandlung als Ersatz für die gegenwärtige Verständigungsregelung

Der vom Arbeitskreis gerügte Widerspruch zwischen dem konsensualen Format der Verständigung und dem nach wie vor geltenden Gebot, dass der Inhalt eines Strafurteils nicht zwischen den Beteiligten auszuhandeln, sondern vom Gericht im Wege der Rechtsanwendung zu bestimmen ist, ist so fundamental, dass er auch durch eine Korrektur und Umgestaltung der gesetzlichen Vorgaben zur Verständigung nicht zu beseitigen ist.²⁸ Auch das BVerfG betonte, dass sich nicht nur aus der Regelung des § 257c StPO, sondern auch aus dem verfassungsrechtlichen Schuldprinzip ergebe, dass an der Verpflichtung zur Aufklärung der materiellen Wahrheit und der Verhängung einer tat- und schuldangemessenen Strafe festzuhalten sei; von Verfassung wegen hat ein strafrechtliches Urteil daher auch bei einer Verständigung der materiellen Rechtslage zu entsprechen.²⁹ Den Gerichten fehlt also der für eine Verständigung über das Ergebnis des Verfahrens unerlässliche Spielraum sowohl hinsichtlich des Schuldpruchs als auch hinsichtlich der Strafzumessung.

Daher ist es allein überzeugend, dieses konsensuale Format einer Verständigung über das Ergebnis des Verfahrens grundsätzlich abzuschaffen. Diesen Weg geht der AE-ASR;³⁰ Ziel soll es aber sein, nicht die gesamte Regelung der Verständigung im Strafverfahren inhaltlich zu beseitigen, sondern eine Möglichkeit zu finden, diejenigen Aspekte beizubehalten und neu zu gestalten, an denen die Beteiligten legitime Interessen haben. Neben dem Bedürfnis nach Abkürzung des Verfahrens soll deshalb insbesondere dem Informationsbedürfnis des Angeklagten

²⁰ AE-ASR, GA 2019, 1 (42).

²¹ A. a. O.

²² AE-ASR, GA 2019, 1 (43).

²³ AE-ASR, GA 2019, 1 (42 f.).

²⁴ AE-ASR, GA 2019, 1 (44).

²⁵ AE-ASR, GA 2019, 1 (45).

²⁶ AE-ASR, GA 2019, 1 (46 f.).

²⁷ Vgl. Eschelbach, in: BeckOK-StPO, Stand: 1.4.2019, § 257c vor Rn. 1.

²⁸ § 257c StPO: Abs. 1 S. 1 spricht von einer Verständigung über das Ergebnis des Verfahrens und Abs. 3 regelt das Verfahren; dagegen erhält Abs. 1 S. 2 die Amtsaufklärungspflicht aufrecht und verlangt in Abs. 4 S. 1, dass das Ergebnis der Verständigung tat- und schuldangemessen sein muss.

²⁹ BVerfGE 133, 168 (225 ff.).

³⁰ AE-ASR, GA 2019, 1 (49 ff.).

Rechnung getragen werden.³¹ Denn die Befriedigung des Informationsbedürfnisses lasse sich durchaus mit der Geltung der Amtsaufklärungspflicht und der Bindung an das materielle Recht vereinbaren.

Die Verfasser des AE-ASR entwickeln daher eine neuartige Verfahrensart, in der es einerseits dem Angeklagten ermöglicht wird, nach Eröffnung des Hauptverfahrens und noch vor Beginn der Hauptverhandlung eine vorläufige Entscheidung des Gerichts über die nach den Ergebnissen des bisherigen Verfahrens zu erwartenden Rechtsfolgen zu beantragen. Wenn der Angeklagte von diesem Recht Gebrauch macht, kann er eine vereinfachte Form der Verhandlung beantragen, in der das Gericht versucht, sich bereits auf der Grundlage der geständigen Einlassung des Angeklagten³² und des Ergebnisses des bisherigen Verfahrens eine hinreichende Überzeugung von dessen Schuld oder Unschuld zu bilden. Ist es dem Gericht dann nicht möglich, eine hinreichende Überzeugung von der Schuld zu gewinnen, muss es einen Termin zur Hauptverhandlung bestimmen; gelingt die Überzeugungsbildung, ergeht das Urteil in der abgekürzten Verhandlung. Ausgeschlossen ist diese vereinfachte Form der Hauptverhandlung, wenn eine lebenslange Freiheitsstrafe zu erwarten ist bzw. Sicherungsverwahrung oder die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus in Betracht kommt.³³

Dem entwickelten Konzept ist deutlich das Anliegen der Verfasser zu entnehmen, dem Informationsbedürfnis und damit den Verteidigungsinteressen des Angeklagten zu entsprechen, also den Informationsaspekt zur Entwicklung der Verteidigungsstrategie aus der bisherigen Regelung der Verständigung herauszulösen und soweit als möglich vom Risiko des Geständnisdrucks zu befreien. Ziel soll es sein, eine Bevormundung des Angeklagten zu vermeiden, ihm die Möglichkeit der Information über die derzeitige Einschätzung des Gerichts einzuräumen und gleichzeitig seinem „Recht auf Nichtwissen“ Rechnung zu tragen, indem ihm das Antragsrecht überlassen wird.³⁴

In der öffentlichen abgekürzten Verhandlung darf das Gericht zur Bildung seiner Überzeugung die Ergebnisse des bisherigen Verfahrens heranziehen, muss seine Überzeugung also anders als in der regulären Hauptverhandlung nicht allein aus dem Inbegriff der Verhandlung schöpfen. Die Verfasser des AE-ASR begründen dies damit, dass so lediglich ein Verfahren kodifiziert werde, das in der gerichtlichen Praxis bei geständigen Einlassungen seit jeher üblich ist. Gerade die Verpflichtung aus dem Schuldprinzip zur Überprüfung des Geständnisses verlange auch einen Abgleich mit dem Ergebnis der staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen. Konsequentermaßen schlagen die Verfasser daher für die abgekürzte Verhandlung keine Beteiligung von Schöffen vor, denen die Kenntnisnahme vom Inhalt der Akten verwehrt ist.³⁵

Hier ist allerdings zu konstatieren, dass die Beteiligung der Öffentlichkeit in dieser Verfahrensform eine deutliche Einschränkung erfährt. Wenn Erkenntnisse aus den Akten zur Urteilsfindung herangezogen werden, werden Unmittelbarkeits- und Mündlichkeitsgrundsatz deutlich eingeschränkt. Zwar stellt die öffentliche Verhandlung an sich gegenüber einem rein schriftlichen Verfahren schon einen deutlichen Gewinn dar, es ist dann besonders darauf zu achten, dass die Überprüfung des Geständnisses anhand der Akten durch die Erläuterungen des Vorsitzenden in der Verhandlung zumindest nachvollziehbar werden. Andernfalls ist eine öffentliche Verhandlung eine Farce.

Auch wenn allein durch das Entfallen der Hauptverhandlung mit einer aufwendigen Beweisaufnahme Bestrebungen der Praxis nach Prozessökonomie sicherlich Rechnung getragen wird, liegt doch eindeutig der wesentliche Grund für den Vorschlag dieses abgekürzten Verfahrens in der Erhaltung der Vorteile der Verständigung für den Angeklagten aufgrund der Informationsgewinnung. Das Bestreben, in dieser vereinfachten Form der Verhandlung den Schutz des Angeklagten weitmöglich zu gewährleisten, wird dann in der abschließend vorgeschlagenen Regelung des § 212e StPO-AE besonders deutlich. Dieser enthält ein ausdrückliches Verwendungsverbot des Geständnisses außerhalb des abgekürzten Verfahrens. So wird dem Angeklagten in allen Fällen, in denen keine Entscheidung im abgekürzten Verfahren getroffen werden kann und die Hauptverhandlung anberaumt werden muss, die Möglichkeit erhalten, seine Verteidigungsstrategie auf die neue Situation einzustellen, ohne von dem zuvor abgegebenen Geständnis gehindert zu sein.³⁶ Noch weitergehend wäre nur die Übertragung der gerichtlichen Zuständigkeit auf einen anderen Spruchkörper, um unbewusste Einflüsse auf die Überzeugungsbildung des Gerichts auszuschließen. Dies lehnen die Verfasser jedoch aus Gründen der Verfahrensökonomie ab.³⁷

Grundsätzlich soll das aufgrund einer abgekürzten Verhandlung ergangene Urteil mit den allgemeinen Rechtsmitteln anfechtbar sein; dieser Grundsatz erfährt nur für das Urteil des Schöffengerichts eine Einschränkung: Auch dieses ist allein mit der Revision anfechtbar. Eine zweite Tatsacheninstanz sei aufgrund des (überprüften) Geständnisses hinsichtlich des Schuldspruchs nicht notwendig.³⁸ Für die Überprüfung des Rechtsfolgenausspruchs sieht der Entwurf ein Einspruchsrecht (beschränkt auf den Rechtsfolgenausspruch) des Angeklagten und der Staatsanwaltschaft vor, § 212g StPO-AE. Die daraufhin erfolgende Hauptverhandlung ist dann aufgrund der Rechtskraft des Schuldspruchs auf den Rechtsfolgenausspruch beschränkt (§ 212g Abs. 2 S. 2 StPO-AE).³⁹

Insgesamt bietet der Entwurf mit diesem Vorschlag ein wohlabgewogenes Konzept, um die Vorteile des Verständigungsverfahrens zu erhalten, seine Nachteile und Risiken aber deutlich zu minimieren. Dafür „zerlegen“ die

³¹ AE-ASR, GA 2019, 1 (52).

³² Zur Präzisierung der Auswirkungen eines Geständnisses auf die Strafzumessung s. den Vorschlag des AE-ASR, GA 2019, 1 (14 ff.).

³³ AE-ASR, GA 2019, 1 (56 f.).

³⁴ AE-ASR, GA 2019, 1, 52 (55 ff.).

³⁵ AE-ASR, GA 2019, 1, 57 (59).

³⁶ AE-ASR, GA 2019, 1 (61).

³⁷ A.a.O.

³⁸ AE-ASR, GA 2019, 1 (59).

³⁹ AE-ASR, GA 2019, 1 (59 f.).

Verfasser in ihrer Begründung die derzeitige Verständigungsregelung in ihre Einzelteile. Überzeugend ist dann, dass sie die Einigung über das *Ergebnis* des Verfahrens als Hauptfehler der aktuellen Rechtslage herausstellen, da das strafrechtliche Urteil – nicht allein aufgrund der Vorgaben des § 257c StPO, sondern schon von Verfassung wegen – der materiellen Rechtslage zu entsprechen hat und es deshalb auf die Zustimmung der Verfahrensbeteiligten zu diesem Ergebnis nicht ankommen kann – die geltende Regelung suggeriert Verhandlungsspielraum dort, wo gar keiner ist! Diesen Nachteil überwindet der Entwurf durch den Vorschlag der abgekürzten Verhandlung, die insofern dem Interesse der Verfahrensökonomie Rechnung tragen kann. Dass aber die Entwicklung des Strafverfahrens hin zu einem offeneren Kommunikationsstil nicht vollständig rückgängig gemacht werden kann, schätzen die Verfasser nicht nur realistisch angesichts der Vorgeschichte des § 257c StPO – informelle Kommunikation, „Deals“ außerhalb der öffentlichen Verhandlung⁴⁰ – ein, sondern begründen überzeugend, weshalb eine Rückkehr zum vom klassischen Strafprozess erstrebten Stil, bei dem „ein Strafgericht sich während der Verhandlung nicht „in die Karten schauen“ ließ“, auch nicht wünschenswert ist.⁴¹ Das vorgeschlagene abgekürzte Strafverfahren ermöglicht weitgehende Informationen des Angeklagten über die zu erwartenden Rechtsfolgen, die Grundlage seiner Verteidigungsstrategie werden können, unter größtmöglicher Vermeidung des Geständnisdrucks. Die Verpflichtung, nur Urteile auszusprechen, die der materiellen Wahrheit entsprechen, wird dadurch eingelöst, dass das Gericht verpflichtet ist, im abgekürzten Verfahren das Geständnis zu überprüfen. Die Bindung an die mitgeteilten Rechtsfolgen reicht nur soweit, als diese nicht dazu zwingen, eine materiell-rechtlich falsche Entscheidung zu treffen. Passten die mitgeteilten Rechtsfolgen nicht mehr zu den aus der abgekürzten Verhandlung gewonnenen Erkenntnissen, muss das Gericht einen Termin zur Hauptverhandlung bestimmen; hinsichtlich des Geständnisses besteht nach § 212e StPO-AE ein Verwendungsverbot.

Insgesamt ist dieser vom Arbeitskreis AE vorlegte Vorschlag zur Ersetzung der bisherigen Regelungen einer Verständigung im Strafverfahren damit vollumfänglich zu begrüßen, da er das rechtsstaatlich unmöglich einzulösende Versprechen einer offenen Verständigung über das Urteil eindeutig aufgibt, einen deutlichen Gewinn an Informationssicherheit und Schutz des Angeklagten vor Geständnisdruck bietet sowie der Verfahrensökonomie durch Vereinfachung der Verhandlung bei Vorliegen eines Geständnisses Rechnung trägt. Naiv wäre es allerdings zu glauben, auf diesem Weg wäre nun informellen Absprachen und „Hinterzimmerdeals“ der Boden entzogen – es liegt damit aber ein Vorschlag auf dem Tisch, allen Interessen im Rahmen eines auch rechtsstaatlich möglichen öffentlichen Verfahrens entgegenzukommen.

⁴⁰ Vgl. Weider, StV 1982, 545; ausf. zur historischen Entwicklung Moldenhauer/Wenske, in: KK-StPO, 8. Aufl. (2019), § 257c Rn. 1 ff.

⁴¹ AE-ASR, GA 2019, 1 (58 f.).

⁴² Ausf. zu Problem der fehlenden Prüfung durch den Richter Hüls, Polizeiliche und staatsanwaltschaftliche Ermittlungstätigkeit, S. 153 ff.

4. Abgekürztes Strafverfahren vor dem Strafrichter

Ein abgekürztes Strafverfahren ohne Hauptverhandlung vor dem Strafrichter soll das Verfahren mit abgekürzter Verhandlung (s. 3.) ergänzen, da letzteres von den Verfassern als zu aufwendig für strafrichterliche Verfahren eingeschätzt wird. Das abgekürzte Verfahren ohne Hauptverhandlung soll das Strafbefehlsverfahren (§§ 407 ff. StPO) ersetzen, an welchem seit langem Kritik geübt wird. Aus dieser Kritik heben die Verfasser besonders hervor, dass der Beschuldigte keinerlei Gestaltungsmöglichkeiten hat, vielmehr allein der Staatsanwaltschaft die Entscheidung der Wahl der Verfahrensart, und damit auch die Entscheidung für die Durchführung des Strafbefehlsverfahrens, obliegt. Vor Erlass des Strafbefehls durch das Gericht wird der Angeklagte nicht gehört. Auch dem Gericht selbst ist lediglich eine Statistenrolle zugewiesen. Schlimmstenfalls unterschreibt der Richter den vorgefertigten Strafbefehlentwurf der Staatsanwaltschaft wie ein „Staatsnotar“⁴², trifft also tatsächlich keine eigene Entscheidung und wird seiner Prüfungsaufgabe nicht gerecht. Auch sonst verbleibt dem Richter allein die Wahl, den Strafbefehl antragsgemäß zu erlassen oder das Hauptverfahren zu eröffnen.⁴³

Das neu vorgeschlagene Verfahren ohne Hauptverhandlung vor dem Strafrichter soll die Mitwirkungsrechte des Beschuldigten deutlich stärken und dokumentiert damit ebenso wie das abgekürzte Verfahren eine ganz wesentliche Zielsetzung des Entwurfs.⁴⁴ Einem Antrag der Staatsanwaltschaft auf Durchführung des Verfahrens ohne Hauptverhandlung kann der Beschuldigte widersprechen, zugleich erhält er das Recht, selbst ein Verfahren ohne Hauptverhandlung zu beantragen. Indem erst das Gericht, nicht schon die Staatsanwaltschaft in ihrem Antrag, die Rechtsfolgen festsetzt, soll sichergestellt werden, dass der Richter die Ermittlungsergebnisse tatsächlich prüft und eine eigenständige Entscheidung trifft.⁴⁵

Die Staatsanwaltschaft ist nach § 170 Abs. 3 StPO-AE verpflichtet, die Anklageerhebung mit einem Antrag auf Verurteilung ohne Hauptverhandlung zu verbinden, wenn eine Verurteilung ohne Hauptverhandlung wahrscheinlich ist. Neu ist also, dass der Strafbefehlsantrag nicht als Alternative neben die Anklageerhebung tritt, sondern mit dieser verbunden wird; es folgt ein Zwischenverfahren. Die Trennung soll verdeutlichen, dass die Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens und die über eine Verurteilung strikt zu unterscheiden sind.⁴⁶ Um dem Angeklagten Einwendungen vor Ergehen der gerichtlichen Entscheidung zu ermöglichen und so möglichst umfassend rechtliches Gehör zu gewährleisten, wird er über den Antrag der Staatsanwaltschaft auf Verurteilung ohne Hauptverhandlung bei Mitteilung der Anklage informiert.⁴⁷ Da auch in diesem Verfahren dem Angeklagten die Verfahrensart und insbesondere die Mitteilung der

⁴³ AE-ASR, GA 2019, 1 (84 f.).

⁴⁴ AE-ASR, GA 2019, 1 (85 f.).

⁴⁵ A.a.O.

⁴⁶ AE-ASR, GA 2019, 1 (87).

⁴⁷ A.a.O.

Rechtsfolgen nicht aufgezwungen werden soll, gewährt § 201a I StPO-AE ihm die Möglichkeit, dem Antrag der Staatsanwaltschaft zu widersprechen. Dann ist nach allgemeinen Regeln über die Eröffnung des Hauptverfahrens zu entscheiden.

Wenn der Angeklagte nicht widerspricht, hat der Strafrichter nach § 407 Abs. 1 StPO-AE zu prüfen, ob der Angeklagte ohne Hauptverhandlung zu verurteilen ist. Liegen die Voraussetzungen dafür nach § 409 Abs. 1 StPO-AE vor, verurteilt der Strafrichter den Angeklagten durch Beschluss. Kann er keine Überzeugung von dessen Schuld gewinnen, hält er ihn aber für hinreichend verdächtig, ordnet er entweder einzelne Beweiserhebungen an (§ 408 StPO-AE) oder eröffnet das Hauptverfahren.

Verurteilt der Strafrichter den Angeschuldigten durch Beschluss zu einer Geldstrafe von höchstens 90 Tagessätzen oder verwarnt er ihn, erwächst die Entscheidung dann in Rechtskraft, wenn weder Staatsanwaltschaft noch Angeschuldigter widersprechen. Eine höhere Verurteilung ohne Hauptverhandlung wird nur dann rechtskräftig bzw. steht einem rechtskräftigen Urteil gleich, wenn der Angeschuldigte schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle seine Zustimmung erklärt. Diese Differenzierung und die ausdrücklich erforderliche Zustimmung zu Verurteilungen über Geldstrafe von 90 Tagessätzen hinaus, bedeutete einen erheblichen Zuwachs an Schutz der Verteidigungsrechte des Beschuldigten und ist ausdrücklich zu begrüßen. Dass im geltenden Strafbefehlsverfahren nur der fristgerechte Einspruch dem Beschuldigten die Möglichkeit der Verteidigung gegen seine Verurteilung ohne Hauptverhandlung bietet und damit für ihn auch die einzige Möglichkeit darstellt, überhaupt rechtliches Gehör zu erhalten, wird seit langem scharf kritisiert.⁴⁸ Zu Recht weisen die Verfasser des AE-ASR darauf hin, dass aus unterschiedlichsten Gründen ein Einspruch unterbleiben kann und diese keinesfalls immer als konkludente Zustimmung zu verstehen sind.⁴⁹ Ebenfalls positiv ist zu bewerten, dass nach dem AE-ASR in einer auf einen Einspruch folgenden Hauptverhandlung die allgemeinen Regelungen uneingeschränkt gelten sollen, insbesondere das Beweisanspruchsrecht.⁵⁰

Eine deutliche Stärkung der Gestaltungsrechte des Angeschuldigten erfolgt dadurch, dass er selbst nach § 201a StPO-AE einen Antrag auf Entscheidung ohne Hauptverhandlung stellen kann, wenn die Staatsanwaltschaft die Eröffnung des Hauptverfahrens beantragt hat. Eine solche Möglichkeit fehlt im aktuellen Recht gänzlich, der Beschuldigte hat keinen Anspruch auf die Durchführung des Strafbefehlsverfahrens, lediglich verbleibt ihm die Möglichkeit – sofern er überhaupt die entsprechenden Kenntnisse hat bzw. verteidigt ist – auf die Beantragung eines Strafbefehls bei der Staatsanwaltschaft hinzuwirken. Das vom Alternativ-Entwurf vorgeschlagene Verfahren nach Antrag des Beschuldigten entspricht dem des Verfahrens nach Antrag der Staatsanwaltschaft; jedoch hat diese kein Widerspruchsrecht gegen die Verurteilung ohne Hauptverhandlung. Ihr bleibt aber die Möglichkeit, gegen die

Verurteilung Rechtsmittel einzulegen.

Unter dem Aspekt des Verfahrensziels, die materielle Wahrheit im Strafverfahren zu ermitteln und als Grundlage für ein legitimes Urteil zu fordern, bleibt das Verfahren ohne Hauptverhandlung – ebenso wie das derzeitige Strafbefehlsverfahren – deutlich hinter den Möglichkeiten eines Verfahrens mit Hauptverhandlung zurück. An der Entscheidungsgrundlage für den Richter soll sich nämlich im Regelfall nichts ändern; Grundlage der Entscheidung sind auch für das neu vorgeschlagene Verfahren ohne Hauptverhandlung die Ermittlungsergebnisse der Staatsanwaltschaft. Obwohl ihre Entscheidungsmacht durch den Vorschlag des Alternativ-Entwurfs deutlich beschnitten und die Entscheidung über die Verurteilung, insbesondere über die Rechtsfolgen zu Recht in die Hand des Richters (zurück-)gelegt werden soll; würde i.d.R. allein die Staatsanwaltschaft durch ihr Ermittlungsergebnis am Abschluss des Ermittlungsverfahrens die Tatsachengrundlage bestimmen. Dieses Problem wird aber jedem Verzicht auf eine Hauptverhandlung innewohnen und ist im vorgeschlagenen Verfahren schon durch die gestärkten Gestaltungsmöglichkeiten des Angeschuldigten und damit durch seine Möglichkeit, Einfluss auf die Art des Verfahrens zu nehmen und auch seine Sicht der Dinge vorzutragen, deutlich entschärft.

5. Reform des beschleunigten Verfahrens

Trotz der neu vorgeschlagenen Verfahrensarten sieht der Arbeitskreis ein eng begrenztes Bedürfnis für das beschleunigte Verfahren, insbesondere für Fälle, in denen wegen fehlenden festen Wohnsitzes in Deutschland die Gefahr besteht, dass sich der Verdächtige durch Flucht dem Verfahren entzieht, die Verhängung von Untersuchungshaft für die Dauer des Normalverfahrens jedoch unverhältnismäßig wäre. Daher schlägt der Entwurf vor, das beschleunigte Verfahren beizubehalten. Vor allem aufgrund der wesentlichen Änderungen zum Schutz der Verteidigungsinteressen des Beschuldigten überzeugt das Festhalten am beschleunigten Verfahren für die benannten Ausnahmefälle.

IV. Schluss

Die Verfasser des Alternativ-Entwurfs Abgekürzte Strafverfahren im Rechtsstaat erreichen mit dem vorgelegten Vorschlag das von ihnen selbst gesetzte Ziel, eine Balance zwischen Verfahrensökonomie, Schutzrechten des Beschuldigten und allgemeiner gesprochen rechtsstaatlichen Verfahrensgrundsätzen herzustellen. Trotz einiger Kritik im Detail wäre die Umsetzung des Vorschlags uneingeschränkt zu begrüßen und würde die Rechtsstaatlichkeit des Strafverfahrens bei sog. abgekürzten Verfahren deutlich verbessern. Ob der Vorschlag oder zumindest einzelne Elemente Aufnahme in die Erörterungen des Gesetzgebers finden werden, ist diesem Vorschlag zu wünschen, angesichts der derzeitigen Entwicklung der Gesetzgebung im Strafverfahren aber zweifelhaft. Ob schließlich auch die Praxis sich auf die Anwendung der Regelungen

⁴⁸ Hüls, Polizeiliche und staatsanwaltschaftliche Ermittlungstätigkeit, S. 156 f. m.w.N.

⁴⁹ Vgl. AE-ASR, GA 2019, 1 (89).

⁵⁰ Vgl. AE-ASR, GA 2019, 1 (90).

abgekürzter Verfahren beschränkte, oder (erneut) eigene Wege jenseits der Regelungen zur Verfahrensvereinfachung wählte, stünde dann auch noch auf einem anderen Blatt.

Zur Idee eines Bundespolizeibeauftragten – Verkörperung eines Generalverdachts oder erforderliche Kontrollinstanz für polizeiliches Handeln?

von Prof. Dr. Dr. Markus Thiel*

Abstract

Die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN hat in der laufenden Legislaturperiode (erneut) den Entwurf eines Gesetzes über die unabhängige Polizeibeauftragte oder den unabhängigen Polizeibeauftragten des Bundes (Bundespolizeibeauftragengesetz – BPolBeauftrG) in den Bundestag eingebracht. Damit soll ein(e) Bundespolizeibeauftragte(r) beim Bundestag errichtet werden, der für die Bundespolizei, das Bundeskriminalamt, die Bundeszollverwaltung und die Polizei beim Deutschen Bundestag zuständig sein soll. Seine Aufgaben sollen darin liegen, individuelles Fehlverhalten im Einzelfall auf der Grundlage von Eingaben und Hinweisen von natürlichen oder juristischen Personen sowie von Beschäftigten der in seinem Zuständigkeitsbereich liegenden Behörden aufzuklären. Darüber hinaus soll er strukturelle Fehlentwicklungen frühzeitig erkennen bzw. aufdecken. Er soll aufgrund eigener Entscheidung, aber auch als Hilfsorgan des Bundestages im Auftrag tätig werden. Ziele sind die Förderung von Transparenz und eines professionellen Umgangs mit Fehlern sowie die Stärkung der Leistungsfähigkeit und Arbeitszufriedenheit, der Wertschätzung und Anerkennung der Behörden und ihrer Beschäftigten in der Öffentlichkeit. Dieser Beitrag untersucht, ob es der Einrichtung eines solchen Bundespolizeibeauftragten bedarf.

I. Einleitung

Die Rechtsordnung sieht für vielfältige Bereiche die Funktion einer bzw. eines „Beauftragten“ vor.¹ Beauftragte können organisatorisch einem Parlament zugewiesen sein – so ordnet etwa Art. 45b S. 1 GG die Berufung eines Wehrbeauftragten des Bundestages „zum Schutz der Grundrechte und als Hilfsorgan des Bundestages bei der Ausübung der parlamentarischen Kontrolle“ an.² Beauftragte können vorübergehend bestellt oder als Dauereinrichtung etabliert werden: Im Verteidigungsfall ermöglicht es Art. 115f Abs. 1 Nr. 2 GG der Bundesregierung, einem Mitglied der Landesregierung als „Bundesbeauftragtem“ (vorübergehend) Weisungsbefugnisse gegenüber der Bundesverwaltung, den Landesregierungen und den Landesbehörden zu übertragen.³ Auf Bundesebene finden sich „Beauftragte der Bundesregierung“, z. B. für Migration, Flüchtlinge und Integration (§§ 92 ff.

AufenthG), für Belange von Menschen mit Behinderungen, für Digitalisierung, für Informationstechnik, für die Nachrichtendienste des Bundes, für Fragen der Abrüstung und Rüstungskontrolle, für Wirtschaftlichkeit der Verwaltung⁴ und für Tourismus. Sie nehmen im Wesentlichen unterstützende und beratende Aufgaben wahr und sind nicht in die Verwaltungshierarchie eingegliedert. Bei anderen Beauftragten handelt es sich um eigenständige Behörden; dies gilt etwa für den Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit,⁵ der ohne Aussprache auf Vorschlag der Bundesregierung vom Deutschen Bundestag gewählt wird. In den Ländern finden sich ebenfalls Beauftragte der Landesregierungen und Landesdatenschutzbeauftragte, und auch die Kommunen können Beauftragte zum Zwecke der Vertretung von Interessen bestimmter Bevölkerungsgruppen bestellen (§ 27a S. 1 GO NRW: „Die Gemeinde kann zur Wahrnehmung der spezifischen Interessen von Senioren, von Jugendlichen, von Menschen mit Behinderung oder anderen gesellschaftlichen Gruppen (...) Beauftragte bestellen“).

Organisationsformen, Aufgaben, Zuständigkeiten und Befugnisse der Beauftragten sind heterogen ausgestaltet. Gemeinsam ist ihnen allen, dass sie für ein regelmäßig klar abgegrenztes Themenfeld weitestgehend unabhängig mit einer besonderen Expertise Beratungs-, Unterstützungs- und gegebenenfalls Kontrollfunktionen insbesondere bezüglich des Parlaments, der Regierung bzw. der Verwaltung ausüben. Diese Kontrollfunktionen werden häufig als Kompensation für das komplexer und autonomer gewordene Verwaltungshandeln, die Beauftragten als „Accountability-Institutionen“⁶ verstanden, also als Organe zur Förderung von Verantwortung und zur Realisierung von Rechenschaftspflichten. Beauftragte können zudem als Ansprechpartner und Berater für bestimmte Bevölkerungsgruppen und Einzelpersonen – etwa in Fach- und Rechtsfragen – wirken, als „Obleute“ in schiedsrichterlicher Funktion eingesetzt werden sowie Aufklärungs-, Berichts- und „Lobby“-Tätigkeiten wahrnehmen. Damit erweist sich der Beauftragte als flexibel nutzbares Organ, das mittels Unabhängigkeit und Fachkenntnis die Rationalität von Entscheidungsprozessen und -ergebnissen erhöhen, andere Stellen überwachen, Akzeptanz schaffen und (Partikular-)Interessen in der „Mehrheitsgesellschaft“

* Prof. Dr. Dr. Markus Thiel ist Leiter des Fachgebietes III.4 – Öffentliches Recht mit Schwerpunkt Polizeirecht an der Deutschen Hochschule der Polizei in Münster.

¹ Instruktiv Tettinger, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl. (2007), § 111; s. auch Mehde, ZG 2001, 145 ff. – Im Folgenden wird überwiegend die generisch männliche Formulierung „Beauftragter“ verwendet.

² S. dazu Krämer, UBWV 2010, 305 ff.; Paproth/Dimroth, NZWehr 2012, 16 ff.; Schmidt, BWV 2007, 97 ff.; s. auch schon Berkhan, NZWehr 1976, 177 ff.

³ Dazu Versteyl, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG, 6. Aufl. (2012), Art. 115f Rn. 11.

⁴ Vgl. Franz, DÖV 2008, 1042 ff.; Treuner, DVBl. 1992, 421 ff.

⁵ Dazu etwa v. Lewinski, ZG 2015, 228 ff.; Glauben, DVBl. 2017, 485 ff.

⁶ Dazu etwa Aden, Stellungnahme zum Gesetzentwurf, BT-Drs. 18/7616, v. 26.5.2017, BT-Ausschussdr. 18(4)898 E, S. 2 ff.

effektiv vertreten soll. Die Erfahrungen mit den Beauftragten sind dabei im Ganzen sehr positiv.

Vor diesem Hintergrund überrascht es nicht, dass das „Beauftragtenwesen“ eine Tendenz zur Expansion zeigt. Namentlich für solche Politikfelder und Verwaltungsbereiche, in denen – tatsächliche oder vermeintliche – Defizite wahrgenommen werden, wird schnell der Ruf nach einem unabhängigen Beauftragten laut. Dies erscheint grundsätzlich nachvollziehbar, allerdings sind bei der Bewertung solcher Forderungen verschiedene Aspekte zu berücksichtigen: Erstens müssen sich Aufgaben und Befugnisse des Beauftragten in die bereits bestehenden parlamentarischen, politischen und rechtlichen Kontrollmechanismen „einpassen“ (lassen), zweitens ist darauf zu achten, die Kompetenzen so zuzuschneiden, dass die Tätigkeit der übrigen gesetzlich vorgesehenen Organe, Gremien und Einrichtungen nicht eingeschränkt wird, und drittens ist die Neuerrichtung von Beauftragten – insbesondere bei einer Ausgestaltung als eigene Behörde – mit erheblichen Kosten verbunden, so dass sich auch mit Blick auf die haushaltsrechtlichen Vorgaben die Frage nach der Erforderlichkeit stellt. Politische „Kosmetik“ oder ein schlichtes „nice to have“ helfen Vorstößen zur Schaffung neuer Beauftragter nicht über diese Erforderlichkeitsschwelle hinweg.

Diese Erwägungen gelten auch für die Vorschläge zur Einrichtung von „Polizeibeauftragten“.⁷ Am 27. Februar 2019 hat die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN dem Deutschen Bundestag den Entwurf eines *Gesetzes über die unabhängige Polizeibeauftragte oder den unabhängigen Polizeibeauftragten des Bundes* (Bundespolizeibeauftragengesetz – BPolBeauftrG) vorgelegt.⁸ In einem begleitenden Antrag zur Erleichterung der Aufklärung polizeilichen Fehlverhaltens⁹ fordert die Fraktion die Bundesregierung zur Änderung der Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren (RiStBV) auf, um insbesondere Defizite bei der Mitwirkung von Polizeibeamtinnen und -beamten an Ermittlungsverfahren wegen polizeilichen Fehlverhaltens zu korrigieren. Der Gesetzentwurf befindet sich in der parlamentarischen Beratung; derzeit ist der Innenausschuss mit ihm befasst. Schon in der 18. Legislaturperiode hatte die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN inhaltlich weitestgehend identische Anträge eingebracht.¹⁰ Der Innenausschuss hat damals im Anschluss an eine Sachverständigenanhörung die Empfehlung ausgesprochen, die entsprechenden Vorlagen abzulehnen;¹¹ der Gesetzentwurf ist dann auch im Plenum gescheitert.

Der neuerliche Vorstoß auf Bundesebene trägt der Tatsa-

che Rechnung, dass in einigen Bundesländern in den zurückliegenden Jahren bereits Beauftragte für die Landespolizei eingerichtet worden sind, greift jüngste Ereignisse auf, die ein rechtsstaatliches Versagen von Polizeibehörden vermuten lassen, und folgt Stellungnahmen im Schrifttum, die sich für die Errichtung unabhängiger Kontrollorgane zur Verbesserung der „Fehlerkultur“ und als vertrauensbildende Maßnahme aussprechen.¹² In diesem Beitrag werden zunächst die wesentlichen Inhalte des Gesetzentwurfs dargestellt (u. II.). Es schließen sich eine eingehende Auseinandersetzung mit den Argumenten für und wider die Einrichtung eines Bundespolizeibeauftragten (u. III.) sowie ein Fazit (u. IV.) an.

II. Gesetzesinitiative zur Einrichtung eines Bundespolizeibeauftragten

Der aktuelle Gesetzentwurf sieht die Einrichtung einer bzw. eines Bundespolizeibeauftragten beim Bundestag vor (§ 1 Abs. 1 BPolBeauftrG-E). Im Hintergrund stehen die Erkenntnis, dass der Polizei als Trägerin des staatlichen Gewaltmonopols besondere Verantwortung und Vorbildfunktion zukommen, und die Tatsache, dass in einigen Bundesländern bereits unabhängige Stellen als Ansprechpartner für die Bürgerinnen und Bürger sowie die Bediensteten der Landespolizeibehörden geschaffen worden sind.¹³ Der Gesetzentwurf sieht ein Bedürfnis für eine solche Einrichtung auch auf Bundesebene für die Bundespolizei, das Bundeskriminalamt, den Zoll und die Polizei beim Deutschen Bundestag. Er hebt die Bedeutung einer externen unabhängigen Kontrolle hervor und betont die Notwendigkeit einer Aufarbeitung behördlichen Fehlverhaltens sowie einer Behebung struktureller Mängel. Zudem erwartet der Entwurf eine Förderung und Erleichterung der parlamentarischen Kontrolle der Polizeibehörden des Bundes.¹⁴ Fach- und Dienstaufsichtsbeschwerden werden als „nach innen gerichtete Verfahren“ nicht für ausreichend erachtet, eine wirksame und unabhängige Selbstkontrolle der Polizei zu ermöglichen und Vertrauen zu fördern.

Der Gesetzentwurf soll die gesetzlichen Grundlagen für die Schaffung der unabhängigen Stelle einer Polizeibeauftragten oder eines Polizeibeauftragten des Bundes als Hilfsorgan des Deutschen Bundestages bereitstellen,¹⁵ der nach § 18 Abs. 1 S. 1 BPolBeauftrG-E „in einem öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis zum Bund“ stehen und seinen Dienstsitz in Berlin (§ 19 Abs. 1 des Entwurfs) haben soll. Seine Zuständigkeit soll sich auf die Bundespolizei, das Bundeskriminalamt, die Bundeszollverwaltung und die Polizei beim Deutschen Bundestag erstrecken (§ 1 Abs. 2 S. 1 BPolBeauftrG-E); die Bezeichnung als „Bundespolizeibeauftragter“ ist daher etwas unglücklich, weil

⁷ Dazu etwa *Aden*, vorgänge Nr. 204 (2013), 10 ff.

⁸ BT-Drs. 19/7928.

⁹ BT-Drs. 19/7929.

¹⁰ BT-Drs. 18/7616 v. 19.2.2016.

¹¹ Bericht des Innenausschusses, BT-Drs. 18/12826.

¹² Vgl. schon *Waechter*, ZRP 1996, 293 ff.; *Aden*, vorgänge Nr. 204 (2013), 10 ff.; *Behrendes*, vorgänge Nr. 204 (2013), 41 ff.; s. auch schon *Fink*, FoR 1997, 9 ff.; *Gössner*, in: FS Kutscha, 2013, S. 195 ff.; zu Vorschlägen für eine „demokratische Polizeiverfassung“ *Lisken*, ZRP 1998, 270 ff.; zu „Ombudsmännern“ nach australischem Vorbild *Brusten*, NK 3/1997, 16 ff.; s. auch *Klimpel*, FoR 1996, 23 f.; *Behrendes/Stenner*, in: Leßmann-Faust (Hrsg.), *Polizei und Politische Bildung*, 2008, S. 45 ff.

¹³ BT-Drs. 19/7928, S. 1.

¹⁴ A.a.O., S. 2.

¹⁵ A.a.O., S. 3.

sie suggeriert, dass nur die Bundespolizei erfasst ist. Das Aufgabenportfolio des Beauftragten erstreckt sich nach § 1 Abs. 2 S. 2 des Entwurfs einerseits darauf, „1. Fehler und Fehlverhalten im Einzelfall, die auf eine Verletzung von Rechtsstaatlichkeit, insbesondere von Grundrechten und der Diskriminierungsfreiheit schließen lassen“, sowie „2. entsprechende strukturelle Mängel und Fehlentwicklungen zu erkennen und ihnen vorzubeugen“. Normtechnisch eigentümlich erscheint die Festlegung der Ziele der Aufgabenerfüllung des Bundespolizeibeauftragten in § 1 Abs. 2 S. 3 BPolBeauftrG-E. Die Norm erläutert, dass Transparenz und ein professioneller Umgang mit Fehlern gefördert sowie die Leistungsfähigkeit und Arbeitszufriedenheit, die Wertschätzung und Anerkennung der Behörden und ihrer Beschäftigten in der Öffentlichkeit gestärkt werden sollen. Die Funktion dieses Satzes bleibt unklar – es handelt sich nicht um normative Tatbestandsmerkmale, sondern um eine Beschreibung der Zielvorgaben für das gesamte Gesetz, die aber nicht so formuliert sind, dass sie als klare Maßstäbe für die Aufgabenerfüllung – etwa im Sinne einer Beschränkung, einer Handlungsvorgabe o.ä. – herangezogen werden könnten. Der Satz ist entbehrlich, weil sich die Zielsetzungen der Regelungen ohne weiteres auch aus der Begründung des Gesetzentwurfs ergeben. Der Normtext sollte nicht mit Formulierungen überladen werden, deren normative Funktion im Unklaren bleibt.

Aktiv soll der Beauftragte als Hilfsorgan des Bundestages bei der Ausübung der parlamentarischen Kontrolle (ohne dabei aber an Weisungen gebunden zu sein), aber auch nach pflichtgemäßem Ermessen aufgrund eigener Entscheidungen (§ 1 Abs. 3 des Entwurfs) werden – aufgrund von Eingaben oder wenn ihm auf sonstige Weise Umstände aus seinem Aufgabenbereich bekannt werden (§ 5 des Entwurfs). Im Rahmen seiner Funktion als Hilfsorgan können ihm der Bundestag, eine Fraktion, fünf vom Hundert der Mitglieder des Bundestages sowie der Innen-, Finanz- oder Petitionsausschuss „Aufträge zur Überprüfung von Strukturen, Entwicklungen und Einzelfällen“ in seinem Aufgabenbereich erteilen (§ 3 BPolBeauftrG-E).

Gemäß § 4 Abs. 1 BPolBeauftrG-E kann jede natürliche oder juristische Person dem Bundespolizeibeauftragten mündlich, schriftlich oder elektronisch Hinweise auf strukturelle Mängel, Fehlentwicklungen, Fehler oder Fehlverhalten geben. Nach Absatz 2 der Vorschrift können sich auch Beschäftigte der vom Zuständigkeitsbereich des Beauftragten erfassten Behörden unmittelbar und ohne Einhaltung des Dienstweges (und ohne vorherige Remonstration¹⁶) an diesen wenden.

Zentrale Vorschrift des Gesetzentwurfs ist § 6 Abs. 3: Enthalten Hinweise oder Eingaben hinreichende Informationen über Fehlverhalten oder Fehlentwicklungen in einer oder mehreren Behörden, so klärt der Bundespolizeibeauftragte den Sachverhalt und die Hintergründe auf. Dazu stehen ihm die in § 7 geregelten Befugnisse zu: Er kann Stellungnahmen anfordern, Auskunft und die Beantwortung von Fragen verlangen, Akten und elektronische Datenträger der den Bundesministerien des Innern und der Finanzen unterstellten Dienststellen einsehen, Kopien

oder Ausdrucke mitnehmen sowie Bedienstete der Behörden, Betroffene und andere Personen, die zur Aufklärung des Sachverhalts beitragen können, anhören. Damit sind dem Bundespolizeibeauftragten und seinen Beschäftigten umfangreiche Ermittlungsinstrumente an die Hand gegeben. Seine Tätigkeit mündet in das Recht nach § 7 Nr. 6, festgestellte Rechtsverstöße gegenüber der zuständigen obersten Bundesbehörde förmlich zu beanstanden.

Bedeutsam sind zudem die Regelungen in § 13 BPolBeauftrG-E zum Verhältnis der Untersuchungen des Beauftragten zum strafrechtlichen Ermittlungsverfahren und zum Disziplinarverfahren. Gemäß Absatz 1 kann der Beauftragte einen Vorgang der für die Einleitung des Straf- oder Disziplinarverfahrens zuständigen Stelle zuleiten, soweit dem Einsender nicht die vertrauliche Behandlung zugesagt wurde. Die Untersuchungen des Beauftragten werden nach Absatz 2 parallel zum Straf- oder Disziplinarverfahren fortgeführt, „wenn damit ein eigenes Erkenntnisinteresse (...) verbunden ist“. Ein solches Interesse wird – sofern ein Einzelfall untersucht wird – insbesondere dann gegeben sein, wenn dieser Einzelfall über sich selbst hinausreichende Aufschlüsse über strukturelle Fehlentwicklungen geben kann.

Gemäß § 16 Abs. 1 BPolBeauftrG-E ist der Bundespolizeibeauftragte dem Bundestag gegenüber berichtspflichtig; er hat alle zwei Jahre einen schriftlichen Gesamtbericht vorzulegen, der auch Empfehlungen für strukturelle Änderungen in den in seinen Zuständigkeitsbereich fallenden Behörden und über Maßnahmen zur Verbesserung der Fehlerkultur enthalten soll. Nach Absatz 2 der Vorschrift kann er jederzeit dem Bundestag bzw. seinen Ausschüssen Einzelberichte vorlegen und diese auch veröffentlichen, nachdem der betroffenen Behörde zuvor Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden ist. Einen Einzelbericht muss der Beauftragte nach Absatz 3 schließlich dann abgeben, wenn er mit der Untersuchung von Vorfällen oder Entwicklungen durch den Bundestag oder einen seiner Ausschüsse beauftragt worden ist – dies soll über den Wortlaut hinaus wohl auch für eine Auftragserteilung durch eine Fraktion oder fünf vom Hundert der Mitglieder des Bundestages (vgl. § 3 Abs. 1 S. 1 BPolBeauftrG-E) gelten.

III. Rechtliche und rechtspolitische Würdigung

Sollte diesen Vorschlägen des Gesetzentwurfs gefolgt werden? Die Einrichtung eines Bundespolizeibeauftragten ist – anders als die Position des Wehrbeauftragten – jedenfalls nicht ausdrücklich verfassungsrechtlich geboten. Auch die Grundrechte der Bürgerinnen und Bürger bzw. der Polizeibeamtinnen und -beamten bzw. das Recht auf effektiven Rechtsschutz in Art. 19 Abs. 4 GG fordern seine Schaffung nicht. Die Rechtsordnung sieht vielfältige Beschwerde- und Rechtsschutzmöglichkeiten bei polizeilichem Fehlverhalten vor, auch für Bedienstete der Polizeibehörden selbst. Strukturellen Fehlentwicklungen haben Politik und Gesetzgeber entgegenzuwirken.

¹⁶ Vgl. BT-Drs. 19/7928, S. 20; s. § 63 Abs. 2 BBG.

Die vorhandenen Instrumente sind freilich nicht deckungsgleich mit der im Gesetzentwurf konzipierten „Doppelfunktion“ eines Bundespolizeibeauftragten. Beispielfähig lassen sich dazu die folgenden Einrichtungen nennen: Von den Gegnern eines Bundespolizeibeauftragten wird in der Diskussion häufig auf den Petitionsausschuss des Bundestags verwiesen.¹⁷ Dessen Kontrollmöglichkeiten bleiben allerdings hinter denjenigen zurück, die der Gesetzentwurf dem Bundespolizeibeauftragten zuweist. Es erfolgt keine polizeifachliche Bewertung, und der Ausschuss wird allein aufgrund einer entsprechenden Eingabe tätig, nicht aber auf Anregung bzw. im Auftrag anderer Stellen.¹⁸

Beim Bundespolizeipräsidenten ist – als unmittelbare Reaktion auf Vorwürfe der Misshandlung von Flüchtlingen und des Rassismus bei der Bundespolizeiinspektion Hannover – im Jahre 2015 eine Vertrauensstelle geschaffen worden.¹⁹ Sie ermöglicht es, als problematisch wahrgenommene Sachverhalte auch ohne Beschreiten des Dienstweges an die Behördenleitung herantragen zu können. Der Zugang zu dieser ist jedoch nur den Bediensteten der Bundespolizei eröffnet, nicht aber etwa den Bürgerinnen und Bürgern und auch nicht den Angehörigen des Bundeskriminalamtes, des Zolls und der Polizei beim Deutschen Bundestag. Zudem ist die Stelle organisatorisch unmittelbar dem Bundespolizeipräsidenten unterstellt. Aufgrund dieser Einbindung unterliegt ihre Tätigkeit dem Legalitätsprinzip,²⁰ so dass eine „ergebnisoffene“ Beratung nicht erfolgen kann. Diese Stelle bleibt also ebenfalls hinter den Aufgaben eines Bundespolizeibeauftragten nach dem Modell des Gesetzentwurfs zurück. Auch die Personalvertretungen, die Gleichstellungsbeauftragten, die Polizeiseelsorge, die Sucht- und Sozialberatung, die Datenschutzbeauftragten und die Gewerkschaften der Polizei nehmen unterstützende und beratende Aufgaben wahr – allerdings wiederum ausschließlich für die Bediensteten der Polizeibehörden. Eine Unterstützung der parlamentarischen Kontrolle findet damit nicht statt. Dennoch zeigt die Vielzahl der genannten Stellen, dass das „Netz“ an Unterstützungsangeboten, Ansprechpartnern und Anlaufstellen für die Beschäftigten der Sicherheitsbehörden dicht gespannt ist.

Daneben tritt die Möglichkeit für Bürgerinnen und Bürger, Beschwerde bei der zuständigen Polizeibehörde auf der Grundlage eines ausdifferenzierten Beschwerdemanagements, Strafanzeigen und Dienstaufsichtsbeschwerden sowie Rechtsmittel gegen behördliche Entscheidungen einzulegen. Ähnliche Optionen stehen den Polizeibeamtinnen und -beamten und anderen Bediensteten der Polizeibehörden zur Verfügung. Die Beamtinnen und Beamten trifft nach § 63 Abs. 2 S. 1 des *Bundesbeamtengesetzes* sogar die Pflicht, Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit dienstlicher Anordnungen unverzüglich bei der oder dem

unmittelbaren Vorgesetzten geltend zu machen, bei Aufrechterhaltung der Anordnung und Fortbestand der Bedenken beim nächsthöheren Vorgesetzten (sog. „Remonstrationspflicht“). Die Fülle der denkbaren „rechtsförmlichen“ Handlungsvarianten kann hier nicht nachgezeichnet werden; deutlich werden soll aber, dass sowohl den Bürgerinnen und Bürgern als auch den Behördenbediensteten eine Vielzahl an Möglichkeiten zur Verfügung steht, sich gegen als rechtswidrig wahrgenommenes Verhalten zur Wehr zu setzen. Auch diesbezüglich gilt das Legalitätsprinzip: bei Bestehen eines Anfangsverdachts einer Straftat müssen Ermittlungsmaßnahmen aufgenommen werden. Was die Bediensteten der Polizeien des Bundes angeht, ist vor dem Hintergrund dieses komplexen Geflechts interner Optionen zu erwarten, dass sie sich möglicherweise nur in solchen Fällen an einen Bundespolizeibeauftragten beim Bundestag wenden werden, in denen sie eine behördeninterne Aufarbeitung nicht (mehr) für möglich halten, oder in denen sie Repressionen fürchten. Denn mit der Unabhängigkeit des Beauftragten wird meist auch eine Wahrnehmung als „Polizeiexterner“ verbunden sein, dem sich (vielleicht auch zum Schutz der eigenen Behörde und der Kolleginnen und Kollegen) nicht unbedingt jeder Betroffene anvertrauen mag. Gerade in solchen Fällen wird aber ohnehin die Einleitung weiterer Untersuchungen einschließlich strafprozessualer Ermittlungsmaßnahmen zwingend erforderlich sein, hinsichtlich derer ein Bundespolizeibeauftragter an seine Kompetenzgrenzen stöße.

Der Bundespolizeibeauftragte soll sich nach der Konzeption des Gesetzentwurfs allerdings nicht (nur) mit Einzelfällen befassen, sondern (auch anhand dieser Einzelfälle) die Polizeien des Bundes und die Bundeszollverwaltung als Institutionen insgesamt im Blick halten, um Fehlentwicklungen namentlich „systematischer“ Natur frühzeitig zu erkennen und Maßnahmen zu ihrer politischen Behebung einleiten zu können.²¹ Vorteile eines Bundespolizeibeauftragten werden auch in der Funktion einer „Kanalisierung“, einer Zuleitung von Missständen an das Parlament gesehen.²² Ob aber ein Beauftragter nach dem Zuschnitt des Gesetzentwurfs als ein solches „Frühwarnsystem“ für drohendes strukturelles Versagen der Sicherheitsbehörden des Bundes funktionieren würde, ist mit erheblichen Zweifeln belastet. Auch in diesem Kontext dürfte sich die Eigenschaft als externes und unabhängiges Organ als nachteilhaft erweisen – strukturelle Mängel und Fehlentwicklungen nehmen ihren Ausgang im Regelfall innerhalb einer Behörde; treten sie solchermaßen zu Tage, dass sie im Wege von Eingaben, belastbaren Hinweisen oder Prüfaufträgen der auftragsberechtigten Organe (§ 3 BPolBeauftrG-E) an den Beauftragten herangetragen werden oder er diese im Rahmen seiner eigenständigen Tätigkeit wahrnimmt, wird es häufig schon zu spät sein. Aufgrund der Personalstärke der von seinem Zuständigkeits-

¹⁷ Zu diesem Ausschuss und seiner Tätigkeit *Röper*, NVwZ 2002, 53 f.; *Stöhr*, ZParl 1989, 87 ff.

¹⁸ Abg. *Mihalic* (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN), Plenarprotokoll BT, 90. Sitzung, 22.3.2019, S. 10764.

¹⁹ S. dazu die Kleine Anfrage der Fraktion DIE LINKE v. 15.7.2015, BT-Drs. 18/5616, sowie die Antwort der Bundesregierung v. 6.8.2015, BT-Drs. 18/5726.

²⁰ Abg. *Mihalic* (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN), Plenarprotokoll BT, 90. Sitzung, 22.3.2019, S. 10764.

²¹ Abg. *Mihalic* (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN), Plenarprotokoll BT, 90. Sitzung, 22.3.2019, S. 10764.

²² Abg. *Strasser* (FDP), Plenarprotokoll BT, 90. Sitzung, 22.3.2019, S. 10770.

bereich erfassten Behörden und ihres räumlichen Verbreitungsfeldes werden die Befugnisse zur Anforderung von Stellungnahmen, zur Einsicht von Akten und elektronischen Datenträgern und zur Betretung von Dienststellen kaum weiterhelfen, strukturelle Fehlentwicklungen frühzeitig auszumachen. Selbst bei entsprechender Personalausstattung des Bundespolizeibeauftragten ist eine gewissermaßen „begleitende Beobachtung“, wie sie sich der Gesetzentwurf vorstellt, eine unerfüllbare Aufgabe. Letztlich wird seine Betätigung daher vor allem „reaktiver“ Natur sein – in Bezug auf die ihm vorgelegten Einzelfälle und hinsichtlich bereits manifester struktureller Fehlentwicklungen.

Dies vorausgesetzt, stellt sich die Frage nach der Erforderlichkeit eines Bundespolizeibeauftragten. Denn seine Einrichtung ist mit nicht unerheblichen finanziellen Lasten verbunden. Der Gesetzentwurf geht von jährlichen Kosten für Personal- und Sachmittel von 1,85 Millionen Euro aus.²³ Dies stellt zwar nicht *per se* einen Verstoß gegen die Haushaltsgrundsätze von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit²⁴ (vgl. § 7 Abs. 1 der *Bundshaushaltsordnung*) dar, da mit der Wahrnehmung der gesetzlich zugewiesenen Aufgaben durchaus ein gewisser „Mehrwert“ verbunden sein kann, führt aber jedenfalls zum Erfordernis einer Rechtfertigung der Schaffung eines Bundespolizeibeauftragten.

Keinerlei Rechtfertigungskraft entfaltet die Tatsache, dass einzelne Bundesländer bereits Landespolizeibeauftragte (bzw. vergleichbare Einrichtungen) geschaffen haben. Zum Beispiel wurde in Schleswig-Holstein durch eine Änderung des *Gesetzes über die Bürgerbeauftragte oder den Bürgerbeauftragten für soziale Angelegenheiten des Landes Schleswig-Holstein und die Beauftragte oder den Beauftragten für die Landespolizei Schleswig-Holstein* (Bürger- und Polizeibeauftragtenengesetz – BüPolBG) das Amt der Beauftragten für die Landespolizei Schleswig-Holstein geschaffen, die sich u. a. mit Beschwerden natürlicher oder juristischer Personen gegen ein persönliches Fehlverhalten einzelner Polizeivollzugsbeamtinnen und -beamten oder die Rechtswidrigkeit einer polizeilichen Maßnahmen, aber auch mit Eingaben von Polizeibeschäftigten befasst (§§ 10 ff.).²⁵ Übergeordnete Aufgabe ist es dabei, „das partnerschaftliche Verhältnis zwischen Bürger und Polizei zu stärken“ (§ 10 Abs. 1). Das *Landesgesetz über den Bürgerbeauftragten des Landes Rheinland-Pfalz und den Beauftragten für die Landespolizei* sieht ähnliche Aufgaben für den Beauftragten für die Landespolizei vor (§§ 16 ff.).²⁶ Ein anderes Modell hat Baden-Württemberg mit der Schaffung eines Bürgerbeauftragten durch das *Gesetz über die Bürgerbeauftragte oder den Bürgerbeauf-*

tragten des Landes Baden-Württemberg gewählt: Der Beauftragte ist dort für die Stärkung der Bürgerinnen und Bürger im Verkehr mit allen Behörden des Landes zuständig (§ 1 S. 1); die Förderung des partnerschaftlichen Verhältnisses zwischen Bürgerschaft und Polizei ist in diesem Rahmen nur eine Teilaufgabe. In Nordrhein-Westfalen hat die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN dem Landtag mit Datum vom 9. Mai 2019 den Entwurf eines *Gesetzes über die unabhängige Beauftragte oder den unabhängigen Beauftragten für die Polizei des Landes Nordrhein-Westfalen* (Polizeibeauftragtenengesetz Nordrhein-Westfalen – PolBeaufG NRW)²⁷ vorgelegt. Nicht verwechselt werden darf das darin enthaltene Konzept mit dem in Nordrhein-Westfalen bereits durch die Landesregierung ernannten „Polizeibeauftragten“, der unmittelbar dem Innenminister zugeordnet und als unabhängiger und weisungsungebundener Ansprechpartner für die Beschäftigten der Landespolizei tätig ist. Aus dem Spektrum der weiteren Modelle kann die Einrichtung einer „Polizeikommission“ genannt werden.²⁸ Dass die Länder für ihre Polizeibehörden teilweise Beauftragte eingerichtet haben, beruht auf ihrer eigenen politischen Entscheidung; Folgerungen für den Bund und die Rechtfertigung der Schaffung eines Bundespolizeibeauftragten lassen sich daraus nicht gewinnen.

Auch der häufig gezogene Vergleich mit dem Wehrbeauftragten²⁹ des Deutschen Bundestages führt nicht weiter. Seine Berufung ist in Art. 45b S. 1 GG verfassungsrechtlich vorgeschrieben. Auslandseinsätze der Bundeswehr müssen vom Bundestag genehmigt werden. Die deutschen Streitkräfte werden als „Parlamentsheer“ charakterisiert; der parlamentarischen Kontrolle kommt damit eine besondere Bedeutung zu. Die Bundespolizei ist hingegen keine „Parlamentspolizei“³⁰ – auch nicht, wenn sie gemäß § 8 BPolG im Ausland eingesetzt wird. Die Entscheidung über ihre Verwendung etwa zur Mitwirkung an polizeilichen oder anderen nichtmilitärischen Aufgaben im Rahmen von internationalen Maßnahmen nach § 8 Abs. 1 S. 1 BPolG erfolgt durch die Bundesregierung (Satz 3).³¹ Der Wehrbeauftragte ist „Anwalt der Soldatinnen und Soldaten“,³² was auch deren eingeschränkten grundrechtlichen Schutz kompensieren soll, während dem Bundespolizeibeauftragten nach dem Gesetzentwurf gewissermaßen als „erste Säule“ seiner Aufgaben im Wesentlichen Kontrollfunktionen zugewiesen werden. Gemäß § 7 des *Gesetzes über den Wehrbeauftragten des Deutschen Bundestages* besteht ein Eingaberecht (nur) für die Soldatinnen und Soldaten; anonyme Eingaben werden nach § 8 WBeauftrG nicht bearbeitet. Auch diese einfachgesetzliche Ausgestaltung der Funktion des Wehrbeauftragten zeigt, dass erhebliche Unterschiede zu derjenigen des Bundespolizei-

²³ BT-Drs. 19/7928, S. 4.

²⁴ Vgl. etwa *OVG Münster*, DÖV 1991, 611 (612); *Heller*, Haushaltsgrundsätze für Bund, Länder und Gemeinden, 2. Aufl. (2010), Rn. 711 ff.; *Büch*, Zur Bestimmung der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und der Sparsamkeit im Öffentlichen Haushalt der Bundesrepublik Deutschland, 1976.

²⁵ Dazu *Dombert/Scharfenberg*, NordÖR 2017, 525 ff.; *Frankenstein*, NordÖR 2017, 7 ff.

²⁶ *Perne*, LKRZ 2015, 45 ff.

²⁷ LT-Drs. 17/6147.

²⁸ *Gössner*, Bürgerrechte & Polizei/CILIP 2000 (Nr. 67), 34 ff.; *Lehne*, in: *Liebl* (Hrsg.), Fehler und Lernkultur in der Polizei, 2004, S. 123 ff.; *Moslehi*, HRN 2016, 17 ff.

²⁹ Dazu *Walz*, NZWehr 1979, 201 ff.; *Krämer*, UBWV 2010, 305 ff.; *Paproth/Dimroth*, NZWehr 2012, 16 ff.; *Schmidt*, BWV 2007, 97 ff.

³⁰ Eingehend *Thiel*, in: *Möllers/van Ooyen* (Hg.), Jahrbuch Öffentliche Sicherheit 2014/2015, 2015, S. 591 ff.

³¹ Dazu *Thiel*, Die „Entgrenzung“ der Gefahrenabwehr, 2011, S. 46 ff.

³² Vgl. *Abg. Kuffer* (CDU/CSU), Plenarprotokoll BT, 90. Sitzung, 22.3.2019, S. 10776.

beauftragten nach der Konzeption des Gesetzentwurfs bestehen.

Verantwortung und Rechtstreue, *Accountability*³³ und *Compliance*³⁴ sind bedeutsame Ziele und Eigenschaften jeglicher Verwaltungstätigkeit, namentlich derjenigen der Sicherheitsbehörden. Polizeiliches Fehlverhalten im Einzelfall ist ohne jede Einschränkung aufzuklären und im Falle einer Vorwerfbarkeit zu ahnden. Strukturelle Defizite und unerwünschte Entwicklungen in der Polizei müssen frühzeitig erkannt und zeitnah und nachhaltig mit politischen, gesetzgeberischen und verwaltungsinternen Mitteln behoben werden. Auch die Fortentwicklung und Verbesserung einer polizeilichen „Fehlerkultur“ ist eine wichtige Aufgabe. Ob aber das Modell eines Bundespolizeibeauftragten nach dem Zuschnitt des Gesetzentwurfs zur Förderung dieser Aspekte eine geeignete und erforderliche Lösung darstellt, muss nach den vorstehenden Überlegungen in Zweifel gezogen werden.

Ganz im Gegenteil: Es bestehen durchgreifende Bedenken gegen den Nutzen eines solchen Beauftragten und damit – auch angesichts der zu erwartenden Kosten – gegen die Erforderlichkeit seiner Schaffung. Die im Gesetzentwurf vorgesehenen Aufgaben wird ein Bundespolizeibeauftragter letztlich nur „reaktiv“ erfüllen können, und es sind aufgrund des breit aufgespannten, dichten „Netzes“ an Kontroll-, Beschwerde-, Rechtsschutz- und Sanktionsmöglichkeiten im Ergebnis keine Lücken festzustellen, die durch die Schaffung eines solchen Beauftragten mit seinen Ermittlungsbefugnissen geschlossen werden müssten. Der hiervon zu erwartende rechtsstaatliche Ertrag erscheint damit gering, bieten doch die geltende Rechtsordnung und die interne Behördenorganisation vielfältige Varianten eines Vorgehens gegen Fehlverhalten und Fehlentwicklungen. Für die Behebung struktureller Defizite im Polizeiapparat sind das jeweilige Innenressort der Regierung und der jeweilige Gesetzgeber berufen. Dass das Parlament dabei der Beratung und Unterstützung bedarf, ist evident; hierfür aber einen Bundespolizeibeauftragten einsetzen zu wollen, verkennt die bereits bestehenden Informations- und Kommunikationswege und die Möglichkeiten der Heranziehung anderweitiger externer Expertise.

Die Errichtung eines angesichts dieses Befundes im Wesentlichen „symbolisch“ agierenden Beauftragten, um den Bürgerinnen und Bürgern und den Behördenbediensteten die Beschreitung der längst schon vorgesehenen und bewährten Beschwerdewege und Rechtsschutzoptionen zu ersparen, erscheint dann doch als sehr dünne Legitimationsgrundlage für eine weitere Kostenposition dieser Größenordnung. Gewiss: Sich an eine unabhängige Stelle wenden zu können, kostet die Bürgerinnen und Bürger wohl meist weniger Überwindung, als sich etwa im Rahmen des Beschwerdemanagements „bei der Polizei über die Polizei zu beschweren“. Aber fördert es tatsächlich – wie die Befürworter von Polizeibeauftragten regelmäßig behaupten – das Vertrauen in die Polizei, wenn man sich

nicht traut, dort vorzusprechen, Zuflucht zu einem Externen nehmen muss, und diese Notwendigkeit eines Herantretens an eine Stelle außerhalb des Behördenapparats dann auch noch institutionalisiert und verstetigt wird? Wie soll ein externer „Sonderermittler“ das Vertrauen in eine von ihm überwachte Institution fördern, wenn seine Aufgabe im Wesentlichen darin besteht, Fehlverhalten und Missstände aufzudecken und öffentlich zu machen? Die These von der Vertrauenssteigerung durch Polizeibeauftragte ist damit wenig überzeugend.

Die Gesetzesinitiativen zur Errichtung eines unabhängigen Bundespolizeibeauftragten sind von dem Wunsch getragen, polizeilichem Fehlverhalten und strukturellen Fehlentwicklungen möglichst frühzeitig entgegenzuwirken, in Einzelfällen sowohl für die Bürgerinnen und Bürger als auch für die Polizeibeamtinnen und -beamten selbst eine zusätzliche Anlaufstelle und Beschwerdemöglichkeit zur Verfügung zu stellen und damit insgesamt zur Transparenz und Akzeptanz polizeilichen Handelns beizutragen. Es schwingt dabei freilich ein gewisser Missklang mit: Die Annahme nämlich, dass die Organisation „Polizei“ strukturell anfällig für Fehlentwicklungen, die Tätigkeit der Polizeibehörden zu individuellem devianten Verhalten geneigt ist – und zwar in einer Weise, die es gebietet, über die vom Rechtsstaat zur Verfügung gestellten, umfangreichen und vielfältigen Kontrollmechanismen und Korrekturinstrumente hinaus den Akteuren in Politik, Verwaltung und Justiz ein weiteres Organ an die Seite zu stellen, das der Polizei „auf die Finger“ zu schauen habe. Diesbezüglich von einem die polizeiliche Tätigkeit herabsetzenden „Generalverdacht“ zu sprechen, ist zu undifferenziert. Und doch werden die positiv besetzten Begriffe Transparenz, Akzeptanz, *Accountability*, *Compliance* und Fehlerkultur überlagert von der die Forderungen nach einem Bundespolizeibeauftragten begleitenden diffusen Idee, der Status Quo des Schutzes vor Fehlern und Fehlentwicklungen der Polizei sei derzeit irgendwie unzureichend. Nach alledem erscheinen die beharrlichen Vorstöße zur Schaffung eines Bundespolizeibeauftragten zwar weniger als Ausdruck eines politisch-ideologisch unterfütterten Generalverdachts gegenüber den Polizeibehörden des Bundes, zumindest aber als Ansatz einer Zentralisierung und Bündelung von Verantwortlichkeit und Kontrolle in einem im Grundsatz dezentral angelegten Behördengefüge. Im Ergebnis wäre es sachgerechter, über Optimierungen des behördeninternen Beschwerdemanagements, die Erweiterung von Beratungs- und Begleitangeboten für Beschäftigte und über Maßnahmen zur weiteren Verbesserung des Verhältnisses zwischen Polizeibehörden und Bevölkerung nachzudenken. Denn bei realistischer Betrachtung könnte die Schaffung eines Bundespolizeibeauftragten auch dazu führen, dass die Akteure in Politik, Ministerien und Behörden sich selbst nicht mehr wie zuvor in die Pflicht zu einer kontinuierlichen Kontrolle, Evaluation und Revision polizeilicher Aufgabenerfüllung genommen fühlen, sondern mit den Zuständigkeiten und Kompetenzen auch diese Pflicht

³³ Zum Begriff insbesondere im Datenschutzkontext *Veil*, ZD 2018, 9 ff.; *Conrad*, ZD 2016, 553 f.

³⁴ Zur *Compliance* bei den Polizeibehörden vgl. etwa *Braun/Albrecht*, in: *Stober/Ohrtmann* (Hrsg.), *Compliance. Handbuch für die öffentliche Verwaltung*, 2015, § 22.

jedenfalls teilweise als auf den Beauftragten übergegangen empfinden.³⁵ Im grundrechtssensiblen Handlungsfeld der inneren Sicherheit kann aber Beauftragten nicht befreien.

IV. Fazit

Die Schaffung eines Bundespolizeibeauftragten nach der Konzeption des Gesetzentwurfs der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN ist – auch angesichts der zu erwartenden finanziellen Aufwendungen – rechtfertigungsbedürftig, weil sie verfassungsrechtlich nicht geboten ist und eine weitere Stelle das ohnehin schon komplexe Gefüge – entgegen Vorstellungen von einem „schlanken Staat“ – weiter verkompliziert. Die Erforderlichkeit eines solchen Beauftragten ist mithin mit sachlichen Gründen zu belegen. In der parlamentarischen Debatte wird oft angemerkt, es sprächen keinerlei Gründe gegen seine Einrichtung – das allein kann indes kein Grund sein, eine bei näherer

Betrachtung nicht erforderliche Stelle zu kreieren. Im Ergebnis lassen sich keine belastbaren Argumente für den Bundespolizeibeauftragten finden: Weder ist die Schaffung vergleichbarer Einrichtungen in einigen Ländern als Indiz zu werten, noch vermag der Wunsch nach einer optimierten Fehlerkultur und einer Verbesserung des Vertrauensverhältnisses zwischen Sicherheitsbehörden und Bevölkerung allein die Einrichtung eines solchen Beauftragten zu legitimieren. Nicht alle im Gesetzentwurf vorgesehenen Aufgaben werden sachgerecht wahrgenommen werden können, bei anderen ergeben sich „Dopplungen“ bei den Zuständigkeiten und Kompetenzen mit anderen Behörden und Einrichtungen. Spricht damit letztlich allein die irgendwie anheimelnde Vorstellung von einem über die polizeiliche Aufgabenerfüllung wachenden neutralen Beobachter für die Schaffung eines Bundespolizeibeauftragten, steht seine Berechtigung auf sehr wackligen Beinen.

³⁵ Schon *Westphal*, ZRP 1987, 295 f., sieht die Gefahr, dass die Einrichtung eines Polizeibeauftragten als Alibi für anderweitige Untätigkeit dienen könnte.

Digitaloffensive im Strafrecht! Verbesserte Bekämpfung von Cyberkriminalität durch das IT-Sicherheitsgesetz 2.0?

von Dr. Anna Oehmichen und
Björn Weißenberger*

Abstract

Der Beitrag beschäftigt sich mit den Änderungen, die der Referentenentwurf des IT-Sicherheitsgesetzes 2.0 in den Bereichen des materiellen und prozessualen Strafrechts vorsieht. Besonders eingegangen wird dabei auf das Zugänglichmachen von Leistungen zur Begehung von Straftaten (§ 126a StGB-E; sog. Darknet-Paragraph) und die zwangsweise durchsetzbare Nutzung von Benutzerkonten durch Polizeibeamte (§ 163g StPO-E). Im Ergebnis werden die Vorschläge abgelehnt.

I. Einführung

Cyber- und Informationssicherheit gehören zu den Themen, die in Nachrichten und Politik regelmäßig auf der Tagesordnung stehen.¹ Im gleichen Atemzug wird häufig auch das Phänomen der Internetkriminalität („Cybercrime“) genannt, wenngleich es sich hierbei eigentlich um ein anderes Themengebiet handelt. Dieses erlangt in der Tagespresse regelmäßig dann besondere Beachtung, wenn im Bereich des sog. Darknet² operiert wird,³ wie beispielsweise beim Verkauf der Tatwaffe, die zur Begehung der Münchener Attentate am Olympia Einkaufszentrum am

22.7.2016 gebraucht wurde,⁴ und/oder wenn kinderpornographische Netzwerke ausgehoben werden.⁵ Das Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat (BMI) sieht hier Regelungsbedarf und hat deshalb 2018 das (inoffizielle) Gesetzgebungsverfahren zu einem sog. IT-Sicherheitsgesetz 2.0 angestoßen.⁶ Der entsprechende Referentenentwurf (RefE) wurde am 3.4.2019⁷ von netzpolitik.org veröffentlicht und ist zurzeit Gegenstand der Ressortabstimmung innerhalb der Bundesregierung.⁸ Da der RefE noch nicht auf den Seiten des BMI veröffentlicht wurde, ist der im Internetangebot der Kriminalpolitischen Zeitung verlinkte Entwurf vom 27.3.2019⁹ Grundlage dieses Beitrags.

Am 25.7.2015 trat das (erste) Gesetz zur Erhöhung der Sicherheit informationstechnischer Systeme (IT-Sicherheitsgesetz)¹⁰ in Kraft. Das Gesetz schuf durch Änderun-

* Dr. Anna Oehmichen ist Partnerin bei Knierim & Kollegen in Mainz und Lehrbeauftragte an der Justus-Liebig-Universität Gießen. Björn Weißenberger ist Student der Rechtswissenschaften an der Johannes-Gutenberg Universität Mainz und studentischer Mitarbeiter bei Knierim & Kollegen.

¹ Vgl. bspw. die Berichterstattung zu mehreren Hackerangriffen auf den Deutschen Bundestag ab dem Jahr 2015, zu denen sogar eine Wikipedia-Seite existiert (https://de.wikipedia.org/wiki/Hackerangriffe_auf_den_Deutschen_Bundestag, zuletzt abgerufen am 4.5.2019). Nur exemplarisch: „Hackerangriff auf Bundestag: „Hier herrscht völlige Ratlosigkeit““ auf handelsblatt.com vom 4.1.2019, <https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/datenklau-cyberangriff-auf-politiker-hier-herrscht-voellige-ratlosigkeit/23828688.html> (zuletzt abgerufen am 4.5.2019).

² Entgegen einer landläufigen Meinung gibt es nicht entsprechend zu „dem“ über Standard-Browser zugänglichen Internet (= sog. Surface-Web) „das eine“ Darknet. Ein Darknet ist vielmehr ein abgeschirmter Bereich des Internets (= Teil des sog. Deep Web, das nicht von Suchmaschinen indiziert ist), wobei jedes Darknet nur durch eine speziell auf dieses Darknet zugeschnittene Software betreten werden kann. Die bekannteste (aber keineswegs einzige) entsprechende Software ist der sog. Tor-Browser. Ein wesentliches Merkmal eines jeden Darknets ist die Möglichkeit zur anonymen und nur mit erheblichem Aufwand nachverfolgbaren Kommunikation. Vgl. zur Begriffsdefinition ausführlich *Ihwas*, WiJ 2018, 138 (138 ff.).

³ Vgl. bspw. erst kürzlich die Zerschlagung des „weltweit zweitgrößten Marktplatz[es] im Darknet“, „Wallstreet Market“; „BKA und FBI heben Darknet-Marktplatz aus“, Meldung auf tagesschau.de vom 3.5.2019: <https://www.tagesschau.de/investigativ/swr/darknet-wall-street-market-101.html> (zuletzt abgerufen am 4.5.2019).

⁴ Vgl. *BGH*, Beschl. v. 8.1.2019 – 1 StR 356/18 – juris. Das *LG München I* hat den Angeklagten wegen mehrerer Waffendelikte, in einem Fall in Tateinheit mit fahrlässiger Tötung in neun Fällen und mit fahrlässiger Körperverletzung in fünf Fällen, zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sieben Jahren verurteilt. Der *BGH* hat sowohl das Rechtsmittel des Angeklagten als auch die der Nebenkläger als unbegründet verworfen, da die Verurteilung, insbesondere die Begründung der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit und die Ablehnung eines bedingten Beihilfevorsatzes rechtsfehlerfrei erfolgt seien. Das Verfahren ist damit rechtskräftig abgeschlossen.

⁵ Vgl. bspw. die Berichterstattung zum Prozess vor dem *LG Limburg* (Az.: 1 Kls – 3 Js 7309/18) zur kinderpornographischen Plattform „Elysium“. Exemplarisch: „Urteil im Elysium-Prozess“, Videobeitrag des ZDF für „heute - in Deutschland“ vom 7.3.2019: <https://www.zdf.de/nachrichten/heute-in-deutschland/urteil-im-elysium-prozess-100.html> (zuletzt abgerufen am 13.5.2019).

⁶ Vgl. MMR-Aktuell 2018, 411330 (Meldung vom 16.10.2018).

⁷ Vgl. die Meldung „IT-Sicherheitsgesetz 2.0: Wir veröffentlichen den Entwurf, der das BSI zur Hackerbehörde machen soll“ vom 3.4.2019 auf netzpolitik.org: <https://netzpolitik.org/2019/it-sicherheitsgesetz-2-0-wir-veroeffentlichen-den-entwurf-der-das-bsi-zur-hackerbehoerde-machen-soll/> (zuletzt abgerufen am 4.5.2019). Vgl. auch *Kipker*, MMR-Aktuell 2019, 415455.

⁸ Bundesjustizministerin *Barley* steht dem RefE dabei durchaus skeptisch gegenüber, vgl. die Meldung „Barley bremst Seehofer“ vom 29.4.2019 auf [sueddeutsche.de](https://www.sueddeutsche.de): <https://www.sueddeutsche.de/politik/sicherheitsgesetz-barley-bremst-seehofer-1.4426205> (zuletzt abgerufen am 4.5.2019).

⁹ Siehe <https://kripoz.de/2019/04/04/referentenentwurf-eines-zweiten-gesetzes-zur-erhoehung-der-sicherheit-informationstechnischer-systeme-it-sicherheitsgesetz-2-0-it-sig-2-0/> (zuletzt abgerufen am 4.5.2019).

¹⁰ BGBl. I 2015, S. 1324.

gen des BSI-Gesetzes (BSIG) insbesondere IT-Mindeststandards und Meldepflichten für die Betreiber sogenannter Kritischer Infrastrukturen.¹¹

Nur knapp zweieinhalb Jahre später kündigten die Regierungsparteien der aktuellen 19. Legislaturperiode in ihrem Koalitionsvertrag vom 12.3.2018 an, das IT-Sicherheitsgesetz weiterentwickeln zu wollen.¹² Auch in der Digitalen Agenda des BMI, die am 20.3.2019 veröffentlicht wurde, findet sich das sog. IT-Sicherheitsgesetz 2.0 an erster Stelle. Es soll eine Reaktion auf immer „dynamischer, variantenreicher und professioneller“ werdende Cyberangriffe darstellen.¹³

Insofern erscheint es konsequent, dass der RefE im Wesentlichen Änderungen des BSIG vorsieht bzw. die Kompetenzen des BSI erweitern will (Art. 1 RefE). Im Unterschied zum (ersten) IT-Sicherheitsgesetz sieht der RefE darüber hinaus aber auch Änderungen im StGB und in der StPO vor (Art. 4 und 5 RefE).

Der vorliegende Beitrag widmet sich gerade diesen Artikeln 4 und 5 des RefE. Dabei wird der Schwerpunkt auf die für die strafrechtliche Praxis wesentlichsten Punkte gelegt.

Grundsätzlich sind dies der § 126a StGB-E „Zugänglichmachen von Leistungen zur Begehung von Straftaten“, der mitunter als Darknet-Paragraph bezeichnet wird (unten II.), der sog. „Digitale Hausfriedensbruch“ des § 202e StGB-E („Unbefugte Nutzung informationstechnischer Systeme“) und § 163g StPO-E, durch den Ermittlungsbehörden Zugriff auf und Nutzung von virtuellen Identitäten von Tatverdächtigen ermöglicht werden soll (unten III.).

Der vorliegende Beitrag klammert § 202e StGB-E bewusst aus, da es sich bei der Norm um die unveränderte Neuauflage eines Gesetzesentwurfes des Bundesrates aus dem Jahr 2016 handelt.¹⁴ Diese ist bereits mehrfach kommentiert und einhellig abgelehnt worden.¹⁵ Dieser auch vom Bundesjustizministerium geteilten¹⁶ Ansicht ist zuzustimmen, ohne dass es hier einer Wiederholung der Argumente im Einzelnen bedürfte.

Lediglich überblicksartig (unten IV.) werden die Regelungen dargestellt, welche „nur“ die Strafraumen bestehender

Vorschriften verschärfen oder Straftatbestände zu Katalogtaten bereits bekannter Ermittlungsmaßnahmen hinzufügen.

II. Der neue § 126a StGB-E – kein (!) Darknet-Paragraph

„Zugänglichmachen von Leistungen zur Begehung von Straftaten

(1) Wer Dritten eine internetbasierte Leistung zugänglich macht, deren Zweck oder Tätigkeit darauf ausgerichtet ist, die Begehung von rechtswidrigen Taten zu ermöglichen, zu fördern oder zu erleichtern, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwerer Strafe bedroht ist.

(2) Die Strafe darf nicht schwerer sein, als die für die Tat im Sinne von Absatz 1 angedrohte Strafe.

(3) Mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer die Tat gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von Straftaten im Sinne dieser Vorschrift verbunden hat, begeht.

(4) Absatz 1 gilt nicht für Handlungen,

1. wenn die Begehung von Straftaten nur einen Zweck oder eine Tätigkeit von untergeordneter Bedeutung darstellt, oder
2. die ausschließlich der Erfüllung rechtmäßiger dienstlicher oder beruflicher Pflichten dienen. Dazu gehören insbesondere berufliche Handlungen der in § 53 Abs. 1 Satz 1 Nummer 5 der Strafprozessordnung genannten Personen.“

1. Entwicklung und Inhalt der Entwurfsregelung

Bereits im aktuellen Koalitionsvertrag war vorgesehen, dass Strafbarkeitslücken für das „Betreiben eines

¹¹ Vgl. Gitter/Meißner/Spauschus, ZD 2015, 512 (513 f.). Darüber hinaus beschäftigten sich bspw. auch Roos, MMR 2015, 636; Djeffal, MMR 2015, 716; Hornung, NJW 2015, 3334 und Spindler, CR 2016, 297 mit Inhalten und Auswirkungen dieses Gesetzes. Die im Rahmen der Umsetzung der NIS-Richtlinie (Richtlinie [EU] 2016/1148) erfolgten, geringfügigen Anpassungen der nach dem (ersten) IT-Sicherheitsgesetz bestehenden Rechtslage durch das Umsetzungsgesetz vom 23.6.2017 (BGBl. I 2017, S. 1885) bespricht Kipker, MMR 2017, 143.

¹² So der Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD „Ein neuer Aufbruch für Europa. Eine neue Dynamik für Deutschland. Ein neuer Zusammenhalt für das Land“, Zeile 1969; im Ergebnis ähnlich Zeilen 1902 ff., 5868 ff.

¹³ „Die Digitale Agenda des BMI. Prioritäre digitale Themen des Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat“, S. 2. Sie ist online abrufbar auf der Seite des BMI: <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/themen/it-digitalpolitik/digitale-agenda.htm> (zuletzt abgerufen am 4.5.2019).

¹⁴ Vgl. BR-Drs. 338/16, in den Bundestag mit einer (ablehnenden) Stellungnahme der Bundesregierung eingeführt durch BT-Drs. 18/10182. Der Entwurf wurde in der 18. Legislaturperiode nicht behandelt und unterfiel somit dem Grundsatz der Diskontinuität. Er wurde während der 19. Legislaturperiode mit BR-Drs. 47/18 erneut und unverändert vom Bundesrat verabschiedet. Die Bundesregierung hatte nunmehr keine Vorbehalte gegen das Vorhaben (vgl. BT-Drs. 19/1716, S. 19). Der RefE greift diesen Entwurf im Wesentlichen auf (vgl. RefE, S. 83).

¹⁵ Mavany, ZRP 2016, 221; Basar, jurisPR-StrafR 26/2016, Anm. 1; Buremeyer/Golla, K&R 2017, 14; Tassi, DuD 2017, 175; Kahler/Hoffmann-Holland, KriPoZ 2018, 267; Brodowski, ZIS 1/2019, 49; Kuuus, <https://www.kujus-strafverteidigung.de/blog/digitaler-hausfriedensbruch/> (zuletzt abgerufen am 14.5.2019).

¹⁶ Vgl. die Stellungnahme gegenüber golem.de in der Meldung „Bund warnt vor Verschärfung der Hackerparagrafen“ vom 15.2.2019 unter: <https://www.golem.de/news/digitaler-hausfriedensbruch-bund-lehnt-hoehere-strafen-fuer-hacker-weiter-ab-1902-139414.html> (zuletzt abgerufen am 14.5.2019).

Darknet-Handelsplatzes für kriminelle Waren und Dienstleistungen“ geschlossen werden sollten.¹⁷ Gesetzgeberische Tätigkeit entfaltete zunächst das Land Nordrhein-Westfalen (NRW), welches am 18.1.2019 einen Gesetzesantrag in den Bundesrat einbrachte, der einen neuen § 126a StGB mit der amtlichen Überschrift „Anbieten von Leistungen zur Ermöglichung von Straftaten“ vorsah.¹⁸ Am 15.2.2019 wurde dieser Antrag zur weiteren Beratung an die Ausschüsse überwiesen¹⁹ und dort offensichtlich kontrovers diskutiert. Jedenfalls fand sich in der Beschlussempfehlung der Ausschüsse (auch) eine Version der Norm, die auf Betreiben Bayerns²⁰ den Straftatbestand deutlich erweiterte und den Strafrahmen von maximal drei auf maximal fünf Jahren verschärfte.²¹ Die bayrische Fassung des § 126a StGB-E lehnte das Plenum des Bundesrats in seiner Sitzung vom 15.3.2019 ab und verabschiedete den restriktiveren²² Entwurf aus NRW, erweitert um eine Änderung des § 5 StGB zur Anwendbarkeit deutschen Strafrechts bei Auslandstaten.²³

Der RefE greift nun gerade die abgelehnte Fassung des Antrags auf und macht sich auch deren Begründung zu eigen.²⁴ Er sieht demnach als Tatbestandsmerkmal nicht vor, dass „Zugang und Erreichbarkeit [der internetbasierten Leistung] durch besondere technische Vorkehrungen beschränkt“²⁵ sein müssen. Er stellt das Zugänglichmachen internetbasierter Leistungen unter Strafe, ganz gleich, welche rechtswidrige Tat dadurch ermöglicht, gefördert oder erleichtert werden soll, sofern diese Handlung nicht andernorts mit schwererer Strafe bedroht ist (Abs. 1). Der Bundesratsentwurf (BR-E) enthielt hier noch in einem Satz 2 einen abschließenden Katalog von Straftaten, bei deren Ermöglichung oder Förderung (nicht: Erleichterung) die Strafbarkeit ausschließlich eintreten sollte. Beiden Entwürfen gemein ist die Begrenzung des Strafrahmens auf den Strafrahmen der rechtswidrigen Tat, hinsichtlich derer eine Leistung angeboten (so der BR-E) bzw. zugänglich gemacht (so der RefE) wurde (Abs. 2). Ein besonders schwerer Fall (§ 126a Abs. 3 StGB-E) liegt gemäß dem RefE nicht nur im Fall der Gewerbsmäßigkeit (so noch der BR-E) sondern auch bei einer bandenmäßigen Begehung vor. Eingeschränkt wird die Strafbarkeit im RefE durch den Tatbestandsausschluss des § 126a Abs. 4 StGB-E, der im BR-E nicht vorgesehen war. Danach gilt Abs. 1 nicht in Fällen, in denen das Zugänglichmachen internetbasierter Leistungen zur Begehung von Straftaten

nur „einen Zweck oder eine Tätigkeit von untergeordneter Bedeutung darstellt“ (Nr. 1) oder der Erfüllung rechtmäßiger dienstlicher oder beruflicher Pflichten dient (Nr. 2). Nicht in den RefE aufgenommen wurde (ohne Begründung) die Änderung des § 5 StGB zur erweiterten Anwendung deutschen Strafrechts in Bezug auf § 126a StGB-E.

2. Erläuterung der Entwurfsregelung

Zwar geht die Regelung in ihrer Begründung auch auf die Besonderheiten des Darknet ein,²⁶ stellt aber ausdrücklich „jegliche [!] internetbasierte Zugänglichmachung von Leistungen“,²⁷ die von Abs. 1 erfasst werden, unter Strafe. Die Norm weist somit keinen Darknet-Bezug mehr auf.²⁸

Eine Leistung i.S.d. Vorschrift meint dabei jedes Angebot, das sich an einen oder mehrere Nutzer richtet, ohne dass es auf eine Dauer oder wiederholte Nutzung ankäme.²⁹ Internetbasiert ist sie nach dem RefE, wenn sie mittels eines Dienstes erfolgt, der „auf der Netzwerkschicht des OSI-Referenzmodells über das Internet-Protokoll (IP) vermittelt“³⁰ wird. Entsprechende Dienste sollen damit nicht nur das Internet nach allgemeinem Sprachgebrauch, sondern auch E-Mail-Anwendungen oder Voice-over-IP-Dienste sein.³¹ Zugänglich gemacht werde die internetbasierte Leistung nach den zu § 184 Abs. 1 Nr. 1 StGB entwickelten Maßstäben, „wenn den Nutzern die Möglichkeit der Wahrnehmung der Leistung ermöglicht wird“.³² Von der Norm erfasst werden sollen demnach auch Handlungsweisen, bei denen eine Person, die an den späteren illegalen Geschäften der Plattform unbeteiligt ist, den Speicherplatz und das Routing hierfür für einen Dritten bereitstellt.³³

Die zugänglich gemachte internetbasierte Leistung muss schließlich darauf ausgerichtet sein, die Begehung von rechtswidrigen Taten zu ermöglichen, zu fördern oder zu erleichtern. Hierbei handelt es sich nach der Intention des RefE um das zentrale Abgrenzungskriterium zwischen strafwürdigen und straflosen Angeboten, die möglicherweise sogar entgegen ihrer Zielsetzung auch für die Begehung rechtswidriger Taten genutzt werden.³⁴ Auf die Art der rechtswidrigen Tat komme es hingegen nicht an, sogar Äußerungsdelikte seien grundsätzlich erfasst.³⁵ Das Abstellen auf die Zielsetzung der zugänglich gemachten internetbasierten Leistung sei dabei in Anlehnung an die

¹⁷ Koalitionsvertrag (Fn. 12), Zeilen 6008 f.

¹⁸ BR-Drs. 33/19.

¹⁹ Vgl. BR-Prot. 974, S. 21.

²⁰ Vgl. dazu die Stellungnahme des bayrischen Staatsministers der Justiz Eisenreich in BR-Prot. 975, S. 92.

²¹ Vgl. BR-Drs. 33/1/19, Ziffer 1 (= S. 1-15).

²² Vgl. dazu die Stellungnahme des nordrhein-westfälischen Justizministers Biesenbach in BR-Prot. 975, S. 91 f.

²³ Vgl. BR-Prot. 975, S. 93. Die finale Beschlussfassung findet sich in BR-Drs. 33/19(B) und mit einer Stellungnahme der Bundesregierung in BT-Drs. 19/9508.

²⁴ So ausdrücklich RefE, S. 76.

²⁵ So der BR-Antrag (Fn. 23).

²⁶ Vgl. bspw. RefE, S. 76.

²⁷ So wortgleich RefE, S. 79 und 80.

²⁸ So auch Rückert in seinem Beitrag „Neues Darknet-Strafrecht im Bundesrat. Überflüssige Strafnorm mit Risiken und Nebenwirkungen“ vom 15.3.2019 auf lto.de zur bayrischen Fassung des BR-E in BR-Drs. 33/1/19, Ziffer 1, die wie geschildert vom RefE 1:1 übernommen wurde: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bundesrat-strafrecht-fuer-darknet-strafbarkeitsluecke-kriminalisierung/> (zuletzt abgerufen am 13.5.2019).

²⁹ RefE, S. 80 (= BT-Drs. 19/9508, S. 13).

³⁰ RefE, S. 79.

³¹ So RefE, S. 79.

³² RefE, S. 80.

³³ Sog. „bulletproof hosting“, vgl. RefE, S. 80. Das Phänomen beschreibt auch May im Interview mit Suliak auf lto.de vom 11.1.2019, „Leitender Ermittler nach dem Datenhack. Schwere Hackerangriffe härter bestrafen“, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/hackerdaten-leak-internetkriminalitaet-ermittlungen-ausspaehen-datenhehleri-staatsanwaltschaft/> (zuletzt abgerufen am 13.5.2019).

³⁴ Vgl. RefE, S. 79 und 80 (ebenso BT-Drs. 19/9508, S. 13)

³⁵ Vgl. RefE, S. 78.

Formulierungen in § 129 StGB³⁶ bzw. § 202c Abs. 1 Nr. 2 StGB³⁷ erfolgt. Die Zielsetzung sei in jedem konkreten Einzelfall zu prüfen und ergebe sich indiziell zum Beispiel aus dem tatsächlichen Angebot der Online-Plattform, dem Umgang mit Hinweisen auf Handel mit illegalen Waren und Dienstleistungen und auch Vorgaben in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Ähnlichem.³⁸

3. Begründung der Entwurfsregelung

Als wesentlicher Grund für die Strafbarkeit nach § 126a StGB-E wird im RefE die „besondere Gefährlichkeit des Zugänglichmachens internetbasierter Leistungen [...], die sich ohne zeitliche, sachliche und räumliche Grenzen an Personen jeden Alters richten“, genannt.³⁹ Das Betreiben der Plattform alleine solle die Strafbarkeit begründen, ohne dass es auf den Nachweis der Beteiligung an konkreten illegalen Geschäften ankomme.⁴⁰ Gerade diese Einbindung könne nämlich hinsichtlich Plattformbetreibern oft nicht nachgewiesen werden, da die einzelnen Transaktionen, Tauschgeschäfte o.Ä. bilateral zwischen Käufer und Verkäufer erfolgten, ohne dass dies öffentlich einsehbar sei. Deshalb und weil auch bei Erstellung eines Forums vom Ersteller oft nicht klar vorgegeben sei, wie sich die (illegalen) Aktivitäten genau entfalten sollten, komme eine Strafbarkeit wegen Beihilfe i.S.d. § 27 StGB häufig nicht in Betracht.⁴¹ Ähnlich bereite es auch bei einem bandenmäßigen Vorgehen regelmäßig Schwierigkeiten, konkrete strafrechtlich relevante Tatbeiträge nachzuweisen, die insbesondere dann *de lege lata* nicht vorlägen, wenn ein einzelner Betreiber einer Plattform sich nur um technische oder organisatorische Belange kümmere und glaubhaft versichern könne, von den illegalen Geschäften keine Kenntnis gehabt zu haben.⁴² Schließlich sei auch eine Strafverfolgung nach § 129 StGB nicht stets erfolgversprechend, da diese nur bei mehreren Betreibern einer Plattform einschlägig sei und selbst solche Zusammenschlüsse nicht immer den Organisationsgrad erreichten, den man für eine kriminelle Vereinigung verlangen müsse.⁴³ Die deshalb bestehende Strafbarkeitslücke für die Betreiber von auf die Förderung illegaler Zwecke ausgerichteten Plattformen gelte es zu schließen.⁴⁴

Die Regelung solle im Kernstrafrecht getroffen werden, um eine einheitliche Rechtsanwendung zu gewährleisten.⁴⁵ Ebenso sei ein Straftatenkatalog nicht sachgerecht, da dieser unvollständig zu bleiben drohe. Außerdem würden die oben dargestellten Gründe für die Strafbarkeit

der Norm unabhängig von der (mindestens) erleichterten rechtswidrigen Tat gelten, sodass es nicht darauf ankomme, ob es sich dabei um Äußerungsdelikte oder andere Straftaten handele. Die Verhältnismäßigkeit werde dabei durch die Begrenzung des Strafrahmens nach § 126a Abs. 2 StGB-E gewahrt.⁴⁶

4. Würdigung der Entwurfsregelung

Wenngleich das Bestreben des Gesetzgebers, die Förderung krimineller Handlungen im Internet durch Strafgesetze zu unterbinden, praktischen Bedürfnissen Rechnung tragen mag, ist doch zweifelhaft, inwieweit der aktuelle Entwurf diesem Ziel auch gerecht wird. Die Weite des Tatbestands führt dazu, dass auch neutrales, alltägliches Verhalten wie etwa das Erbringen einer IT-Dienstleistung kriminalisiert werden kann. Entgegen der Auffassung des Gesetzgebers handelt es sich in solchen Fällen nicht um eine „Nachweisschwierigkeit“, sondern eher um eine Frage der Strafbarkeit.

Die Schwierigkeit, neutrales Verhalten strafrechtlich zu erfassen, ist bereits seit dem Problem der „neutralen Beihilfe“ bekannt.⁴⁷ Entgegen den Überlegungen des Gesetzgebers erschöpft sich das Problem aber nicht in dem Umstand, dass es an einer gesetzlichen Regelung fehlt, sondern besteht vielmehr im Kern darin, dass erhebliche Zweifel an der Strafbarkeit solcher Verhaltensweisen und damit der wichtigsten Legitimation des Strafrechts fehlen. Es wird dabei nicht verkannt, dass die Entscheidung über die Strafbarkeit einer Handlung in erster Linie dem Gesetzgeber zusteht.⁴⁸ Dieser ist dabei jedoch angehalten, für eine einheitliche Rechtsordnung zu sorgen, die frei von widersprüchlichen Normen ist.⁴⁹ Nach den §§ 7 ff. TMG sind Betreiber von Internetseiten grundsätzlich nicht für fremde Inhalte verantwortlich und müssen diese nicht aktiv nach illegalen Inhalten durchsuchen, sondern nur bei Kenntniserlangung löschen. Indem nunmehr auch der Umgang des Betreibers mit illegalen Inhalten auf seiner Seite als Kriterium für eine Strafbarkeit nach § 126a StGB-E dienen soll,⁵⁰ wird dieses Prinzip unterlaufen und der Betreiber doch zu einer Kontrolle aller Inhalte gezwungen.⁵¹ Spätestens der parlamentarische Gesetzgeber sollte diesen Wertungswiderspruch thematisieren und idealerweise auflösen.

³⁶ So RefE, S. 79 (und BT-Drs. 19/9508, S. 9).

³⁷ So RefE, S. 80.

³⁸ So übereinstimmend RefE, S. 79 und 80 (= BT-Drs. 19/9508, S. 13). Durch die Ergänzung des Wortlautes um das „zu erleichtern“ im RefE im Unterschied zum BR-E soll wohl klargestellt werden, dass eine verwerfliche Zielrichtung der internetbasierten zugänglich gemachten Leistung nicht nur dann vorliegt, wenn das Maß einer Beihilfe i.S.d. § 27 StGB erreicht ist. So jedenfalls die Begründung zur bayrischen Fassung des BR-E in BR-Drs. 33/1/19, S. 13.

³⁹ RefE, S. 80. Ähnlich auch S. 78.

⁴⁰ RefE, S. 78 (= BT-Drs. 19/9508, S. 11).

⁴¹ RefE, S. 77 (= BT-Drs. 19/9508, S. 9 f.).

⁴² RefE, S. 77 f. (= BT-Drs. 19/9508, S. 10).

⁴³ RefE, S. 78 (= BT-Drs. 19/9508, S. 10).

⁴⁴ RefE, S. 78 (= BT-Drs. 19/9508, S. 11).

⁴⁵ RefE, S. 78 (= BT-Drs. 19/9508, S. 11).

⁴⁶ RefE, S. 78 f., 81 (= BT-Drs. 19/9508, S. 11, 14).

⁴⁷ Vgl. hierzu ausführlich insb. zuletzt *LG Karlsruhe*, BeckRS 2018, 40013, Rn. 292 ff. m.w.N.

⁴⁸ Vgl. *Hassemer/Neumann*, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), Vor § 1 Rn. 85 ff. auch mit zutreffendem Verweis auf *BVerfG*, NJW 1994, 1577 (1579).

⁴⁹ Zwar wird durchaus diskutiert, inwiefern das Prinzip der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung tatsächlich Verfassungsrang besitzt (eher bejahend: *Andorfer/Rimpf*, NZWiSt 2019, 54 [56 f.], eher verneinend: *Brüning*, NVwZ 2002, 33). Die Bundesregierung misst dem Prinzip jedoch im Bereich der Rechtsetzung durchaus Bedeutung zu, vgl. § 46 Abs. 1 GGO und Anlage 6, Nr. 3, lit. b zu § 45 Abs. 1 GGO.

⁵⁰ Vgl. oben bei Fn. 38.

⁵¹ So auch *Rückert*, Fn. 28. *Kubiciel/Mennemann*, jurisPR-StrafR 08/2019, Anm. 1 meinen sogar, die Implementierung „eine[r] Art Dauerüberwachungspflicht“ sei der vermutlich mit Schaffung der Norm verfolgte Zweck.

Zweifel bestehen auch hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit der Vorschrift. Durch den Verzicht auf einen Straftatenkatalog wird nämlich auch das Zugänglichmachen von internetbasierten Leistungen zur Begehung von Bagatelldeliktverbrechen pönalisiert, wobei erschwerend hinzukommt, dass die Norm in den Katalog des § 100a StPO aufgenommen werden soll und damit verdeckte Überwachungsmaßnahmen von erheblicher Eingriffsintensität wie TKÜ ermöglicht werden (vgl. unten IV.). Insoweit wird man §§ 100a ff. StPO jedenfalls verfassungskonform restriktiv auslegen und auf Straftaten von einiger Erheblichkeit beschränken müssen.

Auch wird sich die Strafbarkeit des jeweiligen Beitrages dem Plattforminhaber nicht in jedem Falle unmittelbar erschließen, so dass auch die Vereinbarkeit mit dem Bestimmtheits-Grundsatz angesichts der Weite des Tatbestandsmerkmals „rechtswidrige Taten“ zweifelhaft ist. Damit werden auch Fahrlässigkeitstaten erfasst. Zu diesen ist aber keine Beihilfe oder Anstiftung möglich, weshalb Wertungswidersprüche vorprogrammiert sind. Was, wenn Schuldaußschließungs- oder Entschuldigungsgründe für den Täter dieser rechtswidrigen Tat greifen? Gerade die im RefE explizit in Bezug genommenen Äußerungsdelikte⁵² oder bspw. auch Verstöße gegen das Urheberrecht, die in §§ 106 ff. UrhG strafbewehrt sind, können zudem nur bei einer Begutachtung jedes einzelnen Beitrages (in einer Chat-, Pinnwand- oder Kommentarfunktion, in Gestalt eines Fotos oder Videos etc.) erkannt werden und bedürfen zur Beurteilung ihrer Strafbarkeit im Hinblick auf Art. 5 GG mindestens fortgeschrittener Kenntnisse des Verfassungsrechts.

Das Tatbestandsmerkmal der Zweckrichtung der zugänglich gemachten internetbasierten Leistung stellt dabei aufgrund seiner Unbestimmtheit keine hilfreiche Einschränkung dar. Dabei ist schon unklar, ob wie bei § 129 StGB eher auf die innere Geisteshaltung⁵³ bei Erstellung der internetbasierten Leistung oder in Anlehnung an § 202c StGB eher auf deren objektiven Zweck⁵⁴ abgestellt werden soll. Die vom RefE genannten Indizien helfen auch nicht weiter. Nach welchem Maßstab soll sich das „tatsächliche Angebot“ einer Plattform bestimmen? Beleidigungsdelikte und Urheberrechtsverstöße finden sich auf jeder größeren (Video-)Plattform (mit Kommentarfunktion) zuhauf. Der Umgang mit Hinweisen auf Handel mit illegalen Waren mag bspw. bei angezeigten Verstößen gegen das WaffG einen Rückschluss auf die Redlichkeit des Webseitenbetreibers geben. Etwaige Hinweise auf Verstöße gegen § 259 StGB (Hehlerei) dürften für einen Betreiber jedoch kaum aufzuklären sein. Vorgaben in den

AGB wird man nach der Intention des RefE wohl nur dann als Kriterium heranziehen können, wenn diese AGB nicht nur auf dem Papier bestehen, sondern auch aktiv durchgesetzt werden. Es stellt sich dann die Frage, welche Vorgaben sich der Gesetzgeber hier vorstellt, die im Ergebnis nicht doch wieder auf eine allgemeine Kontrollpflicht entgegen §§ 7 ff. TMG hinauslaufen. Schließlich verhält sich der RefE auch nicht zu der Frage, welche Indizien bei internetbasierten Chat-Diensten gelten sollen, bei denen die Betreiber überhaupt keinen Einblick in die Kommunikation, mithin die tatsächliche Nutzung der zugänglich gemachten Leistung haben.

Eine nennenswerte Beschränkung dieser Unsicherheiten ist auch durch den Tatbestandsausschluss nach Abs. 4 Nr. 1 nicht zu erwarten. Denn wenn bei einer zugänglich gemachten internetbasierten Dienstleistung die Begehung von Straftaten nur von untergeordneter Bedeutung ist, dann kann es ohnehin nicht Zweck dieser Dienstleistung sein, die Begehung von Straftaten (mindestens) zu erleichtern. Der Regelungsgehalt von Abs. 4 Nr. 1 beschränkt sich somit darauf, festzustellen, dass Abs. 1 nicht für Handlungen gilt, die schon gar nicht vom Tatbestand des Abs. 1 erfasst sind.

Selbst wenn der Gesetzgeber im weiteren Verfahren wieder einen Straftatenkatalog einführen sollte, würde dies zwar zur Verhältnismäßigkeit und Bestimmtheit der Norm beitragen, könnte aber dennoch die aufgezeigten Probleme nicht lösen. Diese dürften im Endeffekt nicht geringer sein als die Probleme, die den Behörden bei der Frage, ob eine Beihilfe nach § 27 StGB vorliegt, begegnen.⁵⁵ Auch an den rein praktischen Schwierigkeiten, der (anonym agierenden) Betreiber nicht habhaft werden zu können, dürfte sich durch die Vorschrift jedenfalls bei verfassungskonformer Anwendung der verdeckten Ermittlungsmaßnahmen nichts ändern.⁵⁶

III. Staatlicher Zugriff auf Benutzerkonten durch § 163g StPO-E⁵⁷

„¹ Begründen bestimmte Tatsachen den Verdacht, dass jemand Täter oder Teilnehmer einer Straftat im Sinne von § 100g Abs. 1 StPO ist, so dürfen die Staatsanwaltschaft sowie die Behörden und Beamten des Polizeidienstes auch gegen den Willen des Inhabers auf Nutzerkonten oder Funktionen, die ein Anbieter eines Telekommunikations- oder Telemediendienstes dem Verdächtigen zur Verfügung stellt und mittels derer der Verdächtige im Rahmen der Nutzung des Tele-

⁵² Vgl. oben Fn. 35.

⁵³ Vgl. Heintschel-Heinegg, in: BeckOK-StGB, 41. Edition (Stand: 1.2.2019), § 129 Rn. 6 f.

⁵⁴ Vgl. Widemann, in: BeckOK-StGB, 41. Edition (Stand: 1.2.2019), § 202c Rn. 7.

⁵⁵ Vgl. hierzu auch Rückert (Fn. 28), der zutreffend in Frage stellt, dass *de lege lata* überhaupt Strafbarkeitslücken bestehen. Ebenso Kubiciel/Mennemann (Fn. 51). Ähnlich Buermeyer im Zitat gegenüber netzpolitik.org in der Meldung vom 12.3.2019 „Bundesrat: Gesetzentwurf gegen „Darknet-Märkte“ könnte Anonymisierungs-Dienste gefährden“, <https://netzpolitik.org/2019/bundesrat-gesetzentwurf-gegen-darknet-maerkte-koennte-anonymisierungs-dienste-gefahrdet/> (zuletzt abgerufen am 14.5.2019).

⁵⁶ In diese Richtung zielend kann man auch das Zitat von Bäcker gegenüber netzpolitik.org (gleiche Meldung wie in Fn. 55) verstehen, dass der neue Straftatbestand wohl kaum je zu Verurteilungen führen werde, die sonst nicht möglich wären, seine Bedeutung aber in der Ermöglichung der Durchführung von Überwachungsmaßnahmen liegen werde (vgl. dazu unten IV.)

⁵⁷ Die Einfügung von Satzzeichen in der nachstehend abgedruckten Norm des RefE erfolgte zur besseren Übersicht durch die Verfasser.

kommunikations- oder Telemediendienstes eine dauerhafte virtuelle Identität unterhält, zugreifen.² Sie dürfen unter dieser virtuellen Identität mit Dritten in Kontakt treten.³ Der Verdächtige ist verpflichtet, die zur Nutzung der virtuellen Identität erforderlichen Zugangsdaten herauszugeben.⁴ § 95 Abs. 2 gilt entsprechend mit der Maßgabe, dass die Zugangsdaten auch herausgegeben sind, wenn sie geeignet sind, eine Verfolgung wegen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit herbeizuführen.⁵ Jedoch dürfen die durch Nutzung der Zugangsdaten gewonnenen Erkenntnisse in einem Strafverfahren oder in einem Verfahren nach dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten gegen den Verdächtigen oder einen in § 52 Abs. 1 der Strafprozessordnung bezeichneten Angehörigen des Verdächtigen nur mit Zustimmung des Verdächtigen verwendet werden.“

1. Entwicklung und Inhalt der Entwurfsregelung

Die Regelung des § 163g StPO-E geht nicht auf einen BR-E zurück und war – soweit ersichtlich – weder von den Strafverfolgungsbehörden⁵⁸ noch der Justizministerkonferenz ausdrücklich gefordert worden.

Die Vorschrift ermächtigt Ermittlungsbehörden, auf Benutzerkonten von Tatverdächtigen einer Straftat i.S.d. § 100g Abs. 1 StPO zuzugreifen und die mit dem Account verbundenen Funktionen zu nutzen (Satz 1). Einzige weitere Einschränkung ist dabei, dass der Account und seine Funktionen von einem Anbieter eines Telekommunikations- oder Telemediendienstes zur Verfügung gestellt werden und zur Unterhaltung einer dauerhaften virtuellen Identität dienen. Die Befugnis nach Satz 1 schließt dabei insbesondere die Nutzung von Chat-Funktionen ein (klarstellend Satz 2). Die Zugangsdaten muss der Tatverdächtige auch gegen seinen Willen herausgeben (Satz 3) und kann hierzu mittels Ordnungsgeld und Beugehaft angehalten werden (Satz 4). Erkenntnisse, die gem. § 163g StPO-E gewonnen werden, dürfen nur mit Einverständnis des Tatverdächtigen, auf dessen Nutzerkonto sie zurückzuführen sind, verwendet werden (Satz 5).

2. Erläuterung der Entwurfsregelung

Die Ausführungen des RefE zu § 163g StPO-E⁵⁹ beschäftigen sich hauptsächlich mit der angeblichen grundsätzlichen Notwendigkeit und Zulässigkeit einer solchen Ermächtigungsgrundlage, ohne auf die Eingriffsvoraussetzungen im Einzelnen einzugehen.

So kann lediglich vermutet werden, dass mit dem Begriff des „Anbieter[s] eines Telekommunikations- oder Telemediendienstes“ (Satz 1) die Definitionen des § 3 Nr. 6 TKG und § 2 Nr. 1 TMG in Bezug genommen werden sollen. Auch die „dauerhafte virtuelle Identität“ (ebenfalls Satz 1), die mittels des Nutzerkontos und seiner Funktionen unterhalten werden soll, wird nicht näher definiert. Dabei ist der Begriff der StPO und – soweit ersichtlich – auch dem übrigen Gesetzeskanon bisher fremd. Im weiteren Gesetzgebungsverfahren wäre eine Klarstellung über die Zielrichtung der Formulierung wünschenswert.

Zur Regelung des Satzes 5 erklärt der RefE, dass hierfür § 97 Abs. 1 InsO als Vorbild diene.⁶⁰ Nach dieser Norm ist ein Schuldner zur umfassenden Auskunftserteilung verpflichtet (§ 97 Abs. 1 Satz 1 InsO), auch wenn er sich selbst belasten muss (§ 97 Abs. 1 Satz 2 InsO), kommt in einem solchen Fall allerdings in den Genuss eines Verwendungsverbot (§ 97 Abs. 1 Satz 3 InsO). Hierzu ist es hM, dass das Verwendungsverbot nicht nur ein Verwendungsverbot bzgl. mitgeteilter Tatsachen darstellt, sondern solche Informationen nicht einmal der Anlass weiterer Ermittlungen sein dürfen.⁶¹ Bei § 163g StPO-E müsste dies entsprechend sowohl für alle Tatsachen gelten, die aufgrund der mitgeteilten Nutzungsdaten im Account vorgefunden werden, als auch für solche Tatsachen, die den Ermittlungsbehörden erst durch die Nutzung des Accounts bekannt werden. Eine entsprechende Klarstellung des Gesetzgebers, ob das sog. Fernwirkungsverbot des § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO ebenso umfassend für § 163g StPO-E gelten soll, wäre wünschenswert.

3. Begründung der Entwurfsregelung⁶²

Die grundsätzliche Notwendigkeit, § 163g StPO-E zu schaffen, wird damit begründet, dass für die Übernahme digitaler Identitäten zurzeit keine Rechtsgrundlage bestünde. Die Zugangsdaten an sich seien keiner Beschlagnahme oder vorläufigen Sicherstellung nach §§ 94 bzw. 111b ff. StPO zugänglich. Eine freiwillige Herausgabe der Daten erfolge nur äußerst selten, insbesondere weil für den Tatverdächtigen trotz der für ihn positiven Folgen des § 46b StGB regelmäßig ein erhebliches Risiko der Selbstbelastung bestünde. Trotzdem seien Zugriff auf und Nutzung von Benutzerkonten in den Bereichen des illegalen Handels im Darknet und der Kinderpornographie äußerst wichtige Ermittlungsmethoden. Den bereits bestehenden Nutzeraccounts würde im Unterschied zu neu angelegten Konten ein erhöhtes Maß an Vertrauen entgegengebracht,

⁵⁸ Vgl. bspw. den Vortrag „Kernpunkte einer Digitalen Agenda für das Straf- und Strafprozessrecht“ von *Franosch* auf der BKA-Herbsttagung im November 2018, online abrufbar unter: <https://www.bka.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/Herbsttagungen/2018/herbsttagung2018FranoschLangfassung.html> (zuletzt abgerufen am 12.5.2019), der trotz zahlreicher im RefE aufgegriffener Vorschläge keine Regelung, wie sie § 163g StPO-E darstellt, forderte. Vgl. auch *Krause*, NJW 2018, 678 (680), der trotz seiner Tätigkeit als Staatsanwalt bei der Zentralstelle zur Bekämpfung der Internetkriminalität (ZIT) der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt a.M. keinen Reformbedarf bzgl. der *de lege lata* bestehenden Möglichkeit der (freiwilligen) Übernahme von digitalen Identitäten anmeldete.

⁵⁹ RefE, S. 86 a.E. bis 88.

⁶⁰ RefE, S. 88.

⁶¹ Sog. Fernwirkungsverbot, vgl. *Werner*, in: BeckOK-InsO, 13. Edition (Stand: 26.10.2018), § 97 InsO Rn. 17; *Jungmann*, in: Schmidt, Insolvenzordnung, 19. Aufl. (2016), § 97 Rn. 12;

⁶² Zum gesamten Nachfolgenden vgl. RefE, S. 86 f.

sodass strafrechtlich relevantes Verhalten schneller/deutlicher zutage trete bzw. ermittelt werden könne. Anders könne die pseudonymisierte und anonymisierte Kommunikation innerhalb dieser Netzwerke kaum erfasst werden.

Ausschließlich die Übernahme der digitalen Identität, nicht aber deren anschließende Nutzung, bedürfe einer ausdrücklichen Ermächtigungsgrundlage. Letztere stelle keinen grundrechtlich relevanten Eingriff (gegenüber dem Kommunikationspartner) dar. Das Fernmeldegeheimnis (Art. 10 GG) schütze nur das Vertrauen des Einzelnen darin, dass seine Fernkommunikation nicht von Dritten zur Kenntnis genommen werde, nicht aber, dass der Kommunikationspartner tatsächlich (nur) der sei, den man erwarte. Ein personengebundenes Vertrauen in den Kommunikationspartner werde demnach nicht geschützt. Auch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) sei nicht betroffen, da ein Eingriff nur bei einer staatlich veranlassten Verletzung des Vertrauens in den Kommunikationspartner vorliege. Bei einer anonymisierten Kommunikation könne es jedoch kein grundrechtlich geschütztes Vertrauen geben, da man über die Identität des Kommunikationspartners ohnehin nie Gewissheit habe. Ein allgemeines Vertrauen darauf, jedenfalls nicht mit einer staatlichen Stelle zu kommunizieren, sei nicht schutzwürdig. Dies gelte auch dann, wenn die staatliche Stelle sich wie ein Straftäter gebärde und gerade dieses Vertrauen ausgenutzt werde.

4. Würdigung der Entwurfsregelung

Insbesondere im BtM-Bereich wird das im Entwurf vorgesehene Ermittlungshandeln unter Einsatz verdeckter Ermittler im Darknet bereits heute praktiziert. Unter dem Versprechen einer Strafmilderung (mit oder ohne § 46b StGB) werden Beschuldigte zur "freiwilligen" Weitergabe ihrer Zugangsdaten zu Darknet-Foren verleitet, ohne dass es hierfür eine gesetzliche Grundlage gäbe. Vor diesem Hintergrund muss man dankbar sein, dass überhaupt das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage gesehen wird. Problematisch ist aber deren konkrete Ausgestaltung. Die Regelung in ihrer jetzigen Form ist abzulehnen. Denn sie steht in diametralem Gegensatz zum Nemo Tenetur-Grundsatz. Die Selbstbelastungsfreiheit wird vollständig unterlaufen, wenn der Verdächtige zur Herausgabe seiner Zugangsdaten *verpflichtet* wird. Erschreckend ist, dass der Gesetzgeber, der offenbar nur von schuldigen Verdächtigen ausgeht, dies sehenden Auges hingenommen hat, wenn ausgeführt wird, die "freiwillige" Herausgabe mittels Kronzeugenregelung sei nicht ausreichend, weil trotz der "für ihn positiven Folgen" ein erhebliches Risiko der Selbstbelastung bestünde. Dass es ein großes praktisches Bedürfnis der Ermittlungsbehörden darstellt, kriminelle Strukturen auch im Internet zu infiltrieren, ist angesichts der Omnipräsenz und Möglichkeiten der digitalen Welt zwar eine Selbstverständlichkeit. Der

RefE begeht aber den fatalen Fehler, den Gesetzeswortlaut nicht auf diese Zweckrichtung zu beschränken, wodurch die Regelung trotz ihres intendierten, engen Anwendungsbereichs⁶³ zu einer Generalklausel verkommt.

So ist es nach der aktuellen Gesetzesfassung nicht einmal notwendig, dass ein Tatverdacht bezüglich einer Straftat in der digitalen Welt im Raum steht, um den Ermittlungsbehörden den Zugriff auf virtuelle Identitäten zu gestatten. Erforderlich ist lediglich ein Tatverdacht einer Straftat i.S.d. § 100g Abs. 1 StPO, d.h. einer „mittels Telekommunikation begangenen“ Straftat oder einer „Straftat von auch im Einzelfall erheblicher Bedeutung, insbesondere“ (aber nicht ausschließlich) einer Katalogtat i.S.d. § 100a Abs. 2 StPO. Eine Beziehung zwischen diesem Tatverdacht und der virtuellen Identität, die übernommen werden soll, ist nach dem Wortlaut des RefE nicht erforderlich. Der Zugriff wird auf jede virtuelle Identität gestattet, die von einem TKG- oder TMG-Anbieter zur Verfügung gestellt wird und der Unterhaltung einer dauerhaften virtuellen Identität dient. Dies bedeutet auch, dass selbst beim Verdacht einer mittels einer virtuellen Identität begangenen Tat i.S.d. § 100g Abs. 1 StPO nicht nur gerade diese Identität, sondern auch jedes beliebige andere existierende Nutzerkonto übernommen werden kann. Da Straftaten i.S.d. 100g Abs. 1 StPO auch jegliche mittels Telekommunikation begangene Straftaten sind (§ 100g Abs. 1 Nr. 2 StPO), genügt grundsätzlich schon jedes simple Beleidigungsdelikt in einem sozialen Netzwerk oder Chat, um den Ermittlungsbehörden umfassenden Zugriff bspw. auf E-Mail-Konten zu gewähren.

An diesem Beispiel wird deutlich, dass bei § 163g StPO-E die sonst bei den §§ 100a ff., §§ 163d ff. StPO üblichen (und verfassungsrechtlich gebotenen⁶⁴) Einschränkungen fehlen. So enthält die Norm keinerlei Einschränkungen zur Gewährung ihrer Verhältnismäßigkeit und knüpft die Ausübung der Befugnis nicht an die Vorgabe, dass die Ermittlungen andernfalls wesentlich erschwert oder gar aussichtslos wären. Angesichts der Eingriffsintensität – der Zugriff bedeutet in den meisten Fällen einen Eingriff in den Kernbereich privater Lebensführung – ist auch nicht nachvollziehbar, weshalb die Norm keinen Richtervorbehalt und keinen Kernbereichsschutz vergleichbar den §§ 100d, 100e StPO n.F. vorsieht. Der Zugriff auf Benutzerkonten ist hinsichtlich der Eingriffsintensität durchaus vergleichbar mit den Eingriffen auf Telekommunikationsdaten iSd §§ 100a, 100b StPO.

Etwas anderes könnte allenfalls bei der Nutzung eines einmal übernommenen Accounts gelten. Hierzu muss dem RefE zwar vorgehalten werden, dass es verfassungsrechtlich unzulässig⁶⁵ wäre, wenn man – wie es der aktuelle Wortlaut (Satz 2) nahelegt – ohne Weiteres die Kommunikation zu jedem beliebigen Dritten erlauben würde, ganz gleich ob auch nur irgendein Bezug zu einer Straftat besteht.⁶⁶ Man muss dem RefE jedoch zugestehen, dass

⁶³ Schließlich spricht auch der RefE „nur“ von Darknet-Handelsplattformen und Plattformen zur Verbreitung von Kinderpornografie (S. 86).

⁶⁴ Vgl. die für sämtliche Ermittlungsmethoden der Strafprozessordnung geltenden Aussagen in *BVerfG*, BeckRS 2005, 27151 Rn. 102 ff.

⁶⁵ Vgl. oben *BVerfG* (Fn. 64).

⁶⁶ Vgl. zur sonst in der StPO üblichen Praxis bspw. die einschränkenden bzw. explizit klarstellenden Regelungen bei § 163f Abs. 1 S. 3, Abs. 2 oder §§ 100a Abs. 3, 100b Abs. 3 StPO.

zahlreiche Stimmen für die Nutzung eines einmal übernommenen Accounts keine spezielle Ermächtigungsgrundlage verlangen, sondern dies als den Einsatz eines nicht öffentlich ermittelnden Polizeibeamten ansehen, der von der Generalklausel des § 163 StPO umfasst ist.⁶⁷ Paradox ist freilich, dass der RefE mit den vorstehenden Regelungen ja gerade eine spezielle Ermächtigungsgrundlage schafft, obwohl er davon auszugehen scheint, dass nicht einmal ein Rückgriff auf die Generalklausel notwendig sei, da überhaupt kein Grundrechtseingriff vorliege.⁶⁸

Auch verfassungsrechtlich ist die Rechtslage aber keineswegs so eindeutig, wie im RefE geschildert. Zutreffend ist zwar, dass nach der Rechtsprechung des *BVerfG* Art. 10 GG hauptsächlich die (technische) Integrität des Übertragungsmediums schützt und nicht betroffen ist, wenn einer der Beteiligten die Inhalte der Kommunikation auch staatlichen Stellen zur Kenntnis bringt.⁶⁹ Dies gilt jedoch nur, solange der Zugriff auf die Kommunikationsinhalte von dem Beteiligten, der ihn ermöglicht, *freiwillig* eingeräumt wird.⁷⁰ Von einer Freiwilligkeit kann angesichts der Regelungen des § 163g StPO-E allerdings keine Rede mehr sein. Darüber hinaus erscheint es auch vorschnell, einer Unterhaltung im Darknet pauschal jegliches schutzwürdige Vertrauen im Hinblick auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung abzusprechen. Zwar existiert zweifelsohne das vielseitig zitierte Diktum des *BVerfG*, dass nur das Ausnutzen eines schutzwürdigen Vertrauens des Betroffenen in die Identität und Motivation seines Kommunikationspartners einen Grundrechtseingriff darstellt und ein solches Ausnutzen aufgrund der Anonymität im Internet bzw. der damit verbundenen generellen Ungewissheit über die Identität des Gegenüber regelmäßig nicht vorliegt.⁷¹ Dass diese Regelvermutung aber auch für den Fall gilt, in dem eine staatliche Stelle eine bereits laufende Kommunikation übernimmt (und nicht erst selbst in Gang bringt), innerhalb derer möglicherweise bereits zahlreiche private Details ausgetauscht wurden, sodass sich beim Kommunikationspartner ein gefestigtes Bild seines Gegenübers gebildet hat, ist zumindest nicht selbstverständlich.⁷² Jedenfalls würde diese Regel nicht greifen, wenn in Einzelfällen die Anonymität bspw. durch Videotelefonate oder reale Treffen aufgegeben wurde.⁷³

Eine spezielle Eingriffsgrundlage (auch) für die Account-Nutzung ist demnach zwar vorzugswürdig, sollte sich dabei aber nicht auf einen (Neben-)Satz beschränken. Dabei

sind die Rechtsprechung zur rechtstaatswidrigen Tatprovokation,⁷⁴ der Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung des Kommunikationspartners⁷⁵ und die Tatsache zu beachten, dass die Nutzung des Benutzerkontos nur dann tatsächlich erfolgsversprechend sein wird, wenn sie zeitgleich mit einem Nutzungsverbot für den eigentlichen Inhaber (und Dritte mit Kenntnis der Zugangsdaten) einhergeht, was wiederum die Eingriffsintensität der Maßnahme erhöht.

IV. Weitere geplante Änderungen

1. Qualifikationstatbestände für die Geheimnisschutzdelikte der §§ 202a bis e StGB(-E)

Im Bereich der weiteren Änderungen ist insbesondere die Einführung umfangreicher Qualifikationstatbestände durch einen geplanten neuen § 202f StGB-E⁷⁶ hervorzuheben, der dann auch den weiteren geplanten „digitalen Hausfriedensbruch“ (§ 202e StGB-E) umfassen soll. Mit der Norm sollen konzentriert an einer Stelle Qualifikationstatbestände für Geheimnisschutzdelikte im IT-Bereich (§§ 202a bis e StGB(-E)) geschaffen werden, für die der Strafraum sechs Monate bis zehn Jahre beträgt (§ 202f Abs. 1 StGB-E).⁷⁷ Ein Strafmaß nicht unter einem Jahr soll bei schweren Fällen i.S.d. § 202f Abs. 2 und 3 StGB-E gelten, sofern diese nicht „minder schwer“ (§ 202f Abs. 4 StGB-E) sind.

Zusätzlich sollen mit § 202f Abs. 5 StGB-E besonders schwere Fälle (anhand von vier Regelbeispielen) begründet werden, bei deren Verwirklichung der Strafraum zwischen einem und zehn Jahren beträgt.

2. Strafraumverschärfungen

Nach Art. 4 Nr. 3 RefE sollen die Strafraum der §§ 202a bis d und 303 b Abs. 1 StGB einheitlich von bis zu zwei bzw. drei Jahren auf bis zu fünf Jahren angehoben werden. Für § 303b Abs. 2 StGB soll das Strafmaß von Geldstrafe bis zu fünf Jahren auf sechs Monate bis fünf Jahre angehoben werden.

3. Erweiterung von Straftatenkatalogen im Rahmen der §§ 100a ff. StPO

Schließlich sieht der RefE vor, die Kataloge der §§ 100a, b und g StPO zu erweitern (Art. 5 Nr. 1 bis 3 RefE). In

⁶⁷ So *Krause*, NJW 2018, 678 (680) mit Verweis (auch) auf *BGH*, BeckRS 2010, 143592. *Soiné*, NStZ 2014, 248 und *Rosengarten/Römer*, NJW 2012, 1764 positionieren sich zwar nicht ganz so eindeutig, neigen jedoch auch deutlich dieser Ansicht zu.

⁶⁸ RefE, S. 87 ist hier zugegebenermaßen etwas uneindeutig. Einerseits wird konstatiert, dass die Nutzung übernommener Accounts „keinen Eingriffscharakter habe“. Andererseits wird hieraus (nur) die Schlussfolgerung gezogen, dass es „keine[r] spezielle[n] Ermächtigungsgrundlage“ bedürfe.

⁶⁹ Vgl. *BVerfG*, NJW 2008, 822 (835 Rn. 290).

⁷⁰ *BVerfG* (Fn. 69), Rn. 291 ff.

⁷¹ Vgl. *BVerfG* (Fn. 69), Rn. 310, 311.

⁷² Kritisch auch *Laudon* in seinem Beitrag „Passwort oder Beugehaft: Das Ende des Schweigens“ vom 10.4.2019 auf [strafakte.de](https://www.strafakte.de/gesetzgebung/passwort-beugehaft/): <https://www.strafakte.de/gesetzgebung/passwort-beugehaft/> (zuletzt abgerufen am 13.5.2019).

⁷³ Vgl. dazu auch *Ihwas*, WiJ 2018, 138 (143 f., 146).

⁷⁴ Zuletzt *BGH*, NStZ 2018, 355 m. Anm *Esser* auch zu den Divergenzen zwischen deutscher und europäischer Rechtsprechung.

⁷⁵ Vgl. hierzu bspw. § 100d StPO.

⁷⁶ Vgl. RefE S. 30 f.

⁷⁷ Im Einzelnen sind Qualifikationstatbestände vorgesehen für

- §§ 202a bis e StGB(-E) bei Handeln für eine fremde Macht, Gewerbsmäßigkeit oder bandenmäßiger Begehung (§ 202f Abs. 1 Nr. 1 StGB-E);
- § 202e StGB-E, soweit eine große Anzahl an informationstechnischen Systemen unbefugt genutzt werden (§ 202f Abs. 1 Nr. 2 StGB-E);
- §§ 202a bis d StGB, soweit die Tathandlung in der Absicht erfolgt, eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit, die Begehung einer gemeingefährlichen Straftat oder einer besonders schweren Umweltstraftat (§ 330 StGB) herbeizuführen oder zu ermöglichen (§ 202f Abs. 1 Nr. 3 StGB-E).

den Katalog der (Quellen-)TKÜ (§ 100a StPO) sollen die §§ 126a, 202a bis e, 202f Abs. 2 und 3 und §§ 303 a und b StGB(-E) aufgenommen werden. Eine Online-Durchsuchung (§ 100b StPO) und die Erhebung gespeicherter Verkehrsdaten (§ 100g Abs. 2 StPO) sollen bei Tatverdacht bzgl. Qualifikationstatbeständen der §§ 126a Abs. 3 und 202 Abs. 2 und 3 StGB-E möglich sein. Die Begründung hierzu stellt in den wenigen Worten, die sie zu den Änderungen verliert, ausschließlich auf das durch den RefE erhöhte Strafmaß ab, was nicht den Vorgaben des *BVerfG* genügt.⁷⁸ Die Änderungen sind (mit dieser Begründung) abzulehnen. Der RefE widerspricht sich sogar selbst, da er zu § 126a Abs. 1 StGB-E noch ausführte, dass dieser für sich genommen kein Anlass für eine TKÜ nach § 100a StPO sein könne, sondern allenfalls die Qualifikationstatbestände.⁷⁹

VI. Fazit und Ausblick

Dem RefE muss zugutegehalten werden, dass er zahlreiche Vorhaben des Bundesrates aufgreift, bündelt und in letzter Konsequenz möglicherweise eine Entscheidung

des parlamentarischen Gesetzgebers über sie herbeiführt. Allerdings überzeugen die vorgeschlagenen Regelungen inhaltlich nicht. Soweit das materielle Strafrecht betroffen ist, handelt es sich um symbolische Gesetzgebung, die zum einen keinen Mehrwert für die Praxis bringt und zum anderen Gesetzeslücken annimmt, um neutrale Verhaltensweisen zu kriminalisieren, deren Strafwürdigkeit sich nicht ohne Weiteres erschließt. Es scheint, dass die neu geplanten Qualifikationstatbestände sowie die Strafschärfungen im Bereich der (digitalen) Geheimschutzdelikte insbesondere mit dem Ziel eingeführt wurden, verdeckte Ermittlungsmaßnahmen in diesem Bereich zu ermöglichen und so frühzeitig „Hacker“, aber auch politisch missliebige Whistleblower wie *Snowden* oder *Assange*, zu einem frühen Zeitpunkt aufzuspüren. Hinsichtlich der strafprozessualen Änderungsvorschläge gelingt es dem RefE nicht, (angebliche) Strafverfolgungsbedürfnisse und (verfassungsrechtlich garantierten) Grundrechtsschutz in einen angemessenen Ausgleich zu bringen. In der Ressortabstimmung wird der RefE sicherlich einige Änderungen erfahren⁸⁰ und es wird sich lohnen, die weitere Entwicklung im Blick zu behalten.

⁷⁸ Vgl. *BVerfG*, NJW 2012, 833 (836, Rn. 204 ff), wo eine „Gesamt-schau“ gefordert wird.

⁷⁹ RefE, S. 80.

⁸⁰ Vgl. in diese Richtung oben Fn. 8 und 16.

Strafrechtlicher Schutz des virtuellen menschlichen Bewusstseins?

Eine philosophische Betrachtung unter Rekurs auf den Begriff der Menschenwürde des Grundgesetzes

von Wiss. Mit. Ludwig Reißmann*

Abstract

Der rein philosophische Beitrag geht der Frage nach, ob und inwieweit ein virtuelles menschliches Bewusstsein dem Schutzbereich zentraler strafrechtlicher Vorschriften unterfallen würde. Dieser Frage liegt zunächst eine Forschungshypothese zugrunde, die ein virtuelles menschliches Bewusstsein als ein in Daten und Algorithmen existentes Wesen definiert, das gleich einem Menschen zu sämtlichen Gefühlsregungen und Empfindungen in der Lage ist und sich in einer virtuellen Welt körperlich als Mensch wahrnimmt. Obwohl einem solchen virtuellen Bewusstsein nach diesem Beitrag keine Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG, und kein Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, zuzusprechen ist, hätte der Gesetzgeber den grundrechtlichen und strafrechtlichen Schutz aufgrund der gleichen Wahrnehmungs- und Gefühlslage auf solche menschlichen Bewusstseinsströme auszuweiten. Sodann beschäftigt sich der Beitrag vertieft mit der Notwendigkeit eines Straftatbestandes, der schon das „Herstellen“ eines solchen Bewusstseins unter Strafe stellt, um im Anschluss zu untersuchen, welchen Besonderheiten das Strafrecht gerecht werden muss, wenn Täter in von menschlichem Bewusstsein bevölkerte virtuelle Realitäten eingreifen oder innerhalb solcher virtueller Realitäten Straftaten begehen.

I. Die technologische Entwicklung virtueller menschlicher Abbilder

Der technologische Fortschritt entwickelt sich mit rasanter Geschwindigkeit. Gedankenkonstrukte, die in der Vergangenheit noch als Utopie galten, nehmen heute bereits Einfluss auf den Alltag zahlreicher Menschen. Prominente Beispiele sind etwa der Einsatz der Genschere in der Landwirtschaft,¹ selbstfahrende Kraftfahrzeuge² oder die zunehmende Entscheidungsfindung durch künstliche Intelligenz.³ Andere Entwicklungen stecken dagegen noch in den Kinderschuhen oder erscheinen als pure Fiktion, so

etwa die Idee, ein virtuelles Abbild des menschlichen Bewusstseins zu erschaffen. Zwar existiert bereits die Möglichkeit, das Lebenswerk eines Menschen für die Nachwelt digital zu archivieren. Dies soll gelingen, indem man mit Einverständnis des Betroffenen dessen Stimme zu Lebzeiten aufzeichnet, dreidimensionale Scans anfertigt und Daten sammelt, die Rückschlüsse auf dessen Persönlichkeit zulassen.⁴ Auf diese Weise wäre auf lange Sicht eine Kommunikation mit dem digitalen Abbild einer verstorbenen Person denkbar. Solchen Avataren⁵ würde man aber kein eigenständiges Bewusstsein zusprechen. Es handelt sich um fragmentarische Bruchstücke der Persönlichkeit eines Menschen, die mithilfe von technischen Mitteln allenfalls zu einer begrenzten Interaktion mit der Außenwelt in der Lage ist.

Ein Startup aus den USA geht nun einen Schritt weiter: So können interessierte Personen ihr Gehirn durch Injektion mit einer chemischen Lösung vollständig konservieren lassen.⁶ Das Ziel dieses Vorhabens klingt verheißungsvoll wie bedrohlich zugleich: Mithilfe zukünftiger Technologien soll der erhaltene menschliche Verstand kopiert und in eine virtuelle Welt hochgeladen werden. Dort könnte das hochgeladene menschliche Bewusstsein unter Wahrnehmung seines früheren Körpers weiter existieren.⁷ Angesichts mangelnder technischer Mittel, der Komplexität des menschlichen Gehirns und der schier Masse an Daten erscheint ein solcher Prozess heute als Science-Fiction.⁸ Denkt man ein solches Vorhaben aber zu Ende, stellen sich – vor allem aus strafrechtlicher Perspektive – höchst interessante Fragestellungen: Bedarf ein virtuelles menschliches Bewusstsein überhaupt dem Schutz des Strafrechts? Wären unsere derzeitigen Straftatbestände geeignet, solches Bewusstsein zu schützen? Wie weit sollte ein solcher Schutz reichen?

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

¹ Dazu Seitz, EuZW 2018, 757 (759).

² Lange, NZV 2017, 345 (346 f.).

³ Zum Begriff künstlicher Intelligenz: Herberger, NJW 2018, 2825 ff.; zum Einsatz künstlicher Intelligenz bei der juristischen Entscheidungsfindung: Enders, JA 2018, 721 (722).

⁴ <https://www.zeit.de/2016/31/kuenstliche-intelligenz-unsterblichkeit-online-daten-hologramme-klone> (zuletzt abgerufen am 8.2.2019).

⁵ Avatare sind künstliche, animierte Figuren, die die virtuelle Präsenz ihres Nutzers abbilden, siehe Mössner in: BeckOK-BGB, Stand: 01.08.2018, § 90 Rn. 100.

⁶ Dieses Prozedere führt unweigerlich zum Tod der betreffenden Person, näher dazu: <https://www.technologyreview.com/s/610456/a-startup-is-pitching-a-mind-uploading-service-that-is-100-percent-fatal>, (zuletzt abgerufen am: 8.2.2019).

⁷ <https://www.technologyreview.com/s/610456/a-startup-is-pitching-a-mind-uploading-service-that-is-100-percent-fatal>, (zuletzt abgerufen am 8.2.2019).

⁸ Wie rasch sich solche Überlegungen zu realen Szenarien entwickeln können zeigt beispielsweise ein Beitrag von Sternberg-Lieben, NSStZ 1988, 1 (2): „(...) wobei der Beitrag auf die bereits erwähnten Bereiche der Fortpflanzungsmedizin beschränkt bleiben muß, da eine Erörterung der zur Zeit ohnehin eher noch einem Science-Fiction-Szenario zuzurechnenden Probleme des Klonens, der Chimärenbildung, der Mensch-Tier-Hybridisierung, des Austragens menschlicher Embryonen durch eine künstliche „Ersatzmutter“ sowie der Genterapie am Menschen den vorgegebenen Rahmen vollends überstiege.“

II. Forschungshypothesen zu virtuellem menschlichem Bewusstsein

Um diese Fragen zu klären, bedarf es für die vorliegende Untersuchung einiger grundlegender Hypothesen über virtuelles menschliches Bewusstsein. Diese Annahmen sind zum derzeitigen Stand freilich nicht wissenschaftlich belegbar, weshalb diese Betrachtung eine rein philosophische bleibt.

Zunächst soll für alle folgenden Ausführungen die Hypothese gelten, dass das menschliche Bewusstsein ab dem Zeitpunkt des Hochladens in eine virtuelle Welt fortlebt und seinen früheren Körper dort als real wahrnimmt.⁹ Dazu gehört insbesondere die Notwendigkeit zur Atmung und Nahrungsaufnahme, die Existenz von Geruchssinn, Tastsinn und Schmerzempfinden sowie die Fähigkeit zur Gefühlsbildung. Der einzige Unterschied zum Menschen soll darin bestehen, dass es in einer virtuellen Realität weder zu einem körperlichen Verfall, noch zum Eintritt eines natürlichen oder krankheitsbedingten Todes kommt.¹⁰ Die hochgeladene Person existiert mit allen ihren Fähigkeiten und Erinnerungen, ihrer Willensfreiheit und ihren Empfindungen weiter, nur virtuell und ohne die Aussicht auf Krankheit oder Tod.¹¹ Selbst wenn sich in einem zukünftigen Szenario Zweifel über die Gefühlswelt und Empfindungen des virtuellen menschlichen Bewusstseins ergäben, wird man diese Zweifel schon aufgrund der Erwägung ausräumen müssen, dass man solchen Existenzen anderenfalls erhebliches Leiden bescheren könnte.¹²

Die zweite Hypothese betrifft den digitalen Raum, in dem sich virtuelles menschliches Bewusstsein wahrnehmen kann. So hängt die Gestaltung desselben von der vorangehenden Programmierung ab. Dem Programmierer kommt damit gleichsam die Rolle eines Architekten zu. Eine solche Position eröffnet Raum für Missbrauch, denkt man etwa an die Kreation eines unendlich weiten, leeren Raums, in den das menschliche Bewusstsein eingesperrt

wird.¹³ Dieser Gedankengang führt gleichzeitig zur übergeordneten Frage nach der Notwendigkeit des Schutzes virtuellen Bewusstseins durch das Strafrecht. Dies soll im Folgenden anhand eines kurzen Beispiels verdeutlicht werden.

III. Virtuelles menschliches Bewusstsein – in dubio pro dignitate?¹⁴

Vorausgesetzt, ein Mensch schaltet einen Server ab, auf dem sich virtuelles menschliches Bewusstsein nach der obigen Definition befindet. Hätte er dann einen Totschlag i.S.d. § 212 Abs. 1 StGB begangen? Die Antwort auf diese Frage führt zum Tatbestandsmerkmal der Tötung eines *Menschen*. Unter einem Menschen i.S.d. Strafrechts versteht man nach derzeitiger Auffassung jeden anderen, geborenen Menschen.¹⁵ Der strafrechtliche Schutz soll sich von dem Beginn des Geburtsaktes mit Eintritt der Eröffnungswehen¹⁶ bis zum Zeitpunkt des Todes¹⁷ der jeweiligen Person erstrecken. Schon nach der geltenden Definition wäre virtuelles menschliches Bewusstsein nicht vom strafrechtlichen Schutz des § 212 Abs. 1 StGB umfasst, da dieses nie natürlich geboren wurde und auch nie auf natürlichem Wege sterben kann.

Um den Schutz des § 212 Abs. 1 StGB auf digitale Kopien zu erstrecken, bedürfte es daher einer Neuinterpretation des strafrechtlichen Menschenbegriffs. Keine Klarheit bringt dabei ein Blick auf das Grundgesetz. Träger der Menschenwürde ist hiernach jede geborene Person kraft Zugehörigkeit zur Spezies Mensch.¹⁸ Doch wie definiert

⁹ Zur Idee der Verknüpfung der realen mit einer virtuellen Welt: *Boehme-Neßler*, NJW 2017, 3031 (3032).

¹⁰ Die Nahrungsaufnahme wird in einem Szenario, in dem virtuelles menschliches Bewusstsein keinem Verfallsprozess oder Eintritt eines natürlichen oder krankheitsbedingten Todes unterliegt, nur noch dem bloßen Vergnügen dienen; selbst die Zeit verliert in einer solchen virtuellen Realität an Bedeutung, dazu *Boehme-Neßler*, NJW 2017, 3031 (3032).

¹¹ Aufgrund der unterstellten Freiheit des Willens solcher digitaler Abbilder bedarf die Frage nach einem schuldhaften Handeln solchen Bewusstseins keiner weiteren Klärung, vgl. zum strafrechtlichen Schuldbegriff: *Radtke*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2016), vor § 38 Rn. 20 f.; *Hilgendorf*, in: Beck (Hrsg.), *Jenseits von Mensch und Maschine, Ethische und rechtliche Fragen zum Umgang mit Robotern, Künstlicher Intelligenz und Cyborgs*, 2012, S. 119 (128); unklar ist dagegen, ob der Autonomiebegriff des Menschen angesichts des zukünftigen technologischen Wandels überhaupt noch aufrechterhalten werden kann, dazu vertiefend: *Beck*, in: Gruber/Bung/Ziemann (Hrsg.), *Autonome Automaten, Künstliche Körper und künstliche Agenten in der technisierten Gesellschaft*, 2. Aufl. (2015), S. 173 (176 f.).

¹² Dazu *Beck*, in: Japanisch-Deutsches Zentrum (Hrsg.), *Mensch-Roboter-Interaktionen aus interkultureller Perspektive*, 2012, S. 124 (143).

¹³ Zu den möglichen Konsequenzen einer computergenerierten künstlichen Realität: *Uebelhart*, in: Gruber/Bung/Ziemann (Fn. 11), S. 249 (261 f.).

¹⁴ Zum Begriff: *Hillgruber*, in: BeckOK-GG, 39. Edition, Stand: 15.11.2018, Art. 1 Rn. 3.1.; üblicherweise wird der Ausdruck im Bereich der Sterbehilfe verwendet, dazu beispielsweise *Hufen*, NJW 2001, 849 (856).

¹⁵ *Schneider*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), vor § 211 Rn. 1; *Eser/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. (2019), vor §§ 211 ff. Rn. 1; *Neumann*, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), vor § 211 Rn. 1; *Fischer*, StGB, 66. Aufl. (2019), vor §§ 211 – 217 Rn. 1; *Kindhäuser*, LPK-StGB, 7. Aufl. (2017), vor §§ 211 – 222 Rn. 1.

¹⁶ *Schneider*, in: MüKo-StGB, vor § 211 Rn. 6; *Eser/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, vor §§ 211 ff. Rn. 13; *Neumann*, in: NK-StGB, vor § 211 Rn. 6; *Fischer*, StGB, vor §§ 211 – 217 Rn. 5; *Kindhäuser*, LPK-StGB, vor §§ 211 – 222 Rn. 2.

¹⁷ Der Begriff des Todes wird dabei unterschiedlich bestimmt, dazu: *Eser/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, vor §§ 211 ff. Rn. 19; siehe auch *Fischer*, StGB, vor §§ 211 – 217 Rn. 14 ff.; *Kindhäuser*, LPK-StGB, vor §§ 211 – 222 Rn. 3 oder *Neumann*: in: NK-StGB, vor § 211 Rn. 17 f.

¹⁸ Vgl. BVerfGE 87, 209 (228); *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, GG, 84. Erg. Lfg. 2018, Art. 1 Abs. 1 Rn. 52; *Hillgruber*, in: BeckOK-GG, Art. 1 Rn. 3; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. (2018), Art. 1 Rn. 6 f.; zum Begriff der Menschenwürde: *Antoni*, in: Hömig/Wolf, GG, 12. Aufl. (2018), Art. 1 Rn. 4; vgl. dazu auch *Krefß*, ZRP 2006, 219 (220) oder *Herdegen*, JZ 2001, 773 f.

man die Spezies Mensch, wie eine geborene Person?¹⁹ Der rein abstrakte, vom natürlichen Wortsinn losgelöste Begriff des „geboren werden“ lässt sich ohne Weiteres als ein „zur Welt kommen“ oder „ins Leben treten“ auf eine virtuelle menschliche Kopie erstrecken, die sich ihrer Selbst zum ersten Mal bewusst wird. Darüber hinaus könnte die Willensfreiheit und die gleiche menschliche Empfindungs- und Gefühlslage für eine Ausdehnung des Menschenbegriffs auf digitales menschliches Bewusstsein sprechen. Auch das Kriterium der Unsterblichkeit steht einer Erweiterung des Wortsinns nicht entgegen, denn gerade hier können die Grenzen zukünftig verschwimmen: Was, wenn die Menschheit in der Lage wäre, sämtliche Krankheiten zu heilen und den Eintritt des natürlichen Todes mittels Gentechnik aufzuhalten?

Gewissheit vermag in dieser Diskussion daher allein eine Erkenntnis zu vermitteln: Bei den digitalen menschlichen Abbildern würde es sich nachweislich um von Menschen erschaffene Datenströme und nicht um körperliches Leben, wie wir es definieren, handeln. Dieser Schluss muss zur Erkenntnis führen, dass man derartigen Datenströmen trotz ihrer Bewusstheit das Menschsein abspricht. Der Begriff des Menschen i.S.d. Art. 1 Abs. 1 GG zeichnet sich vor diesem Hintergrund in einer negativen Abgrenzung dahingehend aus, dass es sich nicht um komplexe Algorithmen oder Datenströme handeln darf, die dazu imstande sind, menschliches Bewusstsein abzubilden.

Die aufgrund des fehlenden Menschseins bedingte Abwesenheit zentraler strafrechtlicher Schutznormen für virtuelles menschliches Bewusstsein öffnet Tor und Tür für Missbräuche. Die Folgen lägen mangels Möglichkeit eines Todeseintritts der virtuellen Individuen auf der Hand: Jahre lange Freiheitsberaubungen oder Folterungen durch Eingriffe aus unserer Welt, beispielsweise durch ein Umprogrammieren des virtuellen Lebensraums, sind nur zwei mögliche Beispiele. Nach dem obigen Modell wäre virtuelles menschliches Bewusstsein insbesondere zur Empfindung von Schmerz oder Angstzuständen fähig. Für die Schutzwürdig- und Schutzbedürftigkeit menschlicher Individuen kann es keinen Unterschied machen, in welcher Form diese tatsächlich existieren, insbesondere, wenn sich die Menschheit selbst noch im Unklaren über die Beschaffenheit ihrer eigenen Realität befindet. Der Gesetzgeber wäre damit verpflichtet, menschliches Bewusstsein, das sich von unserem Leben lediglich durch Existenz in Form von Datenströmen unterscheidet, unter den Schutz unserer

Rechtsordnung zu stellen. Dies bedeutet letztlich die Anerkennung der Würde eines virtuellen menschlichen Bewusstseins und auf ein Recht auf virtuelle Existenz und Unversehrtheit. Dementsprechend hätte man in einer solchen Zukunft den Wortlaut des Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG auf digitales menschliches Bewusstsein zu erstrecken und ein an Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG angelehntes Recht auf virtuelle menschliche Existenz und Unversehrtheit zu konstruieren. Dass dieser Gedanke nicht befremdlich ist, zeigt bereits die Tatsache, dass Avataren ein Persönlichkeitsrechtsschutz, Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, zukommen kann, wenn das virtuelle Abbild geeignet ist, die Persönlichkeit einer realen Person abzubilden.²⁰ Mit einer solchen Wertung des Grundgesetzes wäre auch die Existenz neuer Straftatbestände oder die Erweiterung des Wortlauts einzelner Vorschriften zum Schutz virtueller menschlicher Existenz zu rechtfertigen.

Im Ergebnis lässt sich also festhalten, dass man virtuellem menschlichen Bewusstsein das Menschsein zwar absprechen, den Schutz des Strafrechts unter Änderung des Grundgesetzes aber dennoch auf unsere digitalen Abbilder erstrecken müsste. Damit noch unbeantwortet bleibt die Frage nach der rechtlichen und moralischen Zulässigkeit eines solchen Vorhabens.²¹ Sollte das Strafrecht also nicht nur zum Schutz, sondern bereits zur Verhinderung solcher Existenzen herangezogen werden?

IV. Der Straftatbestand zum virtuellen Duplizieren von Menschen

Mangels technischer Realisierbarkeit lassen sich derzeit keine Vorschriften ausmachen, die das virtuelle Duplizieren eines menschlichen Bewusstseins unter Strafe stellen. Die Thematik ähnelt jedoch der Debatte um die Zulässigkeit des Klonens von Menschen. So wird nach der zugrundeliegenden Forschungshypothese eine Kopie eines menschlichen Bewusstseins gescannt und in einer virtuellen Welt zum Leben erweckt. Damit entsteht gewissermaßen ein virtueller Klon eines Menschen.

Beim nicht-virtuellen Klonen ist der Gesetzgeber bereits tätig geworden. So hat er in § 6 ESchG einen Straftatbestand normiert, der das Klonen von Menschen unter Strafe stellt.²² Wer hiernach künstlich bewirkt, dass ein menschlicher Embryo mit der gleichen Erbinformation wie ein anderer Embryo, ein Foetus, ein Mensch oder ein Verstorbener entsteht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Zwar ist anerkannt, dass der

¹⁹ Vgl. dazu Höfling, in: Sachs, GG, 8. Aufl. (2018), Art. 1 Rn. 38: „Dass die Menschenwürde unantastbar „ist“, beschreibt die Unverfügbarkeit, die Nichtmachbarkeit des Menschen. Er ist das freie, undefinierbare und offene Wesen (offenes Menschenbild des GG), so dass es von Verfassungen wegen illegitim ist, „das Wesen des Menschen [...] zu definieren.“ oder Gruber, in: Gruber/Bung/Ziemann (Fn. 11), S. 191 (201): „Bei genauerem Hinsehen dürfte es aber vielmehr der kommunikative Prozess der sozialen Anerkennung in Menschengesellschaft sein, den ein Wesen zu einem Menschen macht. Diese Anerkennung gelingt umso eher, je menschenähnlicher dieses erscheint, etwa indem es [...] eigene Denk- und Bewusstseinsleistungen sowie künstlerische Fähigkeiten und Kreativität entfaltet, oder auch, indem es eine gewisse Freiheitsliebe oder auch Körper- und Schamgefühle zeigt, und schließlich, indem es eine eigene narrative Identität und die Gestalt eines lebendigen Menschenkörpers aufweist.“

²⁰ Vgl. dazu Geis/Geis, CR 2007, 721 (724); Mössner, in: BeckOK-BGB, § 90 Rn. 100; einer weiteren Klärung bedürfte auch die von dieser Thematik zu differenzierende Frage, ob und inwieweit Menschen und virtuelles menschliches Bewusstsein unter Anpassung des Wortlauts des Art. 3 Abs. 1 GG gleichbehandelt werden müssten, wenn letzteres zum Betreten unserer Realität in der Lage wäre. Zu dieser Thematik speziell für Roboter: Beck, in: Japanisch-Deutsches Zentrum (Fn. 12), S. 124 (140 f.).

²¹ Vertiefend zu den ethischen Anforderungen an künstliche Intelligenz: Detting/Krüger, PharmR 2018, 513 (515 f.).

²² Siehe dazu Fischer, StGB, vor §§ 211 – 217 Rn. 10; Müller-Terpitz, in: Spickhoff, Medizinrecht, 3. Aufl. (2018), § 6 ESchG Rn. 2 oder Zuck, in: Quaa/Zuck/Clemens, Medizinrecht, 4. Aufl. (2018), § 68, Rn. 140 ff.

Würdeanspruch des Menschen auch dem erzeugten menschlichen Klon zusteht.²³ Der Vorgang des Klonens wird allerdings überwiegend als Würdeverletzung des Spenders des genetischen Datensatzes betrachtet.²⁴ Der geklonte Mensch selbst werde seiner genetischen Identität beraubt.²⁵ Hier bestünde keinerlei Dispositionsbefugnis.²⁶ Der Gesetzgeber wertet das Klonen als Verstoß gegen die Menschenwürde *in besonders krasser Weise*.²⁷

Diese Erwägungen lassen sich dem Grunde nach auch auf das hier beschriebene Modell übertragen. Beim „digitalen Klonen“ entstünde zwar kein realer Klon in Form eines Embryos, sondern nur ein virtuelles, auf Daten und Algorithmen basierendes Abbild der Persönlichkeitsstruktur der betroffenen Person zum Zeitpunkt des Scans. Nach der derzeitigen Interpretation der Wertentscheidung unseres Grundgesetzes würde der Würdeanspruch des ursprünglichen Trägers aber ebenfalls verletzt: Es kann keinen Unterschied machen, ob die nach außen tretenden Persönlichkeitsmerkmale eines Menschen auf Erbinformationen oder auf einem detailgenauen Scan des Persönlichkeitsprofils beruhen. Die tatsächlichen Auswirkungen beim digitalen Klonen wären wohl noch um einiges gravierender: Anders als ein menschlicher Klon, der seit Beginn seiner Existenz mit völlig verschiedenen Situationen und Menschen konfrontiert wird und damit einer unterschiedlichen Persönlichkeits- und Körperentwicklung unterliegt als sein Spender, teilt der digitale Scan ab Beginn seiner Existenz in der Regel schon einen Großteil seiner Lebensgeschichte mit seinem Doppel in der realen Welt. Schlussendlich wäre gar ein Szenario denkbar, in dem ein kopiertes virtuelles menschliches Bewusstsein in der Lage wäre, unsere Realität in Maschinenform zu betreten und es so zur Koexistenz zweier nahezu identischer Individuen käme. Um solchen Situationen vorzubeugen, wäre ein Tätigwerden des Gesetzgebers nach den gegenwärtigen moralisch-sittlichen Wertvorstellungen wahrscheinlich. Ein möglicher Straftatbestand könnte sich damit wie folgt gestalten:

§ 1 – Virtuelles Duplizieren von Menschen

(1) Wer ein Abbild eines menschlichen Bewusstseins virtuell dupliziert, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn dieses menschliche Bewusstsein gleich einem Menschen zum Fortleben in der Lage ist.

(2) Der Versuch ist strafbar.

Die Vorschrift stellt das Duplizieren des Abbildes eines menschlichen Bewusstseins unter der Voraussetzung unter Strafe, dass ein solches Bewusstsein *gleich einem Menschen* zum Fortleben in der Lage ist. Das isolierte Speichern einzelner Erinnerungen einer Person reicht da-

mit ebenso wenig aus, wie die Kreation sonstiger künstlicher Intelligenz, die zwar zum Anstellen hochkomplexer Erwägungen in der Lage ist, die sich durch ihre Gefühlslage und Empfindungsfähigkeit aber von einem Menschen unterscheidet. Die Kopplung an den Menschenbegriff des Strafrechts sorgt damit für eine Begrenzung des Anwendungsbereichs der Vorschrift und bietet gleichzeitig genügend Flexibilität für den Fall, dass sich die Auffassung, welche Merkmale einen Menschen definieren, zukünftig ändert.

Gleich einem Menschen zum Fortleben in der Lage und vom Anwendungsbereich der Norm erfasst wäre nicht nur das Duplizieren des Bewusstseins einer erwachsenen Person, sondern auch das Bewusstsein eines Kindes mit oder ohne Behinderung.²⁸ Zuletzt beschränkt sich die Vorschrift aufgrund des weiten Begriffs des *Fortlebens* nicht auf ein Duplizieren in einen virtuellen Raum hinein, sondern umfasst insbesondere das Duplizieren eines menschlichen Bewusstseins, das in Roboterform in unserer Realität zum Weiterleben imstande ist.

Trotz solcher Verbotsnormen wäre die Existenz von virtuellem menschlichen Bewusstsein nicht ausgeschlossen. So könnte beispielsweise der Täter entgegen gesetzlicher Vorgaben eine virtuelle Welt erschaffen, in der mehrere menschliche Bewusstseinsströme koexistieren.²⁹ In dieser Situation stellt sich die Frage nach der Anwendbarkeit strafrechtlicher Vorschriften zum Schutz der dort existenten Individuen. Hier wäre in einem ersten Schritt zwischen äußerlichen Eingriffen in die virtuelle Realität und Eingriffen innerhalb der virtuellen Realität zu differenzieren. Was soll beispielsweise passieren, wenn ein virtuelles menschliches Bewusstsein dem anderen das Leben nimmt und letzteres eine juristische Sekunde später auf dem Stand des letzten „Backups“ weiterlebt? Wie ist auf der anderen Seite zu verfahren, wenn es außerhalb der virtuellen Realität zur vorsätzlichen Abschaltung eines Servers kommt, auf dem mehrere digitale menschliche Abbilder liegen und diese durch die Abschaltung unwiderruflich „gelöscht“ werden?

V. Äußerliche Eingriffe in eine virtuelle Realität

Äußerliche Eingriffe in eine virtuelle Realität könnten sich in zwei Varianten vollziehen. Entweder zerstört der Täter den gesamten Server, auf dem sich eines oder mehrere digitale menschliche Bewusstseinsströme befinden. Dies hätte unweigerlich die Löschung aller darauf befindlicher Daten und damit auch die Beendigung der Existenz aller darauf befindlichen Individuen zur Folge. Alternativ könnte er einen Virus in das System einschleusen bzw. bestimmte Zustände in der virtuellen Realität umprogrammieren.

²³ Herdegen, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 53.

²⁴ Herdegen, in: Maunz/Dürig, GG Art. 1 Abs. 1 Rn. 105; Hofmann, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. (2017), Art. 1 Rn. 36.

²⁵ Herdegen, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 105.

²⁶ Herdegen, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 105; dazu näher Frankenberg, KJ 2000, 325 (329 f.).

²⁷ BT-Drs. 11/5460 S. 11 – Entwurf eines Gesetzes zum Schutz von Embryonen; zust. Hofmann, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 1 Rn. 36; Kersten, NVwZ 2018, 1248 (1254).

²⁸ Schneider, in: MüKo-StGB, vor § 211 Rn. 28; vgl. auch Neumann, in: NK-StGB, vor § 211 Rn. 4.

²⁹ Vgl. dazu auch Neuhäuser, in: Hilgendorf (Hrsg.), Robotik im Kontext von Recht und Moral, 2014, S. 269 f.

1. Abschalten oder Zerstören eines Servers

Schaltet der Täter einen Server unwiderruflich ab oder zerstört er diesen, so stellt sich in erster Linie die Frage nach der Strafbarkeit nach § 212 Abs. 1 StGB. Wie bereits festgestellt, kann man bei virtuellem menschlichen Bewusstsein nicht von einem Menschen sprechen. Aufgrund der unter (III.) beschriebenen, notwendigen Änderung des Grundgesetzes zur Anerkennung der Würde und eines Rechts auf Unversehrtheit des virtuellen menschlichen Bewusstseins wäre der Gesetzgeber gefordert, entweder den Wortlaut des § 212 StGB zu modifizieren oder einen neuen Straftatbestand zu schaffen, der das Unrecht der Beendigung der Existenz digitalen menschlichen Bewusstseins erfasst. Unzureichend wäre dagegen die Erwägung, ausschließlich auf das Strafmaß des § 303 Abs. 1 StGB bei der Beschädigung eines fremden Servers oder das Strafmaß der §§ 303a f. StGB bei der Veränderung von Daten zurückzugreifen. Dies kann zu dem skurrilen Ergebnis führen, dass die Sachbeschädigung eines Servers in Unkenntnis über dessen Datenströme in Tateinheit mit einem speziell angepassten Straftatbestand der fahrlässigen Tötung eines digitalen menschlichen Bewusstseins stehen könnte.

Eine nähere Betrachtung bedarf hier auch die Frage nach dem Strafraum einer vorsätzlichen Tötung bzw. Löschung eines virtuellen menschlichen Bewusstseins: Ist eine solche Tat in gleichem Maße zu bestrafen, wie die Tötung eines Menschen? In dem wahrscheinlichen Szenario, dass sich virtuelle menschliche Kopien über den Umstand bewusst sind, dass ihre Existenz durch Abschaltung des Servers bedroht ist, befinden sie sich in der gleichen Gefühlslage, wie ein Mensch. Das entscheidende Differenzierungskriterium läge damit erneut in der bloßen Existenz des menschlichen Bewusstseins in Datenform. Wie bereits unter (III.) erörtert wurde, darf dieser Gesichtspunkt keine Rolle spielen. Ein willkürliches Beenden des Lebens sämtlicher über sich selbst bewusster menschlicher Existenzformen kann auch aus generalpräventiven Gründen nicht toleriert werden, besonders dann, wenn die Grenzen zwischen digitaler und realer Existenz zunehmend verschwimmen.³⁰ Im Ergebnis wäre der Gesetzgeber dazu gehalten, auch beim Strafraum nicht zwischen der Tötung eines Menschen und eines virtuellen menschlichen Bewusstseins zu differenzieren.

2. Äußerliche Einflussnahme durch Programmieren

Durch Programmierungen könnte man ebenfalls Einfluss auf das Geschehen in einer virtuellen Realität nehmen, etwa in Form der Aktivierung des Schmerzempfindens des menschlichen Bewusstseins, durch Einsperren desselben in einen Raum oder durch die Zerstörung von digitalen Gegenständen. Erneut müsste man beispielsweise das Zufügen von Schmerzen unter Erweiterung des Wortlauts

des § 223 StGB („Person“) auch auf digitales menschliches Bewusstsein erstrecken oder einen neuen Straftatbestand schaffen.

Schwierig gestaltet sich die von außen programmierte, virtuelle Beschädigung oder Zerstörung einer Sache. Was innerhalb einer virtuellen Welt für die Bewohner offenkundig als Sache erscheint, ist für uns nicht mehr als ein Teil von Daten auf einem Server. Wagt man sich an die Subsumption der Beschädigung einer virtuellen Sache durch entsprechende Programmierungen, so ergäben sich schon allein durch die geforderte Körperlichkeit einer Sache Probleme.³¹ Daher wäre es nur folgerichtig, auch hier einen neuen Straftatbestand zu schaffen, der an die Besonderheiten einer virtuellen Beschädigung oder Zerstörung einer Sache angepasst ist. Eine so normierte „virtuelle Sachbeschädigung“ stünde dann möglicherweise in Tateinheit zu den in der Realität verwirklichten §§ 303a, 303b StGB. Diese Erwägungen gelten nur unter der Maßgabe, dass der Beschädigung oder Zerstörung einer Sache in einer virtuellen Welt überhaupt ein eigenständiges Handlungs- und Erfolgsunrecht zugeschrieben werden kann. Dies hängt maßgeblich von dem System ab, in dem das virtuelle menschliche Leben existiert. Angesichts der unendlichen Verfügbarkeit virtueller Ressourcen erscheint eine einmalig programmierte Sachbeschädigung jedenfalls dann als Bagatelldelikt, wenn der virtuelle Eigentümer der Sache diese jederzeit aus dem Nichts heraus erschaffen kann. Anders verhält es sich, wenn das virtuelle Leben an ein System gekoppelt wäre, das die verfügbaren Ressourcen bewusst knapp hält.

VI. Straftaten innerhalb der virtuellen Realität

Wie nun aber regelt man Straftaten innerhalb einer virtuellen Realität, die von menschlichem Bewusstsein bewohnt wird? Hier wird man zunächst die Debatte führen müssen, ob man es virtuellem menschlichen Bewusstsein aufgrund seiner Willensfreiheit und Autonomie nicht selbst überlässt, eigene Strafgesetze zu erlassen. Ist diese Frage geklärt, könnte der zuständige Gesetzgeber an die Vorschriften des Strafgesetzbuchs anknüpfen, da die Begehung von Straftaten in der virtuellen Welt als real wahrgenommen werden. Diese Straftatbestände müssten die Besonderheiten und Naturgesetze berücksichtigen, die in einer virtuellen Welt gelten. So ist beispielsweise nach dem hier zugrundeliegenden Modell der Eintritt eines natürlichen Todes ausgeschlossen. Ob man in diesem Fall auf § 212 Abs. 1 StGB zurückgreifen kann, wird stark davon abhängen, wie sich eine Tötung im konkreten Fall vollzieht: Kann man von einem Totschlag sprechen, wenn bei einem Kopfschuss das momentane digitale Abbild der Person stirbt, um dann sogleich mit einem Backup wiederhergestellt zu werden? Oder ist die Realität so konstruiert, dass die Kugel ihr Ziel schon niemals erreichen kann? Im ersten Fall einer tatsächlichen Tötung eines virtuellen Menschen ist ein nach außen sichtbarer Tötungserfolg

³⁰ Dazu *Boehme-Neßler*, NJW 2017, 3031 (3032).

³¹ Vgl. *Mössner*, in: BeckOK-BGB, § 90 Rn. 98 f.; zur Definition des strafrechtlichen Sachbegriffs: *Wieck-Noodt*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2019), § 303 Rn. 10; *Hecker*, in: Schönke/Schröder, § 303 Rn. 3; *Fischer*, StGB, § 303 Rn. 2; *Kindhäuser*, LPK-StGB, § 303 Rn. 3.

eingetreten. Das virtuelle menschliche Bewusstsein wurde abhängig von dem Zeitpunkt des letzten Backups temporär ausgelöscht und somit um die Erfahrungen der letzten Minuten, Stunden oder Tage gebracht. Bereits hierin kann ein eigenständiges Unrecht liegen, das der Gesetzgeber sanktionieren muss. Darüber hinaus ließe sich das betreffende menschliche Bewusstsein wohl kaum mit dem Umstand beruhigen, dass im Falle seines eigenen Todes jederzeit ein früheres Backup ins Leben gerufen werden kann, da seine eigene, bewusste Existenz unweigerlich zu einem Ende kommt.

Ist es der Kugel dagegen unter keinen Umständen möglich, das Opfer zu erreichen, könnte man hierin die typische Konstellation eines untauglichen Versuchs verwirklicht sehen. In einer derart konstruierten virtuellen Realität verschwimmt dann die Grenze zum straflosen abergläubischen Versuch.³² In solchen Fällen wird man allenfalls von einer Kundgabe von Missachtung ausgehen können, falls eine versuchte Tötung in einer solchen virtuellen Realität im Laufe der Zeit überhaupt noch als Kundgabe von Missachtung verstanden werden kann.³³

Denkbar erscheint zuletzt auch die permanente Vernetzung eines virtuellen Bewusstseins mit einem Server innerhalb der virtuellen Welt, sodass sich die Tötung seines wahrgenommenen Körpers schon gar nicht auswirkt und das menschliche Bewusstsein in einer anderen Umgebung bei ununterbrochener Wahrnehmung seiner eigenen Existenz neu entsteht. Hier kommt ein versuchtes Tötungsdelikt nur dann in Betracht, wenn andere virtuelle menschliche Individuen existieren, die keinen Zugang zu einer sol-

chen Technik erhalten und der Täter sich bei Begehung der Tat in Unkenntnis über die dauerhafte Vernetzung seines Opfers mit einem Server befindet.

VII. Fazit

Dieser Beitrag behandelt nicht mehr als ein bloßes Gedankenkonstrukt. Er zeigt aber den immensen Regelungsbedarf auf, der sich in einem von zahlreichen Zukunftsszenarien stellt, in denen der Mensch in der Lage ist, sein eigenes Bewusstsein zu duplizieren und sich in der digitalen Welt unsterblich zu machen. Die hier vorgestellte Forschungshypothese ist dabei nur eine von unendlich vielen Variationen. So wäre es beispielsweise denkbar, auch das Berührungsempfinden oder bestimmte Gefühle von virtuellem menschlichen Bewusstsein zu verändern oder auszuschalten. In Zukunft könnten daher verschiedene virtuelle Realitäten mit völlig unterschiedlichen Stufen menschlicher Wahrnehmung programmiert werden, für die im Einzelfall immer andere strafrechtliche Bewertungen angezeigt wären. Dem vorgelagert muss man sich dann freilich die Frage stellen, ob solches Bewusstsein überhaupt noch als menschlich beschrieben werden kann.³⁴ Noch mehr als heute droht in Zukunft daher ein Kampf um die Deutungshoheit über den Menschenbegriff, der zuallererst auf politischer und verfassungsrechtlicher Ebene entschieden werden muss.³⁵ Die Aufgabe des Strafrechts wird sich in einer solchen Zukunft darin erschöpfen, einen angemessenen und abgestuften Schutz für die unterschiedlich konstruierten Lebensformen zu gewährleisten.

³² Hoffmann-Holland, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 22 Rn. 86.

³³ Regge/Pegel, in: MüKo-StGB, § 185 Rn. 8.

³⁴ Zu Möglichkeiten des rechtlichen Status von nichtmenschlichen Robotern siehe Beck, in: Japanisch-Deutsches Zentrum (Fn. 12), S. 124 (134 ff.); Beck, in: Gruber/Bung/Ziemann (Fn. 13), S. 173 (179); ferner: Hilgendorf, in: Hilgendorf/Hötitzsch, Das Recht vor den Herausforderungen der modernen Technik, 2015, S. 11 (31 f.).

³⁵ Vgl. dazu auch Beck, in: Japanisch-Deutsches Zentrum (Fn. 12), S. 9 (17).

Die Haftung juristischer Personen für Korruptionshandlungen und die rechtliche Relevanz von Compliance-Programmen in Brasilien und Argentinien

von Prof. Dr. Davi Tangerino,
Prof. Dr. Juan Pablo Montiel
und Henrique Olive, LL.M.*

Abstract

Dieser Beitrag setzt sich zum Ziel, die Kernelemente der strafrechtlichen Haftung juristischer Personen in Brasilien und Argentinien vorzustellen sowie eine Analyse der Rolle von Compliance-Programmen bei einem möglichen Absehen oder einer Milderung der ordnungswidrigkeitenrechtlichen¹ und strafrechtlichen Haftung juristischer Personen für Korruptionshandlungen in beiden Ländern aufzuzeigen. Hierfür wird die Gesetzgebung diskutiert und wichtige in Brasilien und Argentinien erschienene Studien zu diesem Thema aufgegriffen, um einerseits Ähnlichkeiten und Abweichungen in den Regelungen der beiden Länder aufzuzeigen, andererseits aber auch die kritischen Stimmen aus der Wissenschaft an den untersuchten Modellen hervorzuheben. Als Fazit ergibt sich, dass sich die Modelle der strafrechtlichen Haftung in Argentinien und der ordnungswidrigkeitenrechtlichen Haftung in Brasilien stark unterscheiden, jedoch den Compliance-Programmen durch die Gesetzgebung in beiden Ländern eine zentrale Rolle zugemessen wird.

I. Einführung

Verschiedene lateinamerikanische Länder haben sich in den letzten Jahren allmählich an die internationalen Standards der Korruptionsbekämpfung angepasst, indem sie Rechtsvorschriften erließen, die internationalen Abkommen zum Thema Rechnung tragen. Diese lösten allerdings auch unzählige Debatten aus, da sie Rechtsinstitute in die jeweilige Rechtsordnung übernahmen, die den jeweiligen Rechtstraditionen bisher fremd sind.

Beide Länder befinden sich bezüglich der Korruptionsdelikte, insbesondere auch wegen einer Vielzahl von durch die Regierungen abgeschlossenen Verträgen zwischen der öffentlichen Hand und privaten Unternehmen, in einer vergleichbaren Situation. Trotz der Schwierigkeiten bei der Zusammenstellung von statistischen Informationen über Korruption weisen Studien des *World Economic Forum* und von *Transparency International* auf Grundlage von Indizien darauf hin, dass die Situation in den beiden

Ländern unhaltbar geworden ist. Laut der erstgenannten Studie stehen Brasilien und Argentinien in einem ländervergleichenden Korruptionsindex, in dem 137 Länder berücksichtigt wurden, an 115. bzw. 133. Stelle. Es verwundert also nicht, dass auch die Korruptionswahrnehmung in beiden Ländern äußerst hoch ist: Sie stehen in einem Korruptionswahrnehmungsindex von 180 Ländern auf Platz 85 bzw. 105.

Aufgrund der Korruptionsskandale und der deutlichen Wahrnehmung der Fragilität des politischen Systems und der öffentlichen Verwaltung in beiden Ländern steigen die punitiven Bestrebungen, zumal in Argentinien zuletzt bei einer Überprüfung niedrige Verurteilungsquoten und eine jeweils sehr lange Verfahrensdauer bei den Prüfungen durch den argentinischen Richterrat festgestellt wurden.

Außerdem zeigt der Vergleich der rechtlichen Vorschriften Brasiliens und Argentinien, dass die Länder auf der Suche nach Lösungen gegen Korruption unterschiedliche Wege beschreiten. In Argentinien zeichnet sich die Entscheidung für eine strafrechtliche Haftung der juristischen Personen ab, während in Brasilien auf die Verbesserung der ordnungswidrigkeitenrechtlichen Haftung abgezielt wird.

Das Ziel dieses Artikels besteht darin, die wichtigsten Elemente vorzustellen, die in beiden Ländern bei der Haftung juristischer Personen bezüglich Korruptionshandlungen umgesetzt wurden, und dabei Ähnlichkeiten und Abweichungen in den von Brasilien und Argentinien übernommenen Modellen herauszuarbeiten. Angesichts der zentralen Rolle, welche der Gesetzgeber den Compliance-Programmen für eine solche Haftung in beiden Ländern zukommen lässt, sollen auch deren Inhalte aufgezeigt werden, sodass dem interessierten Leser im Rahmen der vergleichenden Rechtswissenschaft erste Einblicke in das Thema ermöglicht wird.

* Prof. Dr. Davi Tangerino, ist Professor an der Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas (São Paulo) und an der Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) in Brasilien, Prof. Dr. Juan Pablo Montiel ist Direktor des Internationalen Zentrums für angewandte Forschung im Strafrecht CRIMINT in Buenos Aires, Argentinien und Henrique Olive, LL.M (UERJ) ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Tangerino.

¹ Statt vom Ordnungswidrigkeiten spricht man – wörtlich übersetzt – in Brasilien von „verwaltungsrechtlicher Haftung“, wobei an dieser Stelle nicht geklärt werden kann, ob sich die beiden Rechtsinstitute tatsächlich entsprechen. Insoweit wird in Brasilien unter dem Oberbegriff des „punitiven Rechts“ sowohl das Strafrecht, als auch der punitive Teil des Verwaltungsrechts verstanden. Ferner existieren in Brasilien unter der Einordnung „Strafrecht“ auch Tatbestände mit geringem Unrechtsgehalt, die manchmal als Ordnungswidrigkeit bezeichnet werden. Im vorliegenden Artikel werden alle staatlichen Sanktionen, die sich gegen juristische Personen im Zusammenhang mit der Begehung von Straftaten richten als ordnungswidrigkeitenrechtlichen Sanktionen bezeichnet.

II. Das Antikorruptionsgesetz (Gesetz Nr. 12.846 von 2013) und die Haftung der juristischen Personen in Brasilien

Die Korruptionsbekämpfung hat mit dem Gesetz Nr. 12.846 aus dem Jahre 2013, dem Antikorruptionsgesetz (AKG), neue Umriss gewonnen. Das Gesetz sieht ausdrücklich vor, dass „juristische Personen im ordnungswidrigkeitenrechtlichen und zivilen Bereich für Schäden verschuldensunabhängig haften“, die aus Korruptionsdelikten entspringen.² Durch den Erlass dieses Gesetzes hat Brasilien seine Gesetzgebung mit dreijähriger Verspätung an die Bestimmungen der Konvention der OECD gegen die Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr von 1997 sowie des Übereinkommens der Vereinten Nationen gegen Korruption (Art. 26) angepasst. Es wurden Bestimmungen über die Haftung juristischer Personen im Falle von Korruptionshandlungen getroffen, welche in Brasilien bisher noch nicht existierten.

Allerdings hatte Brasilien zuvor – und ohne Verspätung – durch das Gesetz Nr. 10.467 aus dem Jahre 2002 Straftatbestände im Hinblick auf Korruptionshandlungen von Privatpersonen gegen die ausländische öffentliche Verwaltung ins Strafgesetzbuch eingeführt. Hierdurch hat es nicht nur Art. 1 des erwähnten OECD Übereinkommens umgesetzt, sondern auch gemäß Art. 7 des Übereinkommens die Straftatbestände der Korruption als Vortaten einer Geldwäsche hinzugefügt.

Schon vor der Ratifizierung des Übereinkommens gab es allerdings Rechtsvorschriften, welche die Strafbarkeit von Korruptionshandlungen vorsahen. Im strafrechtlichen Bereich besitzt das brasilianische Strafgesetzbuch seit den 40er Jahren des 20. Jahrhunderts verschiedene Straftatbestände gegen Korruption. Darüber hinaus sanktioniert das Gesetz Nr. 8.666 seit 1993 Straftaten im Rahmen von Vergabeverfahren. Diese Straftaten beziehen sich jedoch nach der Rechtstradition des kontinentalen Strafrechts ausschließlich auf natürliche Personen. Im Hinblick auf die juristischen Personen blieben lediglich ordnungswidrigkeitenrechtliche Sanktionen übrig, wobei das Gesetz Nr. 8.666 aus dem Jahre 1993 sowie das Gesetz zum Schutz des Wettbewerbs (Gesetz Nr. 8.884 aus dem Jahre 1994, das später durch das Gesetz 12.529 aus dem Jahre

2011 ersetzt wurde) eine wichtige Rolle spielten.

Die Erarbeitung und Inkraftsetzung des Gesetzentwurfes zum Antikorruptionsgesetz in Brasilien führte wieder zur lebhaften Debatten rund um die Möglichkeit einer verschuldensunabhängigen Gefährdungshaftung juristischer Personen, die zuvor bereits bei Straftaten gegen die Umwelt eingeführt und seitdem – trotz Kritik – keinen Veränderungen unterzogen wurde.

Die Kritik der Rechtswissenschaft, die eine solche verschuldensunabhängige Haftung strikt ablehnt, geht auf die Tatsache zurück, dass Art. 225 Absatz 3 der Bundesverfassung,³ der die Kriminalisierung juristischer Personen betrifft, ausschließlich auf den Bereich rechtswidriger Handlungen gegen die Umwelt Anwendung finden kann. Auf Grundlage dessen wurde das Umweltkriminalitätsgesetz (Gesetz Nr. 9.605 aus dem Jahre 1998) verabschiedet, das ausdrücklich vorsieht, dass „die juristischen Personen zivil-, ordnungswidrigkeitenrechtlich und strafrechtlich haften“.⁴ Aufgrund dessen hat sich in Brasilien seit vielen Jahren das skurrile Verständnis durchgesetzt, nach der die strafrechtliche Haftung der juristischen Person⁵ als tatsächliches Mittel strafrechtlicher verschuldensunabhängiger Gefährdungshaftung⁶ nur für Umweltstraftaten⁷ gelte.

In diesem Zusammenhang ist auffallend, dass die Einführung der strafrechtlichen Haftung juristischer Personen in den Gesetzestext zu einer Vielzahl rechtsdogmatischer Einwände führen könnte, insbesondere in Bezug auf den Begriff der Handlung und die Strafbarkeit. Auch im Bereich des Strafprozesses kann die gewünschte Schnelligkeit und Effektivität der Sanktionierung die Einhaltung von strafverfahrensrechtlichen Garantien in Frage stellen.

Wie oben ausgeführt, schließt der nunmehr in Kraft getretene Gesetzestext die strafrechtliche Haftung juristischer Personen im Falle von Korruptionshandlungen aber gerade aus. In der Begründung des ursprünglichen Gesetzentwurfes, der im Februar 2010 von der Präsidentschaft der Republik vorgeschlagen worden war, hieß es noch, dass die verschuldensunabhängige Gefährdungshaftung der juristischen Person angemessen sei, zumal „sie die Diskussion über die Schuld des Täters bei der Durchführung der Straftat überflüssig macht. Die juristische Person haftet, sobald die Tatsache, der Taterfolg und der

² Das Gesetz Nr. 13.303 aus dem Jahre 2016 sieht für öffentliche und gemischtwirtschaftliche Unternehmen zu implementierende Compliance-Mechanismen vor, die zuvor im Antikorruptionsgesetz nicht verankert waren.

³ Art. 225 Absatz 3 der Bundesverfassung lautet: „Umweltschädigendes Verhalten von natürlichen oder juristischen Personen wird straf- und ordnungsrechtlich geahndet, unabhängig von der Pflicht zur Wiedergutmachung der verursachten Schäden“.

⁴ Art. 3 des Gesetzes Nr. 9.605 aus dem Jahre 1998 lautet: „Die juristischen Personen haften gemäß den Vorschriften dieses Gesetzes zivil-, ordnungswidrigkeiten- und strafrechtlich, falls die Straftat zugunsten der Körperschaft durch Entscheidung ihres gesetzlichen oder vertraglichen Vertreters bzw. ihres Kollegialorgans begangen wurde“.

⁵ *Shecaira*, Responsabilidade penal da pessoa jurídica, 3 Aufl. (2010), passim. Für mehr Details: *Machado* et al., Responsabilização por ilícitos praticados no âmbito de pessoas jurídicas — uma contribuição para o debate público brasileiro, In: Série Pensando o Direito, 18, 2009, online abrufbar unter: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/18Pensando_Direito3.pdf (zuletzt abgerufen am 15.5.2019)

⁶ *Tangerino*, Culpabilidade e responsabilidade penal da pessoa jurídica, in: Revista Brasileira de Ciências Criminais, 18(86), 2010, S. 40 f.; *Dotti*, Curso de direito penal, 2002, S. 302; *Prado*, Direito penal do ambiente, São Paulo, 2001, S. 181; *Marques*, A responsabilidade penal da pessoa jurídica por ofensa ao meio ambiente, In: Boletim do Ibccrim. São Paulo, 6(65), 1998, passim.

⁷ Es muss betont werden, dass sich momentan in der brasilianischen Legislative ein Gesetzgebungsverfahren in fortgeschrittener Phase befindet, durch welches eine derartige Haftung auf Delikte gegen die öffentliche Verwaltung, die Wirtschaftsordnung und das Finanzsystem ausgedehnt werden soll.

Kausalzusammenhang zwischen beiden bewiesen wurden. Vermieden werden dadurch Beweisschwierigkeiten hinsichtlich subjektiver Tatbestandsmerkmale, wie der Vorsatz des Täters, dessen Überprüfung in der allgemeinen und subjektiven Systematik zur Haftung natürlicher Personen äußerst üblich ist⁷. Ergänzt wird weiterhin noch: „Der vorliegende Gesetzesentwurf entscheidet sich für die ordnungswidrigkeitenrechtliche und zivilrechtliche Haftung der juristischen Person, denn das Strafrecht stellt keine effektiven oder schnellen Mittel zur Bestrafung der Kapitalgesellschaften bereit“.⁸

Allerdings stellen sich bei der Überprüfung der Vorschriften des Antikorruptionsgesetzes zwei unüberwindbare Widersprüche. Zum einen existieren subjektive Tatbestandsmerkmale zur Beschreibung der rechtswidrigen Verhaltensweisen und subjektive Maßstäbe der Strafbarkeit im Hinblick auf die Strafzumessung⁹, zum anderen gibt es Widersprüche bei dem Zusammentreffen zwischen den ordnungswidrigkeitenrechtlichen Sanktionen und den in der brasilianischen Gesetzgebung vorgesehenen strafrechtlichen Sanktionen im bereits erwähnten Umweltkriminalitätsgesetz. Das soll im Folgenden genauer betrachtet werden.

Verschiedene rechtswidrige Taten, die als *die öffentliche Verwaltung schädliche Taten* klassifiziert werden, erfordern die Überprüfung subjektiver Tatbestandsmerkmale, wie z. B. Art. 5 Abs. 2 AKG („die Durchführung der in diesem Gesetz beschriebenen rechtswidrigen Taten nachweislich finanzieren, vergüten, beisteuern oder auf irgendeine Weise subventionieren“) oder Art. 5 Abs. 3 AKG („eine vermittelnde natürliche oder juristische Person ausnutzen, um die eigenen realen Interessen bzw. die Identität der durch die durchgeführten Taten Begünstigten auszublenken oder zu verbergen“). Der Begriff „nachweislich“ deutet an, dass der Kausalzusammenhang zwischen der Straftat und dem Schaden an der Verwaltung nicht ausreicht, sodass seitens des Täters gewisse Kenntnisse der Rechtswidrigkeit der Tat erforderlich wären.

Noch auffallender ist die Vorschrift des Art. 7 Abs. 8 AKG, welche bestimmt, dass „die Existenz von Compliance-Programmen, Prüfungen und der Unterstützung von Bezeichnungen sowie die effektive Anwendung von Ethik- und Verhaltenskodexen im Bereich der juristischen Person“ die Sanktionen mildern. Da das Antikorruptionsgesetz von einer verschuldensunabhängigen Gefährdungshaftung ausgeht, wäre ein solches Element, das für die Entscheidung über die Strafzumessung bedeutsam werden soll, allerdings keineswegs zu erwarten. Das trifft

besonders auf die Compliance-Programme zu, die als Argument gegen ein Organisationsverschulden vorgebracht werden könnten, welches von *Tiedemann* als Grundlage für die Verantwortlichkeit juristischer Personen entwickelt wurde. Es ging hier gerade darum, im Unternehmensstrafrecht das subjektive Tatbestandsmerkmal nicht zu untergraben.¹⁰

Schließlich sieht das Antikorruptionsgesetz eine Regelung im Rahmen der „verhaltensunabhängigen“ ordnungswidrigkeitenrechtlichen Haftung vor, die die Höhe der Sanktionierung für Unternehmen dann schmälert, wenn das Unternehmen ein effektives Compliance-Programm nachweisen kann. Denn dieses weise auf eine Unternehmensorganisation hin, die sich an das Recht hält und somit für eine *mens rea* stehe, die dem Recht treu bleibe.

Der zweite Widerspruch, der wiederum mit den Unterscheidungsmerkmalen ordnungswidrigkeitenrechtlicher und strafrechtlicher Sanktionen im Zusammenhang steht, ist vor allem deswegen bedenklich, weil es genau um das Element geht, das im klassischen Sinne das Strafrecht von den anderen Rechtsgebieten unterscheidet.

Gemäß Art. 21 und 22 Umweltkriminalitätsgesetz (UKG) lassen sich die folgenden strafrechtlichen Sanktionen auf die juristischen Personen anwenden: Zum einen die Geldbuße, zum anderen Strafen, die die Rechte der juristischen Person einschränken, insbesondere die vollständige oder teilweise Aussetzung von Tätigkeiten, das vorübergehende Verbot eines Gewerbes oder einer Tätigkeit, das Verbot von Vertragsabschlüssen mit der öffentlichen Hand und das Verbot der Bereitstellung von Dienstleistungen für die Gemeinschaft. Das Gesetz sieht sogar die Auflösung des Unternehmens als mögliche Sanktion vor (Art. 24 UKG).

Betrachtet man das Beispiel der strafrechtlichen Geldbuße, die als die typische Sanktion im Hinblick auf juristische Personen anzusehen ist, genauer, so fällt Folgendes auf: Gemäß Art. 18 UKG „wird die Geldbuße nach den Kriterien des Strafgesetzbuches berechnet“ und „kann angesichts des Werts des wirtschaftlichen Vorteils dreifach erhöht werden“. Gemäß Art. 49 des Strafgesetzbuches beträgt der maximale Wert der Geldbuße R\$ 5.389.200, welcher auf der Grundlage des Mindestlohns im April 2019 in Brasilien berechnet wurde.

Die Geldbuße hingegen, die im Art. 6 AKG vorgesehen ist, beträgt 0,1% bis 20% des Bruttoeinnahmebetrag des Haushaltsjahres vor dem Beginn der Ermittlungen oder,

⁸ EMI n° 99911/2009, Art. 5 bis 10, online abrufbar unter https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=735505&filename=Tramitacao-PL+6826/2010 (zuletzt abgerufen am 15.5.2019). Diese Idee wurde ausdrücklich im Votum des Berichterstatters in der Sonderkommission der Abgeordnetenkammer, die die Endfassung des Gesetzes (geänderte Fassung, S. 21) betraf, und im Gutachten 649 des Senats aus dem Jahre 2013 bestätigt: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=970659&filename=Tramitacao-PL+6826/2010 und <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4003724&ts=1553280719171&disposition=inline> (zuletzt abgerufen am 15.5.2019).

⁹ *Bottini/Tamasaukas*, A controversa responsabilidade objetiva na Lei Anticorrupção, in: *Conjur*, 9.12.2014, online abrufbar unter <https://www.conjur.com.br/2014-dez-09/direito-defesa-controversa-responsabilidade-objetiva-lei-anticorrupcao> (zuletzt abgerufen am 15.5.2019).

¹⁰ *Tiedemann*, Die „Bebußung“ von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, NJW 1988, 1172.

wenn sich dieses nicht bestimmen lässt, zwischen R\$ 6.000 und R\$ 60.000.000.¹¹ Laut den Erkenntnissen der brasilianischen Entwicklungsbank erzielen große Unternehmen im Durchschnitt einen Gewinn von mehr als R\$ 300.000.000, mittelgroße Unternehmen einen solchen zwischen R\$ 90.000.000 und R\$ 300.000.000, und mittlere Unternehmen einen solchen zwischen R\$ 16.000.000 und R\$ 90.000.000.¹² Das bedeutet, dass die höchstmögliche Geldbuße für eine Umweltstraftat für ein großes Unternehmen R\$ 16.167.600 beträgt. Die ordnungswidrigkeitenrechtlichen Sanktionen für Korruptionshandlungen können jedoch Milliarden Real erreichen.¹³

Bezüglich der zivilrechtlichen Haftung¹⁴ sieht der Art. 19 AKG folgende Sanktionen vor: Einzug des Vermögens, der Rechte oder der Werte, die durch die rechtswidrige Tat erworben wurden (Art. 19 Abs. 1 AKG), die Aussetzung oder das teilweise Verbot von Tätigkeiten (Art. 19 Abs. 2 AKG) und sogar die verbindliche Auflösung der juristischen Person, wenn sie anerkanntermaßen zur gezielten oder regelmäßigen Durchführung rechtswidriger Taten errichtet wurde (Art. 19 Abs. 3 AKG).

Somit wird deutlich, dass das Antikorruptionsgesetz ordnungswidrigkeitenrechtliche und zivilrechtliche Sanktionen vorschreibt, die genauso streng oder sogar strenger sind als strafrechtliche Sanktionen, sodass sich die Frage eines Verstoßes gegen das *Ultima-ratio-Prinzip* stellt.

Ungeachtet der Kritik hat das Antikorruptionsgesetz hinsichtlich der Bestrafung und der Verhütung von Korruptionshandlungen wichtige Neuerungen eingeführt. Bezüglich der Bestrafung kann auf die Kronzeugenregelung hingewiesen werden, mithilfe derer der Angeklagte, der zur Aufklärung der rechtswidrigen Tat beiträgt, von der ordnungswidrigkeitenrechtlichen Haftung befreit werden kann (Art. 16 AKG).¹⁵ Dieses Institut war im ursprünglichen Gesetzesentwurf des Antikorruptionsgesetzes nicht vorgesehen und wurde im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens in der Abgeordnetenkammer deswegen eingeführt, weil vergleichbare Regelungen im Bereich des Kartellrechts (Gesetz 12.529 aus dem Jahre 2011) zu positiven Erfahrungen führten und es zur Anpassung an Art. 37 des UN-Übereinkommens gegen Korruption diene.

In Brasilien setzt die Kronzeugenregelung im Falle von Korruption voraus, dass sich die juristische Person als erste über die Korruptionshandlungen äußert. Sie soll nicht nur ihre eigene Beteiligung gestehen und beenden

sowie weitere Beteiligte identifizieren und als Beweis der rechtswidrigen Tat Dokumente einreichen, sondern auch den angerichteten Schaden wiedergutmachen (Art. 16 AKG). Im Gegenzug wird ihre Geldbuße um 2/3 verringert und die anderen Sanktionen – wie die Bekanntmachung der Verurteilung und das Verbot, Vorteile bei Behörden und öffentlichen Finanzinstituten zu bekommen – werden aufgehoben.

Die bereits erwähnten Compliance-Programme sind zur Bekämpfung der Korruption augenscheinlich die wichtigste positive Neuerung des Antikorruptionsgesetzes. Ihre Details werden im Abschnitt III dieses Beitrags vorgestellt. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass in Brasilien seit vielen Jahren ein Compliance-System zur Kontrolle und Verhinderung von Geldwäsche vorhanden war. Dieses bestand im Allgemeinen darin, natürliche und juristische Personen, die auf dem Finanz- und Wertpapiermarkt tätig sind, dazu zu verpflichten, *Know-your-Customer*-Richtlinien einzuführen, ausführlich ihre Transaktionen zu registrieren und ihrem Transaktions- und Geschäftsvolumen entsprechende Compliance-Programme zu übernehmen (Art. 10 Gesetz Nr. 9.613 aus dem Jahre 1998).

Durch das Antikorruptionsgesetz und seine Durchführungsverordnung wurde ferner ein umfassenderes System der Korruptionsbekämpfung eingeführt, welches im III. Abschnitt thematisiert wird.

III. Das Gesetz Nr. 27.401 aus dem Jahre 2017 und die strafrechtliche Haftung juristischer Personen in Argentinien

Ähnlich wie Brasilien hat sich auch Argentinien durch verschiedene internationale Abkommen verpflichtet, die Korruption zu bekämpfen,¹⁶ hat aber diese Verpflichtungen jahrelang in unzähligen Punkten nicht eingehalten. Das hat sogar dazu geführt, dass eine OECD-Arbeitsgruppe zum Thema Korruption mehrmals darüber berichtet hat, dass die Einführung vorbeugender Maßnahmen und die Haftung juristischer Personen bezüglich Korruptionshandlungen fehlten.¹⁷

Daher hat die Regierung einen Gesetzesentwurf eingereicht, damit „die juristischen Personen durch die Einführung von Compliance-Programmen zur Zusammenarbeit mit den Behörden und zur Verhütung von Straftaten gegen

¹¹ Es ist zu betonen, dass der ursprüngliche Gesetzesentwurf Beträge in Höhe von R\$6.000 und R\$6.000.000 vorsah.

¹² Online abrufbar unter <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/4261/1/Cartilha%20MPME%202015.pdf> (zuletzt abgerufen am 15.5.2019).

¹³ Es ist zu beachten, dass der Betrag der Geldbuße den Gesamtwert des vertraglich vereinbarten oder erbrachten Produkts oder der Dienstleistung nicht überschreiten darf. *Tangerino*, *Natureza Jurídica da Lei Anticorrupção e o papel do compliance*, in: 6º Congresso Internacional do PPGCCRim/PUCRS; II Congresso Internacional do Instituto Eduardo Correia, Brasil-Portugal, 2015, S. 179 ff.

¹⁴ In Brasilien werden diese Sanktionen nicht als strafrechtliche, sondern als zivilrechtliche Sanktionen betrachtet.

¹⁵ *Silveira/Saad-Diniz*, *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*, 2015, S. 333 ff.

¹⁶ Interamerikanisches Übereinkommen gegen Korruption von 1996, eingeführt durch das Gesetz Nr. 24.769 aus dem Jahre 1997, UN-Übereinkommen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität von 2000, sowie das bereits erwähnte Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Korruption von 2003 und das OECD-Abkommen aus dem Jahre 1997.

¹⁷ OECD Working Group on Bribery, phase 3 report on implementing the OECD anti-bribery convention in Argentina, 2014, Art. 49 bis 53, online abrufbar unter <http://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/Argentina-Phase-3-Report-ENG.pdf> (zuletzt abgerufen am 15.5.2019) OECD Working Group on Bribery, Phase 3bis report on implementing the OECD anti-bribery convention in Argentina, 2017, Art. 50 bis 54, online abrufbar unter <http://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/Argentina-Phase-3bis-Report-ENG.pdf> (zuletzt abgerufen am 15.5.2019).

die öffentliche Verwaltung ermuntert werden“. Der Hintergrund für die Einführung solcher Compliance-Programme war die Festlegung einer Regelung für die strafrechtliche Haftung juristischer Personen, mit deren Hilfe diese Programme bei der Bestimmung der Haftungsfolge und der Strafzumessung berücksichtigt werden können.¹⁸ Im Jahre 2017, nach unzähligen Änderungen sowohl in der Abgeordnetenkammer als auch im Senat,¹⁹ wurde das Gesetz Nr. 27.401 schließlich verabschiedet, mithilfe dessen nun die Grundlagen der Bekämpfung von Korruptionshandlungen juristischer Personen festgelegt wurden.

Im Vergleich zu Brasilien und Deutschland, wo sich ordnungswidrigkeitenrechtliche Sanktionen etabliert haben, hat sich Argentinien aber für andere Mittel entschieden, indem hier eine strafrechtliche Haftung juristischer Personen für Korruptionshandlungen nach den Beispielen der Länder Chile und Spanien eingeführt wurde.²⁰

Ungeachtet dessen, dass in der argentinischen Rechts tradition die *Maxime societas delinquere non potest* gilt,²¹ ist die strafrechtliche Haftung juristischer Personen dem argentinischen Rechtssystem nicht fremd. Vorgesehen ist sie seit vielen Jahren im Gesetz des Strafrechtlichen Steuersystems (Gesetz Nr. 24.769 aus dem Jahre 1997) und im Gesetz der Straftaten gegen die Wirtschafts- und Finanzordnung, die im Titel XIII des Strafgesetzbuches vorgesehen sind und die durch das Gesetz Nr. 26.683 aus dem Jahre 2011 eingeführt wurden.²²

Allerdings lässt sich nicht leugnen, dass sich die strafrechtliche Haftung juristischer Personen für Korruptionshandlungen von den Modellen der soeben genannten Gesetze unterscheidet. Das soll im Folgenden nun genauer betrachtet werden.

Laut Art. 1 des Gesetzes Nr. 27.401 ist „die strafrechtliche Haftung auf private juristische Personen ohne staatliche Beteiligung anwendbar“. Sie haften, wenn die Straftat „unmittelbar oder mittelbar mit ihrem Eingriff, in ihrem

Namen oder in ihrem Interesse oder zu ihren Gunsten durchgeführt wird“ (Art. 2). Es ist zudem anzumerken, dass laut Art. 2 Abs. 3 dieses Gesetzes die juristische Person von der Haftung freigestellt wird, wenn die natürliche Person, die das Delikt begangen hat, zu eigenen Gunsten oder ohne Vorteile für die juristische Person gehandelt hat.

Dabei drängt sich die Frage auf, um welches Modell es sich hier letztlich handelt: das Modell der Haftung wegen einer eigenen Tat oder der Haftung kraft Zurechnung?

Die frühere Regelung, insbesondere bezüglich der Straftaten gegen die Wirtschafts- und Finanzordnung und bezüglich der Steuerstraftaten, war sehr deutlich. Denn es ging hier offensichtlich um ein Zurechnungsmodell, d.h. die strafrechtliche Haftung juristischer Personen erfolgte auf der Grundlage einer Tat, die eine natürliche Person begangen hat, da man zur Haftung juristischer Personen ausschließlich feststellen musste, ob die Straftat entweder im Namen oder mit dem Eingriff oder zu Gunsten einer juristischen Person begangen worden ist. Das bedeutet, dass sich die Haftung übertragen lässt, falls die natürliche Person als „verlängerter Arm“ der juristischen Person gehandelt hat²³.

Doch obwohl Elemente des Zurechnungsmodells erhalten geblieben sind, hat sich die Situation unter dem neuen Gesetz teilweise verändert, denn der Gesetzgeber scheint sich nun für das Modell der originären Verbandshaftung, d.h. der Haftung aus eigener Tat, entschieden zu haben.

Dies liegt daran, dass andere Artikel des Gesetzes Elemente eines Modells der Haftung aus eigener Tat enthalten, wie etwa die Zumessung der Strafe, die mit der Einhaltung interner Regeln und Verfahren zusammenhängt (Art. 8) und die Einrichtung von Compliance-Programmen als Voraussetzungen für das Absehen strafrechtlicher Haftung der juristischen Person (Art. 9). Bei diesem letz-

¹⁸ Begründung des Gesetzesentwurfes, der dem argentinischen Kongress durch die Exekutive eingereicht wurde (Mitteilung 127/2016).

¹⁹ Papa, Los pilares y elementos estructurales de la ley 27.401, in: Durrieu/Saccani, Compliance, Anticorrupción y responsabilidad penal empresaria, 2018, S. 13 ff.

²⁰ González Guerra/Matagno, Ley de responsabilidad penal de la persona jurídica, in: Durrieu/Saccani, Compliance, Anticorrupción y responsabilidad penal empresaria, 2018, S. 5 ff.; Papa, La nueva ley de responsabilidad penales empresaria, in: La Ley, 2018-A, 6. 2. 2018, S. 2. Das spanische Gesetz Ley Orgánica 5/2010, das die strafrechtliche Haftung juristischer Personen im Falle von Korruption einführte, kam in seiner Begründung fälschlicherweise zum Schluss, dass das OECD-Abkommen diese gefordert habe. Es wurde jedoch nicht verlangt, dass die Länder die strafrechtliche Haftung einführen, sondern lediglich ein Haftungssystem zur erfolgreichen Verhinderung von Korruptionshandlungen schaffen sollte; vgl. Art. XXVII Präambel des Gesetzes Ley Orgánica 5/2010. Online abrufbar unter <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-9953> (zuletzt abgerufen am 15.5.2019).

²¹ Von großer Bedeutung ist die jüngste Äußerung E. R. Zaffaronis, dem zufolge sich der Handlungsbegriff auf die menschliche Handlung beschränkt, was auf dem verfassungsrechtlichen Prinzip *nulum crimen sine conducta* beruht. Freilich haben juristische Personen keine Handlungsfähigkeit, denn sie brauchen menschliche Personen zum Handeln (*Bundesgerichtshof Argentinischer Nation*, Fall „Fly Machine SRL“, Entscheidung vom 30.5.2016; vgl. auch das Minderheitsvotum des Richters Zaffaroni, Absätze 7 und 8).

²² Es bestehen allerdings unterschiedliche Standpunkte in der Rechtslehre. Hier wird behauptet, dass die strafrechtliche Haftung juristischer Personen erst durch das Gesetz 27.401 in Argentinien eingeführt wurde (*Aboso*, Código penal de la República Argentina, Comentado, concordado, con jurisprudencia, 2012, S. 1401 ff.). Allerdings gehen einige Autoren davon aus, dass das Gesetz des strafrechtlichen Devisensystems (Gesetz 19.359 aus dem Jahre 1995) bei der Einführung ebenfalls eine Rolle spielte. Einige betonen wiederum, dass nicht nur die erwähnten Gesetze zu ihrer Einführung beigetragen haben, sondern auch das Gesetz der Versorgung von Waren und Dienstleistungen (Gesetz 20.680 aus dem Jahre 1974), der Zollkodex (Gesetz Nr. 22.415 aus dem Jahre 1981) und das Gesetz des Systems der Pensionierung und Altersversorgung (Gesetz Nr. 24.241 aus dem Jahre 1993); vgl. Sarrabayrouse, Evolución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Argentina. Balance y perspectivas, in: Palma Herrera, Procedimiento operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica, 2014, S. 341 ff.; *Del Sel*, Societas delinquere: ¿potest o non potest?, in: Yacobucci (Ed.), Derecho penal empresario, 2010, S. 104 ff.; nach zutreffender Ansicht handelt es sich bei diesen Gesetzen allerdings nur um administrative Sanktionen.

²³ Es ist erwähnenswert, dass Art. 304 Abs. 2 des Strafgesetzbuches für die Zumessung der Strafe die Nichteinhaltung interner Regeln und Verfahren festlegt, was in direktem Zusammenhang mit der Idee des Organisationsverschuldens steht.

teren Element kommt es eindeutig auf den Organisationsgrad des Unternehmens an, so dass anhand seiner Existenz und seines Inhalts festgestellt werden kann, wie organisiert die juristische Person ist, wenn es darum geht, Straftaten zu vermeiden.

Relevant ist somit nicht nur das Vorhandensein von Indikatoren, mit deren Hilfe die Taten des Vertreters auf die juristische Person übertragen werden können, z.B. weil sie in ihrem Interesse, ihrem Namen oder zu ihren Gunsten begangen worden sind, sondern auch das Vorliegen eines Organisationsverschuldens. Außerdem bestätigt Art. 8 des Gesetzes ausdrücklich die Möglichkeit, dass die Verurteilung der juristischen Person unabhängig davon stattfinden kann, dass eine menschliche Person zur Verantwortung gezogen wird. Daher kann nicht von der Existenz eines reinen Modells auf der Grundlage der oben genannten Unterscheidung gesprochen werden, sondern von einer Mischung der Elemente beider traditionellen Modelle.²⁴

Die strafrechtliche Haftung juristischer Personen ist aber auf einige ausgewählte Straftaten beschränkt, die im Art. 1 genannt werden: a) nationale und transnationale Bestechung und Vorteilsgewährung (Art. 258 und 258bis des argentinischen Strafgesetzbuches), mit der Ausübung des öffentlichen Amtes unvereinbare Verhandlungen (Art. 265 des argentinischen Strafgesetzbuches), Vorteilsannahme (Art. 268 des argentinischen Strafgesetzbuches), unrechtmäßige Bereicherung von Beamten und Arbeitnehmern (Art. 168 des argentinischen Strafgesetzbuches) und die Veröffentlichung falscher Berichte und Finanzbilanzen (Art. 300bis des argentinischen Strafgesetzbuches).

Der Text des ursprünglichen Gesetzentwurfs sah allerdings eine breitere Palette von Straftaten vor, auf die die strafrechtliche Haftung juristischer Personen Anwendung finden sollte. Diese betraf im Allgemeinen die Kapitel VI, VII, VIII und IX des Titels der Verbrechen gegen die öffentliche Verwaltung (Kapitel XI, Zweites Buch) und schloss Tatbestände ein wie z.B. solche, die sich auf die Veruntreuung öffentlicher Gelder beziehen (Art. 260 bis 264 des argentinischen Strafgesetzbuches).

Die Option für eine beschränkte Liste strafbarer Taten statt einer allgemeinen Regel scheint einer argentinischen Tradition zu folgen. Diese schließt sich an ein Rechtssystem an, wie es z.B. in Chile, Italien, Spanien und Portugal eingeführt wurde. Der klare Vorteil ist, dass sie den Unternehmen auf deutliche und vorhersehbare Weise die strafbaren Taten aufzeigt, um ihnen eine angemessene Durchführung vorbeugender Maßnahmen und Ressourcen zu ermöglichen.²⁵

Bei alledem ist ersichtlich, dass sich das Gesetz Nr. 27.401 nicht auf die Einführung neuer Straftaten in eine bereits vorhandene Liste beschränkt, sondern tatsächlich neue Kriterien zur Bestimmung der strafrechtlichen Haftung juristischer Personen festlegt. Daraus kann geschlossen werden, dass es in Argentinien zwei verschiedene Regime strafrechtlicher Haftung juristischer Personen gibt. Haftung kraft Zurechnung bei Straftaten, die zuvor für eine strafrechtliche Haftung juristischer Personen festgelegt wurden und Haftung aus eigener Tat bei Korruptionsdelikten, bei denen die juristische Person nur im Falle eines Organisationsfehlers zur Rechenschaft gezogen wird.

Eine solche Doppelung der Verantwortlichkeit führt nun allerdings durchaus zu praktischen Problemen. So wird hervorgehoben, dass die Unternehmen, je nach Art des zu vermeidenden Verhaltens, zwei unterschiedliche Organisationsstrategien haben müssen. Im Fall des ersten Modells der Zurechnung ist die Leistung des Unternehmens bezüglich der präventiven Verhütung nicht wichtig. Das Unternehmen wird nicht zur Einrichtung vorbeugender Maßnahmen für solche Straftaten ermutigt, da es um ein tatsächliches System strafrechtlicher Gefährdungshaftung geht. Dies bedeutet, dass es – falls die Straftat im Namen oder Interesse des Unternehmens geschieht – vollkommen unerheblich ist, ob das Unternehmen etwas zur Verhinderung und Verhütung von Straftaten unternommen hat.²⁶

Es besteht daher kein Zweifel, dass das Gesetz Nr. 27.401 der Regelung in der Verfassung, die die strafrechtliche Gefährdungshaftung ablehnt, besser Rechnung trägt. Außerdem orientiert sich hierbei die Strafbarkeit an dem jeweiligen Organisationsdefizit, denn es wird hierdurch ermöglicht, die Strafe mit einem Verhalten zu verknüpfen, welches der juristischen Person zugerechnet werden kann.²⁷

Art. 7 des Gesetzes Nr. 27.401 benennt nun die Strafen, welche die juristische Personen treffen kann: a) Geldbuße zwischen dem Zweifachen und dem Fünffachen des unrechtmäßig erlangten Vorteils, b) teilweises oder vollständiges Verbot von Tätigkeiten bis zu zehn Jahren, c) Verbot der Teilnahme an öffentlichen Vergaben für bis zu zehn Jahren, d) Auflösung oder Liquidation der juristischen Person, wenn ihre Errichtung zur Durchführung rechtswidriger Handlungen stattfand oder wenn dies ihre Haupttätigkeit ist, e) Aussetzung oder Verlust von bei öffentlichen Behörden erlangten Vorteilen, f) Veröffentlichung der Verurteilung.

Es ist daher ersichtlich, dass die vorgesehenen Kriminalstrafen von ihren Auswirkungen her den in Brasilien festgelegten ordnungswidrigkeitenrechtlichen Sanktionen

²⁴ Montiel, Apuntes sobre el nuevo régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho argentino, in: En Letra: Derecho Penal, IV(6), 2018, S. 129 ff.; Carrió/Reussi, La responsabilidad penal de la persona jurídica. Una norma fundamental que deja más dudas que certezas, in: Durrieu/Saccani, Compliance, Anticorrupción y responsabilidad penal empresaria, 2018, S. 40.

²⁵ Kudlich, El principio de legalidad en el Derecho procesal penal (en especial, el Derecho procesal penal alemán), in: Montiel, La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?, 2012, S. 435 ff.

²⁶ Im Hinblick auf das spanische Strafrecht vgl. Mir Puig, Derecho penal, 10. Aufl., 2015, § 34 Rn. 104.

²⁷ Montiel, Ley 27.401 y criterios para determinar la idoneidad de los programas de integridad, in: Durrieu/Saccani, Compliance, Anticorrupción y responsabilidad penal empresaria, 2018, S. 68 ff.

sehr ähnlich sind, was sich damit erklären lässt, dass die brasilianischen Regelungen bekanntermaßen als Grundlage für die Ausarbeitung der argentinischen Regelung dienten. Dies wird durch die Tatsache belegt, dass der Gesetzesentwurf der Regierung ausdrücklich das brasilianische Antikorruptionsgesetz zitierte und vorsah, dass sich die Geldbußen auf den Umsatz des Unternehmens stützen sollten (zwischen 1 % und 20 %) mit dem Ziel, dass die Geldbuße eine tatsächliche Auswirkung auf das Kapital des bestraften Unternehmens haben soll.²⁸ Erst das Verfahren im Parlament löste jedoch, wie gesehen, die Entscheidung für die Verhängung einer Geldstrafe statt einer ordnungswidrigkeitenrechtlichen Sanktion aus.

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass von der argentinischen Gesetzgebung ebenso Kronzeugenregelungen eingeführt wurden. Art. 16 des Gesetzes Nr. 27.401 aus dem Jahre 2017 sieht vor, dass diese Kronzeugenregelungen angewendet werden können, wenn das Unternehmen bei der Untersuchung in der Weise kooperiert, dass es genaue, nützliche und verlässliche Informationen zur Verfügung stellt, um den Sachverhalt aufzuklären, Täter zu identifizieren und zur Einziehung der Erträge aus Straftaten beizutragen. Art. 18 des Gesetzes Nr. 27.401 aus dem Jahre 2017 sieht ferner als Voraussetzung der Anwendung der Kronzeugenregelung vor, dass das Unternehmen eine Geldbuße nach den Bestimmungen des Art. 7 begleicht, dass der Schaden behoben wird, dass disziplinarische Maßnahmen gegen Individuen ergriffen werden, die an der Straftat beteiligt sind, dass Dienstleistungen für die Gemeinschaft erbracht werden und dass die Compliance-Programme entweder umgesetzt oder verbessert werden.

Erneut kann also festgestellt werden, wie wichtig die Compliance-Programme für die strafrechtliche Haftung der juristischen Person in Argentinien sind, was bereits im brasilianischen Antikorruptionsgesetz (allerdings für die dortige ordnungswidrigkeitenrechtliche Haftung) auffiel. Daher werden im Folgenden die Einzelheiten der Regulierung der Compliance-Programme in beiden Ländern erläutert, um deren Ähnlichkeiten und Unterschiede aufzuzeigen.

IV. Die Rolle der Compliance-Programme in beiden Gesetzgebungen

1. Definition und Elemente der Compliance-Programme

Das brasilianische Antikorruptionsgesetz und das argentinische Gesetz Nr. 27.401 enthalten sehr ähnliche Definitionen für die erforderlichen Compliance-Programme. In Brasilien werden sie in Art. 41 der Verordnung Nr. 8.420 definiert: Hiernach versteht man darunter die „Vielzahl interner Mechanismen und Verfahren für Integrität, Prüfung und Anregung zur Meldung von unrechtmäßigen Ta-

ten und zur wirksamen Anwendung von Ethik- und Verhaltenskodexen, Richtlinien und Leitlinien zur Erkennung und Korrektur von Abweichungen, Betrug und unrechtmäßigen Taten, die gegen öffentliche nationale oder internationale Behörden begangen werden können“. In Argentinien werden sie definiert als „eine Reihe von internen Maßnahmen, Mechanismen und Verfahren zur Förderung der Integrität, der Überwachung und der Kontrolle, die unrechtmäßige und unerlaubte Handlungen im Zusammenhang mit Korruption verhindern, aufdecken und korrigieren sollen“ (Art. 22).

Trotz dieser Ähnlichkeit kann der Inhalt der Compliance-Programme in Brasilien und Argentinien erhebliche Unterschiede aufweisen, wenn auch ihre Elemente im Allgemeinen zusammenfallen. Dies liegt daran, dass Argentinien ein Modell eingeführt hat, das sowohl verbindliche als auch optionale Elemente in einem Compliance-Programm vorsieht, wobei die Übernahme letzterer freiwillig ist, was eine Abstufung der Bedeutung für solche vorbeugende Maßnahmen schafft.²⁹

Laut Art. 23 des (argentinischen) Gesetzes Nr. 27.401 ist das Vorhandensein folgender Regelungen für alle Compliance-Programme verbindlich: Ethik- und Verhaltenskodexe sowie Integritätsrichtlinien und -verfahren, die sowohl für Mitarbeiter als auch für Geschäftsführer und Manager gelten, spezifische Regeln und Verfahren zur Verhinderung unerlaubter Aktivitäten im Rahmen von Vergaben und im Zusammenhang mit der Durchführung von Verträgen mit der öffentlichen Verwaltung und schließlich regelmäßige Schulungen über das Compliance-Programm für alle Mitarbeiter, unabhängig von ihrer Rolle im Unternehmen. Im Gegenzug gelten die Elemente in den folgenden Absätzen des Art. 23 als optional: a) regelmäßige Risikoanalyse für mögliche Überarbeitungen des Compliance-Programms, b) die erklärte und uneingeschränkte Unterstützung des Compliance-Programms durch die oberste Führung des Unternehmens, c) das Vorhandensein von Kanälen für die Meldung von Unregelmäßigkeiten auch für Dritte, d) der Schutz der Mitarbeiter, die Unregelmäßigkeiten melden (Whistleblowing-System), e) das Vorhandensein interner Ermittlungsverfahren, die die Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer respektieren und wirksame Sanktionen bei Verstößen gegen die Unternehmensregeln fördern, f) das Vorhandensein von *Know-your-Customer*-Protokollen, g) die Einhaltung von *Due Dilligence* bei Unternehmensnachfolgeprozessen, h) die kontinuierliche Überwachung und Bewertung der Wirksamkeit des Compliance-Programms, i) das Vorhandensein eines Compliance-Beauftragten und schließlich j) die Einhaltung anderer Vorschriften der öffentlichen Hand, die für den Tätigkeitsbereich des Unternehmens relevant sind.

²⁸ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/Oficina Anticorrupción, Begründung, 2016. Online abrufbar unter https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/oa_proyecto_de_ley_extincion_de_dominio.pdf (zuletzt abgerufen am 15.5.2019).

²⁹ Es ist wichtig anzumerken, dass die Antikorruptionsabteilung in Argentinien eine Art "Richtlinie" entwickelt hat, in der durch die Resolution 27/2018 Kriterien für die korrekte Umsetzung von Compliance-Programmen festgelegt wird. Für mehr Details: *Montiel*, Lineamientos de integridad, S. 87 ff., online abrufbar unter <http://crimint.com.ar/2018/12/28/lineamientos-de-integridad/> (zuletzt abgerufen am 15.5.2019).

Diese Option für das Vorhandensein verbindlicher Elemente, die erst im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens in den Text eingefügt wurde und im Regierungsentwurf noch nicht vorhanden war, erscheint allerdings nicht angemessen, da ihr eine mangelnde Kenntnis der Geschäftspraxis attestiert werden muss. Das Vorliegen eines Ethikcodex fördert die Prävention von Straftaten beispielsweise in nicht höherem Maße als die vorgesehenen optionalen Maßnahmen, wie z.B. die regelmäßige Risikoanalysen, interne Kanäle für die Meldung von Unregelmäßigkeiten und das Vorhandensein eines Compliance-Beauftragten,³⁰ dessen Existenz bereits im argentinischen Geldwäschepräventionsgesetz verbindlich ist.³¹

In Brasilien hingegen gibt es keine verbindlichen Elemente, sodass sich der – in beiden Ländern enthaltene – Grundgedanke, dass für unterschiedliche Unternehmen jeweils ein anderes Compliance-Programm angemessen sein kann, besser anwenden lässt. Denn die Programme müssen je nach den Merkmalen³² und Risiken der Tätigkeit jeder Rechtsperson strukturiert und umgesetzt werden (Art. 41, Einzelabsatz der Verordnung Nr. 8.420 und Art. 22, Einzelabsatz des Gesetzes Nr. 27.401).

Die brasilianische Verordnung Nr. 8.420 legt in Art. 42 eine weit umfassendere Liste fest als sie im argentinischen Recht vorgesehen ist. So wird hier zusätzlich bestimmt, dass Compliance-Programme folgende Elemente enthalten können: a) die Verpflichtung zu einer ordnungsgemäßen Buchhaltung im Hinblick auf Transaktionen der juristischen Person, b) interne Kontrollen zur Überprüfung der Zuverlässigkeit der Finanzberichte, c) volle Unabhängigkeit des Compliance-Beauftragten und d) die Transparenz der Verhaltensweisen juristischer Person bezüglich Spenden für politische Kandidaten.

Daher ist ersichtlich, dass die wichtigsten Elemente der Corporate Compliance in beiden Gesetzen vorhanden sind. Im Folgenden sollen diesbezüglich noch einige kurze Bemerkungen angeschlossen werden.

Sowohl in Brasilien als auch in Argentinien (mit geringer Betonung in Art. 23 Abs. 2 Unterabsatz V des Gesetzes 27.401) wird erwartet, dass Compliance-Programme

wirksame Sanktionen gegen Arbeitnehmer einführen sollen, die gegen die internen Vorschriften der juristischen Person verstoßen. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass man sich in beiden Ländern nicht mit den Auswirkungen dieser Bestimmungen im Bereich des Arbeitsrechts befasst hat, welche Änderungen erforderlich machen können, damit die beabsichtigte Wirksamkeit gewährleistet wird.

In Bezug auf die jeweiligen Kommunikationskanäle für Unregelmäßigkeiten und die internen Verfahren zeigt die Erfahrung in mehreren Ländern, wie wichtig eine solche Abstimmung mit arbeitsrechtlichen Vorschriften ist. Beide Rechtsvorschriften scheinen jedoch keine detaillierten Regeln für ihre konkrete Durchführung zu besitzen, insbesondere da Compliance-Maßnahmen auch heikle Fragen der Grundrechte von Beamten, wie etwa die Privatsphäre, betreffen und möglicherweise entscheidende Auswirkungen auf die strafrechtliche Ermittlungstätigkeit haben. Die in den internen Verfahren gesammelten Nachweise müssen nämlich einem strengen Verfahren mit Rechtsgarantien³³ folgen, wobei die Gefahr besteht, dass sie für zukünftige Verurteilungen nutzlos sind.

Abschließend ist noch darauf hinzuweisen, dass *Know-your-Customer*-Protokolle im internationalen Handel immer häufiger werden. Daher sollten sich Unternehmen, die in bestimmten Bereichen tätig sind, nicht nur mit ihrer eigenen Integrität befassen, sondern auch mit derjenigen von Dritten, z.B. von Lieferanten, Vertriebshändlern und Dienstleistern. Die große Kontroverse besteht jedoch darin, dass sich das Prinzip des Vertrauens durchaus geändert hat. Die Anwendung der *Know-your-Customer*-Prinzipien macht es nämlich notwendig, den Grundsatz aufzugeben, nach dem jede rechtmäßig handelnde Person den Dritten, mit denen sie in Verbindung steht, auch vertrauen kann.³⁴ Auf diese Weise scheint die Existenz dieser Protokolle dazu zu führen, im geschäftlichen Verkehr grundsätzlich von einem von Verdacht geprägten Verhältnis auszugehen.

³⁰ Montiel, Aspectos fundamentales de la responsabilidad penal del compliance officer en el Derecho argentino, in: Anuario de la Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal, 4, 2015, passim; Agustina/Vargas Ovalle, Informe al borrador de los «Lineamientos», in: Montiel (Hrsg.), Lineamientos de integridad, S. 86 ff.; Coria Caro/Sota Sánchez, Reporte al borrador de los «Lineamientos», in: Montiel (Hrsg.), Lineamientos de integridad, S. 105 f., online abrufbar unter <http://crimint.com.ar/2018/12/28/lineamientos-de-integridad> (zuletzt abgerufen am 15.5.2019).

³¹ Art. 20 bis 4° párr. des Gesetzes 25.246, das durch Art. 11 der Resolution UIF 30-E/2017 ergänzt worden ist.

³² In Brasilien beschreibt Art. 42 Abs. 1 der Verordnung Nr. 8.420 ausführlich die Elemente, die bei der Formulierung eines Compliance-Programms eines Unternehmens berücksichtigt werden sollten: a) die Mitarbeiter- und Arbeitnehmeranzahl, b) die Komplexität der internen Hierarchie und die Anzahl der Abteilungen, c) der Einsatz von Vermittlern in der Geschäftstätigkeit, d) der Marktsektor, in dem es tätig ist, e) die Länder, in denen es tätig ist, f) der Grad der Interaktion mit der öffentlichen Hand, g) Anzahl und Ort der juristischen Personen, die Teil der Konzerngesellschaft sind.

³³ Montiel, Lineamientos de Integridad: breves reflexiones generales del documento y consideraciones específicas sobre las capacitaciones, las investigaciones internas y el oficial de cumplimiento”, in: Montiel (Hrsg.), Lineamientos de integridad, 2018, S. 15 ff.; ders., Breve introducción al criminal compliance, in: Actualidad Penal, 24, 2016, S. 148 ff.; vgl. auch Roxin, StV 2012, 116 ff.; Bittmann/Molkenbur, wistra 2009, 377 ff.

³⁴ Vgl. Silva Sánchez, Aufsichtspflichten und Compliance in Unternehmen”, in: Kudlich/Kuhlen/Ortiz de Urbina Gimeno, Compliance und Strafrecht, 2012, S. 78 ff.

2. Auswirkungen der Compliance-Programme auf die Haftung juristischer Personen

In Bezug auf die Auswirkungen der Compliance-Programme unterscheiden sich die brasilianischen und die argentinischen Rechtsvorschriften erheblich voneinander. Dies ist darauf zurückzuführen, dass die argentinische Gesetzgebung vorsieht, dass sich Compliance-Programme auf die Strafzumessung auswirken können (Art. 8 des Gesetzes Nr. 27.401) und sogar zum Absehen von strafrechtlicher sowie ordnungswidrigkeitenrechtlicher Haftung der juristischen Person führen können (Art. 9). Im brasilianischen Recht hingegen haben sie lediglich Auswirkungen auf die Zumessung der ordnungswidrigkeitenrechtlichen Sanktionen (Art. 7 Abs. 8).

Art. 8 des argentinischen Gesetzes sieht vor, dass die Zumessung der Strafe von folgenden Umständen beeinflusst werden soll: „Nichteinhaltung interner Regeln und Verfahren, Anzahl und Hierarchie der Angestellten, Mitarbeiter und Arbeitnehmer, die an der Straftat beteiligt sind; Unterlassung der Überwachung der Handlungen der Täter und Teilnehmer an der Straftat; das Ausmaß des verursachten Schadens; die Summe der durch die Straftat erhaltenen Werte; Größe, Art und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der juristischen Person; spontane Kommunikation über Straftaten infolge der eigenen internen Ermittlungs- und Aufdeckungsaktivitäten der juristischen Person; Verhalten nach der Tat; die Bereitschaft, den Schaden zu mildern oder zu beheben und einen Rückfall zu verhindern“.

In Brasilien sind Compliance-Programme, wie erwähnt, ebenfalls eines der Elemente, die bei der Zumessung der ordnungswidrigkeitenrechtlichen Sanktion zu berücksichtigen sind (Verringerung des Gewinns um 1% bis 4%, Bestimmung des Maßes der verhängten Geldbuße gemäß Art. 18 Abs. 5 der Verordnung Nr. 8.420). Zusätzlich zu den Compliance-Programmen soll Folgendes berücksichtigt werden: a) die Schwere der Ordnungswidrigkeit, b) der erhaltene oder beabsichtigte Vorteil, c) die Vollen- dung oder Nichtvollendung der Tat, d) der Grad der Verletzung oder Verletzungsgefahr, e) die wirtschaftliche Situation des Täters, f) die Mitwirkung der juristischen Person bei der Untersuchung der Ordnungswidrigkeit und g) der Wert des Vertrags, den die juristische Person mit der öffentlichen Hand abgeschlossen hat.

Ungeachtet dessen, dass in Brasilien kein Absehen von Sanktionen bei Einhaltung von entsprechenden Compliance-Programmen vorgesehen ist, ist es möglich, dass die Umsetzung der genannten Elemente ähnliche Auswirkungen haben kann, was indirekt zum Absehen von der Sanktion führen kann. Denn das Antikorruptionsgesetz sieht die Möglichkeit vor, dass erfolgreiche Kronzeugenregelungen – in direktem Zusammenhang mit wirksamen Compliance-Mechanismen – nicht nur zur Verringerung der Geldbuße, sondern auch zum Absehen einiger Sanktionen führen kann (Art. 16 AKG).

In Bezug auf das Absehen von Strafe in Argentinien sieht Art. 9 des Gesetzes Nr. 27.401 aus dem Jahre 2017 vor, dass das Vorhandensein eines Compliance-Programms die erste von drei unabdingbaren Voraussetzungen ist, um Straffreiheit zu erhalten. Die zweite ist, dass die juristische Person intern das Bestehen der Straftat identifiziert und es den Behörden unverzüglich mitteilt. Schließlich muss die juristische Person die nicht ordnungsgemäß erhaltenen Vorteile zurückerstatten.

Es reicht jedoch nicht aus, ein Compliance-Programm einzurichten, es ist vielmehr erforderlich, dass dieses zum Zeitpunkt des Ereignisses auch „in Betrieb“ sein muss und vor allem, dass es anhand seiner vorgesehenen Elemente als „ausreichend“ qualifiziert wird. Es muss also in der Praxis für die jeweiligen Täter schwierig gewesen sein, die kriminalpräventiven Maßnahmen innerhalb der juristischen Person zu überwinden.

Da für ein Absehen von Strafe sowohl die freiwillige Mitteilung der Tat als auch die Zurückerstattung des erlangten Vorteils vorausgesetzt wird, ist eindeutig, dass das Modell der Haftung aus eigener Tat bzw. der Haftung aus Organisationsfehlern verzerrt wird. Dies liegt daran, dass die beiden hier entscheidenden Punkte, dass nämlich einerseits eine juristische Person ein angemessenes und ausreichendes Compliance-Programm etabliert hat, sie aber andererseits die Straftat mitteilen oder den durch Korruption erlangten Vorteil zurückerstatten muss, an sich in keinem Zusammenhang stehen. Denn die Frage, ob eine entsprechende Mitteilung oder Rückerstattung erfolgt, hat nichts mit der Frage zu tun, ob die juristische Person gut oder schlecht organisiert ist oder ob sie ein Organisationsdefizit aufweist.³⁵

Andererseits scheint aber die Voraussetzung eines "angemessenen" Compliance-Programms direkt mit dem genannten Modell der Haftung aus eigener Tat verbunden zu sein. Das ordnungsgemäße Funktionieren des Compliance-Programms zeigt nämlich, dass es an sich keinen Organisationsfehler gibt. Dies aber wäre ein Zeichen dafür, dass die juristische Person an sich grundsätzlich imstande ist, Unregelmäßigkeiten zu verhindern und über Mechanismen zur ihrer Erkennung zu verfügen. Ziel ist es insoweit aber, die Vortäuschung einer bestehenden Compliance durch bloße vorspiegelnde Implementierungen zu vermeiden. Selbstverständlich ist ein geeignetes Compliance-Programm gerade dasjenige, das alle obligatorischen Elemente, die in dem oben genannten Art. 23 des Gesetzes 27.401 vorgesehen sind, sowie – je nach der Tätigkeit der juristischen Person – andere optionale Elemente, die in demselben Artikel vorgesehen sind, aufweist.

Schließlich ist es wichtig zu erwähnen, dass in Argentinien Art. 24 Gesetz 27.401, Art. 3 der Verordnung Nr. 277 aus dem Jahre 2018 bestimmt, dass die Umsetzung eines angemessenen Compliance-Programms eine Voraussetzung zum Abschluss von Verträgen mit dem Nationalstaat ist. In brasilianischen Bundesländern, wie z.B. in Rio de

³⁵ Montiel, Apuntes sobre el nuevo régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho argentino, in: En Letra: Derecho Penal, IV(6), 2018, S. 133.

Janeiro und dem Bundesdistrikt (Distrito Federal), wurden ähnliche Rechtsvorschriften eingeführt, die in den Landesgesetzen Nr. 7.753 aus dem Jahre 2017 bzw. Nr. 6.112 aus dem Jahre 2018 Compliance-Programme als Voraussetzung für den Abschluss von Verträgen mit Werten über einer bestimmten Höhe festlegen.

V. Fazit

Alles in allem lässt sich aus den vorgenannten Überlegungen folgern:

1. Brasilien und Argentinien haben die Haftungssysteme für juristische Personen wegen Korruptionshandlungen erst verspätet eingeführt. Dabei entschieden sie sich letztendlich für verschiedene Modelle, da Brasilien die Haftung durch ordnungswidrigkeitenrechtliche Sanktionen umsetzt, in Argentinien hingegen eine strafrechtliche Haftung der juristischen Person im Hinblick auf Korruptionshandlungen eingeführt wurde.

2. In Brasilien wurde letztlich seitens der Gesetzgebung eine Gefährdungshaftung für juristische Personen etabliert. Sie umschreibt jedoch die rechtswidrigen Verhaltensweisen auch anhand subjektiver Elemente und enthält vor allem Kriterien, die zur Festlegung der Sanktion subjektive Aspekte heranziehen, insbesondere die Einrichtung effektiver Compliance-Programme.

3. Obwohl in Argentinien bereits früher Bestimmungen über die strafrechtliche Haftung juristischer Personen vor-

lagen, wurden durch das neue Gesetz typische Elemente des Haftungsmodells aus eigener Tat eingeführt und dadurch ein gemischtes Modell im Hinblick auf die Ahnung von Korruptionshandlungen erzeugt. Dies führt dazu, dass heute für juristische Personen zwei verschiedene Verhütungs- und Bestrafungssysteme nebeneinander existieren: Das erste ist grundsätzlich ein System verschuldensunabhängiger Gefährdungshaftung und basiert auf einem Zurechnungsmodell. Das zweite, in dessen Rahmen die subjektiven Tatbestandsmerkmale von großer Bedeutung sind, zielt auf die Möglichkeit der Milderung oder sogar dem Absehen von der Bestrafung aufgrund der Organisation des Unternehmens und die Umsetzung und Durchführung angemessener Compliance-Programme ab.

4. Die in den brasilianischen und argentinischen Gesetzen vorgesehenen Elemente der Erforderlichkeit der Etablierung von Compliance-Programmen sind sehr ähnlich. Beide Länder nähern sich also dem an, was die Corporate-Compliance-Rechtslehre für ausreichend (aber auch erforderlich) hält, um innerhalb juristischer Personen eine angemessene Verhütung und Missbilligung von Korruptionshandlungen zu erreichen.

5. Schließlich ist festzustellen, dass die Compliance-Programme trotz der unterschiedlichen Sanktionen eine zentrale Rolle sowohl im brasilianischen als auch im argentinischen Modell spielen. Es ist somit unumstritten, dass sie zur Einschränkung der Strafbarkeit in beiden Ländern beitragen.

BUCHBESPRECHUNGEN

Beatrice Sartorius: Bestechung und Bestechlichkeit im Gesundheitswesen Die Tatbestände der §§ 299a, 299b StGB

von Dr. Matthias Dann, LL.M.

2018, Dr. Kovač, Hamburg, ISBN: 978-3-8300-9847-8, S. 258, Euro 88,90.

Seit Inkrafttreten der §§ 299a, 299b StGB sind etwa drei Jahre vergangen. Eine Konturierung der neuen Vorschriften durch die Judikative hat bislang jedenfalls nicht in einem signifikanten Umfang stattgefunden. Umso größer ist nach wie vor die Bedeutung von Fachliteratur. Die Dissertation von *Beatrice Sartorius* dürfte zu den ersten, nach 2016 veröffentlichten Monographien zu Bestechung und Bestechlichkeit im Gesundheitswesen gehören. Die von *Kubiciel* betreute und 2017 in Köln eingereichte Arbeit entstand zu einem Zeitpunkt, als die beiden Tatbestände, abgesehen von zwei Ausnahmen, noch nicht von den strafrechtlichen Großkommentaren abgedeckt waren. Sie ist in vier Blöcke unterteilt (A. Einleitung, Gang der Untersuchung und Ausgangslage, B. Tatbestände der §§ 299a ff. StGB C. Einzelne Kooperationsformen in der Praxis, D. Schluss).

Eingangs formuliert die Autorin das durchaus ambitionierte Ziel, „die strafrechtlichen Grenzen der ausgewählten Kooperationsformen auszuleuchten und der Praxis eine Richtschnur vorzugeben, die eine Abgrenzung von strafrechtlich zulässigen und verbotenen Verhaltensweisen ermöglichen und die Frage nach dem „was ist noch erlaubt?“ beantworten soll.“ Gleichzeitig stellt sie klar, dass ihre Arbeit nur den Anfang einer solchen Grenzziehung darstellen könne. Im Rahmen einer thematischen Gesamtanordnung setzt sie sich sodann mit gängigen Erklärungsansätzen für die Korruptionsanfälligkeit des Gesundheitswesens im Allgemeinen auseinander, wobei unter Anlehnung an *Fischer* auf die kapitalistischen bzw. die auf Gewinnerzielung ausgerichteten Aspekte des Gesundheitssystems abgestellt wird (Seite 17). Richtigerweise lässt die Autorin es hierbei nicht bewenden, sondern verweist ergänzend auf weitere Faktoren wie z.B. ein mangelndes Problembewusstsein in der Ärzteschaft und das verbreitete Empfinden, für Leistungen nicht angemessen vergütet zu werden (Seite 21). Es folgt ein rechtshistorischer Abriss, in dessen Verlauf sowohl die alte Rechtslage im Allgemeinen als auch der Beschluss des *Großen Senats* für Strafsachen des *Bundesgerichtshofs* vom 29. März 2012 im Besonderen skizziert werden. Nach einem kurzen Schlaglicht auf die Gesetzgebungsgeschichte kommt *Sartorius* zu dem nach Auffassung des Rezensenten zustimmungswürdigen Ergebnis, dass die §§ 299a, 299b StGB mit dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz im Einklang stehen. Verdienstvoll wäre es gewesen, wenn die Autorin eine

dogmatische Untermauerung der These vorgenommen hätte, wonach nur solche Handlungsweisen strafbar sein sollen, „die unzweifelhaft pflichtwidrig, also gesundheitspolitisch und -rechtlich objektiv unvertretbar sind“ (Seite 32). So stellt sich in diesem Zusammenhang unter anderem die Frage, wie objektiv Vertretbares von Unvertretbarem zu unterscheiden sein soll. Auch eine Begründung dafür, warum z.B. die zu § 266 StGB entwickelte Rechtsprechung des *BVerfG* auch für Korruptionsdelikte gelten soll, hätte einen Beitrag zu der von der Autorin angestrebten rechtssicheren Abgrenzung dargestellt.

Im zweiten Teil der Arbeit (Seite 35-111) stehen zunächst materiell-rechtliche Aspekte im Vordergrund. Mit einer in der Literatur verbreiteten Meinung stellt sich die Autorin auf den Standpunkt, dass der Straftatbestand des §§ 299a ff. StGB unmittelbar nur die Sicherung eines fairen Wettbewerbs im Gesundheitswesen schütze (Seite 36). Bevor auf einzelne Tatbestandsmerkmale eingegangen wird, plädiert die Autorin dafür, dass die zu § 299 StGB entwickelten Auslegungsgrundsätze nicht unbesehen oder ungeprüft auf § 299a StGB übertragen werden dürften. Vielmehr könne es Modifikationen bedürfen, die den Besonderheiten des Gesundheitswesens Rechnung tragen (Seite 38). Im Weiteren spricht sie sich dafür aus, Angehörige der sogenannten medizinisch-technischen Handwerksberufe, wie etwa Augenoptiker, Hörgerätekustiker, Orthopädienschuhmacher, Orthopädieschuh-techniker und Zahntechniker in den Täterkreis einzubeziehen (Seite 40). Etwas deutlicher hätte herausgearbeitet werden können, dass § 299a StGB Angehörige eines Heilberufes nicht erfasst, wenn diese z.B. in einer reinen Management-Funktion tätig sind. Auf eine mögliche Strafbarkeit nach § 299 StGB wird allerdings richtigerweise hingewiesen (Seite 41). An eine kurze Darstellung der einzelnen Tathandlungen schließt eine ebenfalls komprimierte Auseinandersetzung mit dem Vorteils-Begriff an. Dabei geht die Autorin auch auf Vorteile in Form eines Vertrages sowie auf sogenannte Dritt Vorteile ein (Seite 47). Im Mittelpunkt der folgenden Ausführungen steht die sogenannte Unrechtsvereinbarung. Die in diesem Zusammenhang gebotene Abhandlung der tatbestandlich vorgegebenen Bezugspunkte einer Bevorzugung führt zu der praktisch relevanten Frage, ob Verbrauchsmaterialien des Praxisalltags Medizinprodukte sind, die jeweils zur unmittelbaren Anwendung durch den Heilberufsangehörigen oder einen seiner Berufshelfer bestimmt sind (Seite 55). Entgegen einer in der Literatur vertretenen Auffassung will *Sartorius* auch den Bezug solcher Verbrauchsmaterialien miteinbeziehen.

Dabei werden allerdings die unter anderem von *Schneider* und *Tsambikakis* vorgetragene Argumente – jedenfalls nach Ansicht des Rezensenten – nicht hinreichend gewürdigt.

Sartorius setzt sich auch mit der Möglichkeit einer einengenden Auslegung des Zuführungsbegriffs auseinander, die von Teilen des Schrifttums vertreten wird. Mit gut vertretbarer Argumentation gelangt sie zu dem Ergebnis, dass ein weiter Zuführungsbegriff nicht zu beanstanden sei, „sofern bei dem entscheidenden Tatbestandsmerkmal der Unrechtsvereinbarung ein strengerer Maßstab angelegt wird“ (Seite 60). Es ist in der Tat nicht zwingend, den Begriff der Zuführung dergestalt normativ aufzuladen, dass er Empfehlungen grundsätzlich ausgrenzt. Dogmatisch überzeugender dürfte es sein, den Begriff der Zuweisung zunächst weit zu verstehen, um sodann die eine Empfehlung legitimierenden Gründe bei der Prüfung einer unlauteren Bevorzugung berücksichtigen zu können. Mit ebenfalls gut vertretbaren Argumenten votiert die Autorin für eine Einbeziehung nicht medizinisch indizierter Verordnungen in den Anwendungsbereich des § 299a StGB. Dem Einwand, dass es in diesen Fällen an einer schützenswerten Wettbewerbslage fehle, hält sie entgegen, dass hier bei genauerer Betrachtung gleichwohl eine Benachteiligung von Mitbewerbern erfolgen könne. Entscheidend sei, ob das ohne medizinische Indikation verschriebene oder bezogene Produkt auf dem Markt abstrakt gesehen Wettbewerber habe (Seite 64).

Als unlauter qualifiziert *Sartorius* solche Bevorzugungen, die geeignet sind, den Wettbewerb zu beeinträchtigen und gleichzeitig Mitbewerber zu schädigen. Dies solle dann der Fall sein, wenn die Auswahl des Geschäftspartners nicht auf sachlichen Erwägungen beruhe, sondern aufgrund der Vorteilszuwendung erfolge.

Weitere Ausführungen hätte sich der Rezensent zu der nicht weiter begründeten These gewünscht, dass eine Bevorzugung nicht unlauter sein soll, wenn die sie tragende Entscheidung sachlich richtig ist, etwa weil der ausgewählte Wettbewerber der leistungsstärkste oder preisgünstigste ist (Seite 64). Diese sich auf Kommentierungen von § 299 StGB stützende Auffassung provoziert die Frage, wie Fälle zu bewerten sind, in denen die zur Auswahl stehenden Leistungserbringer gleich qualifiziert sind.

Der Bedeutung des Gesundheits- und Berufsrechts für die Bestimmung der Unlauterkeit räumt die Autorin ebenso Raum ein wie der Relevanz zivilgerichtlicher Rechtsprechung und branchenspezifischer Kodizes (Seite 67). *Sartorius* erblickt die Bedeutung solcher Kodizes primär darin, dass ihre Einhaltung das Risiko eines Ermittlungsverfahrens wegen Korruptionsverdachts zwar nicht ausschließe, wohl aber erheblich mindere. Unter Umständen könne die Befolgung sogar einen unvermeidbaren Verbotsirrtum nach § 17 StGB begründen (Seite 72). Regelmäßig bedürfe es einer wertenden Betrachtung im Einzelfall durch die Staatsanwaltschaften und Gerichte, ob eine Unrechtsvereinbarung vorliege

(Seite 75 f.).

Nach einer kurzen Behandlung weiterer Strafbarkeitsvoraussetzungen (Vorsatz, Rechtswidrigkeit) wendet sich die Autorin korruptionsspezifischen Verjährungsfragen (Seite 79) und Konkurrenzverhältnissen (Seite 84) zu. Dabei votiert sie dafür, § 299a StGB nur im Verhältnis zu § 299 Abs. 1 Nr. 1 StGB als *lex specialis* anzuerkennen. Etwas anderes müsse jedoch im Verhältnis zu § 299 Abs. 1 Nr. 2 StGB gelten. Bei Verwirklichung beider Tatbestände müssten diese tateinheitlich nebeneinander stehen. Darüber hinaus sei Tateinheit auch im Verhältnis zu den §§ 331 ff. StGB anzunehmen (Seite 88 f.). In diesem Zusammenhang stellt die Autorin fest, dass eine strafbefreiende Genehmigung durch den Dienstvorgesetzten gemäß §§ 331 Abs. 3, 333 Abs. 3 StGB auch die Unlauterkeit einer Bevorzugung im Sinne von § 299a StGB entfallen lässt. Interessant wären zusätzliche, aber wahrscheinlich den Rahmen der Arbeit sprengende, Ausführungen zu der Frage gewesen, wie die Umdeutung an sich strafloser Korruptionsfälle (Unrechtsvereinbarung vor Inkrafttreten der §§ 299a, 299b StGB) in einen Abrechnungsbetrag dogmatisch zu bewerten ist.

Im Sinne eines Rundblicks richtet die Autorin ihr Augenmerk auch auf Strafbarkeitsrisiken des Geschäftsherrn und Compliance-Beauftragten (Seite 91) und auf Sanktionierungsmöglichkeiten zulasten von Unternehmen nach §§ 30, 130 OWiG (Seite 93). Abgerundet wird der abstrakt-materiell-rechtliche Teil durch ein Streifen von §§ 299b und 300 StGB.

Im dritten Abschnitt – dem eigentlichen Kern der Arbeit – setzt sich *Sartorius* konzentriert mit einzelnen Kooperationsformen in der Praxis auseinander. Sie behandelt insgesamt 20 verschiedene Erscheinungsformen. Namentlich:

1. Teilnahme an einer vergüteten Anwendungsbeobachtung (Seite 115 ff.)
2. Referentenverträge (Seite 127 ff.)
3. Fortbildungsveranstaltungen (Seite 133 ff.)
4. Beraterverträge (Seite 153 ff.)
5. Zuweisungspauschalen (Seite 157 ff.)
6. (Teil-) Berufsausübungsgemeinschaften (Seite 165 ff.)
7. Beteiligung an einem Unternehmen (Seite 170 ff.)
8. Musterabgaben (Seite 177 ff.)
9. Werbegaben (Seite 183 ff.)
10. Kostenlose Weitergabe von Blutzuckermessgeräten (Seite 189 ff.)
11. Geschenke (Seite 194 ff.)
12. Spenden und Sponsoring (Seite 197 ff.)
13. Drittmittelinwerbung (Seite 201 ff.)
14. Überlassung von Geräten (Seite 203 ff.)
15. Finanzielle Unterstützung von Feiern (Seite 207 ff.)
16. Entlassmanagement (Seite 209 ff.)
17. Bonuszahlungen auf sozialrechtlicher Grundlage (Seite 211 f.)

18. Rabatte (Seite 213 ff.)
19. Homecare (Seite 221 ff.)
20. Aleatorische Reize (Seite 224 ff.)

Nachvollziehbarerweise beschränkt sich die Verfasserin darauf, mit Kooperationen verbundene Strafbarkeitsrisiken zu beleuchten. Abschließende Strafbarkeitsbewertungen von in einer solchen Arbeit nur strukturell zu erfassenden Sachverhalten wären in der Tat wenig hilfreich. Positiv hervorzuheben ist, dass die Verfasserin über die Darstellung alt bekannter Kooperationsmodelle hinaus geht und auch aktuelle Diskussionsfälle aufgreift, so z.B. die kostenlose Zurverfügungstellung von Blutzuckermessgeräten an Ärzte oder Homecare-Services. Ohne Frage wird man an der einen oder anderen Stelle auch zu abweichenden Bewertungen kommen können oder tiefergehende Ausführungen vermissen. Das ändert

aber nichts daran, dass die Arbeit einen guten Einstieg in die strafrechtliche Beurteilung einer Vielzahl von einer breiteren Öffentlichkeit bekannten Praxisproblemen bietet.

Fazit: *Sartorius* hat ein lesenswertes Werk vorgelegt, das auch Praktikern als hilfreiche Handreichung dienen dürfte. Ihre an einigen Stellen durchaus streitlustige Arbeit gibt einen guten und kompakten Überblick über alle wesentlichen normativen Fragestellungen und wichtige Fallgruppen in der Praxis. Ihre Schlussbemerkung, dass mit Spannung erwartet werden dürfe, wie Staatsanwaltschaften und Gerichte einzelne Kooperationen zwischen Heilberufsangehörigen und der Industrie im Hinblick auf die §§ 299a, 299b StGB in Zukunft bewerten werden, ist heute immer noch gültig.

Adolf Schönke/Horst Schröder: Strafgesetzbuch

von Rechtsreferendar Martin Linke

2019, Verlag C.H. Beck, ISBN: 978-3-406-70383-6, S. 3361, Euro 179,00.

I. Einleitung

Ende November 2018 erschien mit der 30. Auflage des *Schönke/Schröder* eine Jubiläumsausgabe des Klassikers. 4 Jahre sind vergangen, seit die letzte Auflage auf den Markt kam.

Ein Werk, das in einiger Regelmäßigkeit erscheint, zu rezensieren, ist mit Schwierigkeiten verbunden. Die Vorzüge des betreffenden Kommentars wurden bereits in früheren Rezensionen hinreichend gewürdigt.¹ Diese Vorzüge bleiben auch in der 30. Auflage bestehen. Die Qualität des *Schönke/Schröder* ist weiterhin hervorragend. Eingegangen werden soll im Folgenden stichprobenartig auf einige nach Auffassung des Rezensenten besonders hervorzuhebende Neuerungen. Die Besprechung erfolgt entsprechend der Normierung im StGB.

II. Die Neuauflage im Allgemeinen

Die rege gesetzgeberische Aktivität, die vorwiegend aus Erweiterungen und Ergänzungen – zum Teil auch aus Neustrukturierung (§§ 73ff. StGB) – des bestehenden Strafrechts bestand, sorgte für eine Vielzahl an Aktualisierungen gegenüber der Voraufgabe. Die Seitenanzahl ist gegenüber der 29. Auflage von 3238 um 123 auf nunmehr 3361 Seiten angestiegen. Durch die zahlreichen Änderungen und Erweiterungen der letzten Jahre war es eine umso größere Herausforderung, den Kommentar weiterhin in einem Band herausgeben zu können. Wie beschwerlich der Weg für die Autoren war, zeigt sich schon bei der Lektüre des Vorwortes. Preislich liegt die Neuauflage 20 € über der Voraufgabe.

Der Autorenkreis hat sich in quantitativer Hinsicht gegenüber der Voraufgabe nicht verändert, Verschiebungen der zu kommentierenden Normen wurden jedoch vorgenommen. Im Vorwort wird im Einzelnen erläutert, wie die jeweiligen Kommentierungen aufgeteilt wurden.

Eingearbeitet wurden alle Gesetzesänderungen der 18. Legislaturperiode. Rechtsprechung und Literatur wurden durchweg bis Ende 2017 eingearbeitet.

III. Einzelheiten

Einen Gesamtüberblick über die Gesetzgebungsgeschichte seit der Vorauflage wird in der Einführung gegeben (Rn. 9). Wenig später wird ein Thema beleuchtet, welches in der jüngeren Vergangenheit verstärkt ins Blickfeld von Judikatur und Wissenschaft gerückt ist. Der *2. Strafsenat des BGH* hat 2014 einen Anfragebeschluss an die übrigen Strafsenate gerichtet² und seine Bedenken in Hinblick auf die Vereinbarkeit der ungleichartigen Wahlfeststellung mit Art. 103 Abs. 2 GG darlegte. Hierzu finden sich Erläuterungen inklusive Stellungnahme (§ 1 Rn. 64ff.) mit dem Ergebnis, dass die Bedenken im Ergebnis nicht überzeugend seien (§ 1 Rn. 65, 67).³

Die „Krone der Strafrechtsdogmatik“⁴ – die Vorbemerkungen zu § 13 ff. StGB – enthält die grundlegenden Fragestellungen, insbesondere zum Aufbau des Verbrechens und zur strafrechtlichen Zurechnung eines Erfolgs. Dieses von *Eisele* bearbeitete Kapitel informiert umfassend über die Probleme rund um Kausalität und objektive Zurechnung. Wünschenswert wäre in diesem Zusammenhang gewesen, die in letzter Zeit verstärkte Kritik an der objektiven Zurechnung⁵ darzustellen. Der Hinweis auf diese Konstruktion ablehnende Autoren (Vor §§ 13 ff. Rn. 90a) ermöglicht jedoch eigenständige Recherchen.

Aufsehen erregte in der jüngeren Vergangenheit der Fall um die Tierschützer, die in eine Zuchtanlage eindringen, um Missstände zu dokumentieren. Sowohl das Amts-, Land⁷- als auch das Oberlandesgericht⁸ sprachen die Angeklagten vom Vorwurf des Hausfriedensbruchs frei. Die Thematik wird zwar angesprochen, jedoch nicht sehr detailliert dargestellt (§ 32 Rn. 8). An dieser Stelle wird aber der Generationenwechsel der Bearbeiter des *Schönke/Schröder* deutlich. Während in den Voraufgaben lange die Mindermeinung vertreten wurde, Notwehr sei auch zugunsten von Tieren zulässig⁹, ist diese Position nunmehr im Zuge der Neubearbeitung aufgegeben wor-

¹ *Engländer*, NJW 2014, 248 zur 29. Auflage; *Mitsch*, NJW 2011, 1053f. zur 28. Auflage.

² *BGH*, NSTZ 2014, 392.

³ S. hierzu auch die Entscheidung des *Großen Senats* für Strafsachen, NSTZ 2018, 41; JA 2018, 568 m. Besprechung *Baur*.

⁴ So *Mitsch*, NJW 2013, 2877.

⁵ *Renzikowski*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, 2013, vor § 13 Rn. 99 m.w.N. „konturenlose Superkategorie“; s. insbesondere auch *Gössel*, in: *Maurach/Gössel/Zipf*, AT Teilband 2, 8. Aufl. (2014), § 43 Rdnr. 115 ff.; umfassend *Goeckenjan*, *Revision der Lehre von der objektiven Zurechnung*, 2017.

⁶ *AG Haldensleben*, Urt. v. 26.9.2016 – 3 Cs 224/15 (182 Js 32201/14), juris.

⁷ *LG Magdeburg*, StV 2018, 335.

⁸ *OLG Naumburg*, NSTZ 2018, 472; s. die Anmerkungen und Besprechungen von *Hotz*, NJW 2018, 2064; *Mitsch*, *studere* 2018, 40; *Scheuerl/Glock*, NSTZ 2018, 448.

⁹ *Lenckner*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 22. Aufl. (1985), § 32 Rn. 8; *Perron*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 29. Aufl. (2014), § 32 Rn. 8.

den zugunsten des Anschlusses an die h. M., die eine Anwendung des § 32 StGB ablehnt.

Durch das Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung wurden die §§ 73 ff. StGB grundlegend verändert. Die zuvor bestehende Zweiteilung in Verfall und Einziehung wurde aufgegeben, der Verfall gänzlich abgeschafft. Die Erläuterungen von *Eser* und *Schuster* behandeln in den Vorbemerkungen zunächst die Rechtsentwicklung, wobei auch die Neufassung als solche sowie die Reformziele dargestellt werden (Vor §§ 73 ff. Rn. 8 ff.). Auch die Literaturhinweise wurden in solche unterteilt, die sich auf die frühere Fassung beziehen und solche, die bereits die Neufassung zum Gegenstand haben (S. 1244 ff.). Eine umfassende Auswertung des aktuellen Meinungsspektrums sowie Vergleiche zur früheren Rechtslage sind daher ohne großen Suchaufwand möglich.

In den letzten Jahren war es vielfach das Sexualstrafrecht, das von Reformen umgeben war und dessen Ausgestaltung zum Teil heftig kritisiert wurde.¹⁰ Sehr ausführlich wird der Leser von *Eisele* über § 177 StGB informiert. Mit über 150 Fußnoten gehört diese Bearbeitung zu den umfangreichsten Normkommentierungen im gesamten Werk und reiht sich ein in die umfassend kommentierten Grundlagen des Allgemeinen Teils (bspw. enthalten die Vorbemerkungen zu §§ 13ff. 161 Randnummern und § 15 230 Randnummern. Im Besonderen Teil hat lediglich der Betrugstatbestand mit 193 Randnummern einen über § 177 StGB hinausgehenden Umfang).

Die zur Reform der Tötungsdelikte eingesetzte Experten-Gruppe hat einen über 1000 Seiten umfassenden Abschlussbericht angefertigt. Stattgefunden hat sie indes nicht. Die Reformbestrebungen selbst werden ausführlich von *Eser* und *Sternberg-Lieben* dargestellt (Vor §§ 211 ff. Rn. 2a f.), wobei auch umfangreiche Literaturhinweise speziell zur Reform gegeben werden. Ebenfalls in diesen Zusammenhang gehört die aktuelle Diskussion um die Manipulation bei Organtransplantationen. Die grundlegende Entscheidung des *BGH*¹¹ lehnt eine Strafbarkeit wegen Totschlags ab. Ausführlich wird die Problematik unter Einbeziehung aller für die strafrechtliche Beurteilung relevanten Umstände dargestellt (§ 212 Rn. 4 ff.).

Kaum ein Thema hat in der jüngeren Auseinandersetzung so viel Raum eingenommen wie die Diskussion um Strehilfe und den § 217 StGB,¹² der auch schon das *BVerfG* erreichte.¹³ Allein die (sehr ausführliche) verfassungsrechtliche Beurteilung der Norm füllt nahezu 3 Kommentarseiten. Neben der gelungenen Erläuterung der Tatbestandsmerkmale findet sich mit § 217 Rn. 33 eine Darstellung weiterer Problemfelder.

Eine für Wissenschaft und Praxis zugleich relevante Gesetzesänderung betrifft die Reform des Wohnungseinbruchsdiebstahls. Während dieser in der früheren Fassung lediglich in § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB normiert war, existiert nunmehr mit § 244 Abs. 4 ein Verbrechenstatbestand, der den Einbruchsdiebstahl in eine dauerhaft genutzte Privatwohnung bestraft. Diese in mehrfacher Hinsicht kritisierte Änderung¹⁴ wird systematisch von *Bosch* erläutert mit den dazu gehörigen dogmatischen Problemen (insbesondere der Frage nach der geschützten Räumlichkeit, § 224 Rn. 32) und den Konsequenzen (§ 233 Rn. 31 ff.).

Große Aufmerksamkeit in der Öffentlichkeit und in der Wissenschaft erfuhr das *LG Berlin*, als es mit Urteil vom 27.2.2017 zwei Teilnehmer eines illegalen Autorennens wegen Mordes zu lebenslangen Haftstrafen verurteilte.¹⁵ Das Urteil fand zum Teil Zustimmung, zum Teil auch Ablehnung. Der *BGH* hob es auf und verwies es zur erneuten Verhandlung an das *LG Berlin*. Wohl auch als Reaktion um die Problematik des (Nicht-)Vorliegens des Tötungsvorsatzes hat der Gesetzgeber nun mit § 315d StGB eine Strafnorm geschaffen, die bis dato nicht von den § 315c StGB erfasste illegale Straßenrennen unter Strafe stellt.

IV. Fazit

Der *Schönke/Schröder* ist für jeden neugierigen Leser geeignet, der gern einen Blick hinter die Kulissen werfen will und sich nicht durch den Lesefluss unterbrechende Nachweise im Kommentartext abschrecken lässt. Es handelt sich hierbei um einen Kommentar, der durch seine klare systematische Struktur überzeugen kann und stellenweise durchaus sogar studentischen Lesern zur Zuhilfenahme empfohlen werden kann. Über aktuelle Fragen und Geschehnisse wird in gewohnter Qualität berichtet.

¹⁰ Exemplarisch die Kritik an § 184j StGB von *Renzikowski*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 3, 3. Aufl. (2017), § 184j Rn. 1.

¹¹ *BGH*, NJW 2017, 3245.

¹² Die Literaturangaben zu § 217 StGB umfassen mehr als 60 Zeilen!

¹³ Die gegen das Gesetz zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung erhobenen Verfassungsbeschwerden wurden nicht angenommen, s. *BVerfG*, Beschl. v. 20.7.2017 – 2 BvR 2492/16; *BVerfG*, Beschl. v. 20.7.2016 – 2 BvR 2507/16.

¹⁴ S. bspw. *Bosch*, JURA 2018, 5; *Mitsch*, KriPoZ 2017, 21.

¹⁵ *LG Berlin*, NSTZ 2017, 471.

TAGUNGSBERICHT

Tagungsbericht der Veranstaltung „Islam und Recht II“ am 13. Februar 2019

von *Elisa-Sophie Fickenscher*

Am 13. Februar 2019 fand in Berlin in den Räumlichkeiten der Landesvertretung von Rheinland-Pfalz eine rechtspolitisch wie wissenschaftlich spannende Tagung zum Thema „Islam und Recht II“ statt, die vom Landtag Rheinland-Pfalz, dem Deutschen Richterbund und der Gesellschaft für Rechtspolitik (gfr) gemeinsam veranstaltet wurde.

I. Begrüßung und Einführung in die Thematik

Schon in ihrer Begrüßung wies Staatssekretärin *Heike Raab*, Bevollmächtigte für Medien und Digitales beim Bund und für Europa der Vertretung des Landes Rheinland-Pfalz auf das Spannungsfeld hin, inwieweit öffentliche Religionsausübung in einem säkularen Staat überhaupt Platz finde und bezeichnete es als die Herausforderung des Alltags, die reine Lehre von der Staatsaufgabe Integration in die Praxis umzusetzen.

Auch *Jens Gnisa*, Vorsitzender des Deutschen Richterbunds sprach von Herausforderungen im Umgang mit Bürgern mit durchaus anderen Wertvorstellungen, wobei man sich allerdings bewusst machen sollte, dass auch unsere Rechtsordnung religiöse Wurzeln hatte, die dann im Zuge der Säkularisierung getrennt wurden – dieses Bewusstsein könne womöglich auch im Umgang mit den Muslimen helfen.

Kyrill-Alexander Schwarz, Professor für Öffentliches Recht an der Universität Würzburg und zugleich wissenschaftlicher Leiter der Veranstaltung machte in seiner Einführung insbesondere die Unterschiede in der Methodik der Religionen deutlich: Während die Evangelisten etwas überliefert hatten, das der Interpretation zugänglich war, gelte dies nicht für das Wort Allahs. Der Islam erweise sich insoweit als sehr viel schwieriger einer Interpretation zugänglich. Dennoch müsse der Vorrang des staatlichen Rechts gewahrt bleiben und dürfe nicht unter Hinweis auf die Religionsfreiheit als Kampftitel in Frage gestellt werden.

II. Politischer Islam in Deutschland – Herausforderung für eine freiheitlich verfasste Gesellschaft?

Den Auftakt der Referate übernahm der Chefredakteur des politischen Magazins CICERO, *Christoph Schwennicke*, mit dem Thema „Politischer Islam in Deutschland – Herausforderung für eine freiheitlich verfasste Gesellschaft?“.

Gleich zu Beginn stellte er heraus, dass sein Vortragsthema suggeriere, dass es auch einen nicht-politischen

Islam gäbe; der Islam sei jedoch immer politisch, da es eben gerade keine Überlieferungen von Evangelisten gebe, sondern jedes gesprochene Wort gelte.

Insofern sei es bei der Recherche für seinen Vortrag bei einer vergeblichen Suche nach einer säkulareren Auslegung des Islam geblieben, wobei er dennoch nicht ausschließen wolle, dass es auch im Islam säkularere Muslime gebe, die allerdings nicht den öffentlichen Diskurs bestimmten.

III. Die Gretchenfrage der deutschen Politik

Reinhard Müller, Redakteur bei der FAZ, hielt dagegen ein flammendes Plädoyer über die Freiheit, die einem das Grundgesetz im Rahmen der Meinungsfreiheit einräume, die letzten Endes jedem ein Leben nach seinen religiösen Vorstellungen gestatte und dabei keine positive Zuwendung zu den Werten des Grundgesetzes bzw. eine Identifikation mit denselben verlange. So wie der Reichsbürger die Verfassung ablehnen dürfe, so sei dies auch jedem einzelnen Muslim gestattet. Dies sei genau die Kraft der freiheitlichen Verfassung, die auf den öffentlichen Diskurs vertraue – dieser solle bewahrt werden.

IV. Mehrehen, Kinderehen – Vereinbarkeit islamischen Familienrechts mit dem Grundgesetz?

Deutlich kritischer äußerte sich die Soziologin und Frauenrechtlerin *Necla Kelek*. So werde laut *Kelek* häufig bei Debatten zum Thema Diversität gefordert, dass sich die europäischen Werte mehr zurückziehen sollen. Im europäischen Haus finde ein Kampf um die Deutungsmacht dieser Werte statt; insbesondere die Islamverbände nutzten das deutsche Recht und die deutsche Gerichtsbarkeit unter dem Stichwort „Dschihad by Court“ für ihre Interessen.

Dies gelte ganz besonders im Familienrecht, da das islamische Familienrecht von der Auffassung ausgehe, dass die Familie Eigentum des Mannes sei und er bestimme, ob seine Frauen ein Kopftuch tragen sollen oder nicht. Dies mache die Frau ausnahmslos zum sexuellen Objekt und stelle sie ganz unten an.

Islamräte führten den Kampf zur Anerkennung ihres Familienrechts auch in Deutschland, häufig über die Islamschulen, die nicht selten gegenüber ihren Anhängern behaupten, dass das deutsche, staatliche Recht nicht gelte. Deshalb gehören der Islam und das Familienrecht laut *Kelek* ganz eng zusammen.

Um dieser „Islamisierung des Familienrechts“ Einhalt zu gebieten, müsse man die Frauen fördern und fordern, man müsse schon bei den Kindern beginnen und sie aufklären, um ihnen die Werte unserer freien Gesellschaft zu vermitteln.

V. Verbot der Finanzierung islamischer Religionsverbände aus dem Ausland – ein Beitrag zu Transparenz und Integration?

Die zweite Hälfte der Tagung leitete schließlich *Georg Lienbacher*, Professor an der Wirtschaftsuniversität Wien und Mitglied des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs ein, der mit seinem Vortrag über das „Verbot der Finanzierung islamischer Religionsverbände aus dem Ausland“ eine höchstaktuelle Kontroverse aus Österreich darlegte.

So sei die Einführung des österreichischen Islamgesetzes (IslamG) und vor allem des darin enthaltenen § 6 Abs. 2, der sich auf die Finanzierung bezieht, höchst umstritten gewesen und habe viele verfassungsrechtliche Debatten ausgelöst.

Zwar verbiete § 6 Abs. 2 österreichisches IslamG nicht generell die Finanzierung von Religionsgemeinschaften mit Mitteln aus dem Ausland, regle aber, dass die für die gewöhnliche Ausübung der Religion notwendigen Mittel aus dem Inland aufgebracht werden müssen. Indes erhielten Imame aber beispielsweise ihr Gehalt vom türkischen Generalkonsulat und seien somit aus dem Ausland finanziert, sodass hier bereits nach herrschender Meinung ein Verstoß gegen § 6 Abs. 2 österreichisches IslamG vorläge.

Von Kritikern und Islamverbänden werde dem Gesetz allerdings vorgeworfen, dass es nur eine Stigmatisierung des Islam vornähme, obwohl ein Grund für die sachliche Ungleichbehandlung in den Gesetzesbegründungen nicht hinreichend thematisiert worden sei. Insofern stelle sich die Frage, ob insoweit ein Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers bestehe oder ob der Gesetzgeber diesen im Falle des IslamG überschritten habe.

Laut *Lienbacher* sei der Islam grundsätzlich eine Religionsgemeinschaft wie alle anderen auch und der Staat habe grundsätzlich eine Neutralitätspflicht ihr gegenüber. Allerdings seien ausländische Zuwendungen ja nicht per se verboten, sodass laut *Lienbacher* kein Verfassungsverstoß vorliege – entsprechende Verfahren seien allerdings derzeit noch anhängig und es bliebe auch Österreich derzeit nur abzuwarten.

Er sähe es jedoch als zwingende Pflicht zum Selbststand eines Gemeinwesens an, eine Fremdsteuerung ohne entsprechende Kontrollmechanismen zu unterbinden.

VI. Integration als Staatsaufgabe

Volker Beck, ehemaliges Mitglied des Bundestages und ehemaliger religionspolitischer Sprecher der Fraktion „Bündnis 90/Die Grünen“ verweist schließlich darauf, dass Integration, also das Hineinholen von Minderheiten, Staatsaufgabe sei, allerdings den Willen zu Veränderung und Integrationsbereitschaft erforderlich mache. Hierfür sei insbesondere ein Dialog mit allen Beteiligten erforderlich, da diese nach wie vor viel zu wenig voneinander wüssten.

Was hier Islamverbände seien, seien in ihrem Herkunftsland politische Parteien. Insofern müsse äußerste Sorgfalt bei Entscheidungen gewährleistet sein, ob z.B. DTIP eine Religionsgemeinschaft im Sinne des Religionsunterrichts darstelle, wie dies jüngst voreilig in Hessen entschieden worden sei.

Hierbei müssten Bund und Länder aktiver werden, um die Aufklärungsarbeit gerichtsfest zu machen. Zu denken wäre dafür an eine Religionsministerkonferenz, damit alle Religionsgemeinschaften gleich behandelt würden.

VII. Diskussion / Ende der Veranstaltung

Bei den an die Veranstaltungsblöcke anschließenden Diskussionsrunden und der am Ende der Veranstaltung stattfindenden Podiumsdiskussion zum Thema „Gehört der Islam zu Deutschland?“, deren Teilnehmer *Christian Hillgruber*, Professor für Rechtswissenschaft an der Universität Bonn, *Burhan Kesici*, Vorsitzender des Islamrats, *Werner Schiffauer*, Professor emeritus für Kultur- und Sozialanthropologie an der Europa-Universität Viadrina und *Volker Beck* waren, wurde zum einen betont, dass der Integrationsaspekt viel stärker betrieben werden müsse, da ansonsten der Rechtsstaat zu erodieren drohe, wenn nicht ein Minimalkonsens gefunden werden könne, unter dem alle friedlich miteinander leben können. Zum anderen wäre nicht das Problem der islamischen Gemeinden im Grundgesetz oder im Familienrecht zu sehen, sondern in dem, was als Grundgesetz plus bezeichnet würde, dem sogenannten Wertekonsens des Grundgesetzes, der mehr fordere, als der Verfassung tatsächlich zu entnehmen sei und somit die Identifikation mit derselben erschwere. Doch auch die Vertreter der Islamverbände betonten, dass zum einen zwischen der Theologie des Islam und der politischen Debatte sorgfältig unterschieden werden müsse und zum anderen auch der Islam entwicklungsfähig sei und sich unter der Geltung des Grundgesetzes auch schon fortentwickelt habe. Wichtig sei diesbezüglich allerdings immer ein gegenseitiger Austausch, den Tagungen wie die gegenständliche lebendig hielten.