

# KriPoZ

## Kriminalpolitische Zeitschrift

### KONTAKT

schriftleitung@kripoz.de

### Herausgeber

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

### Schriftleitung

Wiss. Mit. Sabine Horn  
Stellv.: Wiss. Mit. Florian Knoop

### Redaktion (national)

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

### Redaktion international

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

### ALLGEMEINE BEITRÄGE | 206 – 244

206 | „Null Toleranz – Bagatellen bestrafen?“

von Prof. Dr. Elisa Hoven, GenStA Hans Strobl und Prof. Dr. Jörg Kinzig

214 | Bemerkungen zu § 219a StGB in seiner neuen Fassung

von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch

221 | Bekämpfung der Organisierten Kriminalität in der digitalen Welt -  
Kritische Betrachtung des RefE zum IT-Sicherheitsgesetz 2.0

von Ass. iur. Nicole Selzer

231 | „Containern“ – Strafbar aber nicht strafwürdig?

von Prof. Dr. Anja Schiemann

238 | Datenschutzrechtliche Schattengewächse in den Ländern -  
Herausforderungen bei der Umsetzung der JI-Richtlinie für die Polizei

von Dr. Sebastian J. Golla

### BUCHBESPRECHUNGEN | 245 – 261

245 | *Frank Schmidt: Polizeiliche Videoüberwachung durch den Einsatz  
von Bodycams*

von Rechtsanwalt Arno Glauch

250 | *Benno Zabel: Strafrechtspolitik*

Über den Zusammenhang von Strafgesetzgebung, Strafrechtswissenschaft und Strafgerechtigkeit

von Prof. Dr. Anja Schiemann

257 | *Martin Schäfer: Der Amtsträger als Beschuldigter – Untersuchung zur  
Rechtfertigung des Bruchs der Verschwiegenheitspflicht als Mittel der  
Verteidigung im Strafverfahren*

von Anke Arkenau

### TAGUNGSBERICHT | 262 – 264

262 | Bericht zur Tagung des Arbeitskreises Empirische Polizeiforschung

von Ass. iur. Maren Wegner, M.A.

## ALLGEMEINE BEITRÄGE

### „Null Toleranz – Bagatellen bestrafen?“

#### A. Einführung

von Prof. Dr. Elisa Hoven<sup>1</sup>

Am 8. Mai 2019 fanden die zweiten „Rechtspolitischen Gespräche“ an der Universität Leipzig statt. Die Gespräche widmen sich aktuellen rechtspolitischen Fragen und richten sich sowohl an Studierende als auch an die interessierte Öffentlichkeit. Ziel der Gespräche ist es, gesellschaftlich relevante und kontroverse juristische Fragen mit einem breiten Publikum zu diskutieren. Anlass für die Rechtspolitischen Gespräche in diesem Semester war eine Rundverfügung des sächsischen Generalstaatsanwalts *Hans Strobl*, mit der er ein konsequenteres Vorgehen gegen Bagatellstraftaten forderte. Mit Herrn *Strobl* diskutierte Professor Dr. *Jörg Kinzig*, der die Rundverfügung aus kriminologischer Perspektive – kritisch – betrachtete. Die Vorträge von Herrn *Strobl* und Herrn *Kinzig* sind im Folgenden abgedruckt. Zuvor soll jedoch ein kurzer Blick auf den Umgang des deutschen Strafrechts mit Bagatelldelikten geworfen werden.

#### I. Was sind Bagatelldelikte?

Im Strafgesetzbuch findet sich keine Definition des Bagatelldelikts.<sup>2</sup> Üblicherweise werden sie als „Straftaten von geringer Bedeutung“ beschrieben, deren „Handlungs- und Erfolgsunrecht gering ist.“<sup>3</sup> Kein Straftatbestand im StGB kann per se als Bagatelldelikt eingeordnet werden; für alle Tatbestände lassen sich auch schwere und damit besonders strafwürdige Fälle denken. Von einem Bagatelldelikt ist auszugehen, wenn sich die konkrete Tat nach ihren Umständen als geringfügig erweist, etwa weil sie nur geringen Schaden verursacht hat. Typischerweise unterfallen der Ladendiebstahl geringwertiger Sachen, einfache Beleidigungen oder das Schwarzfahren der Bagatellkriminalität. Aber schon im Grenzbereich wird es schwierig: Ist der Besitz geringer Mengen Cannabis zum Eigenkonsum eine Bagatelle? Wie verhält es sich mit leichten Taten, die sich jedoch gegen sensible persönliche Rechtsgüter richten, etwa einfache Körperverletzungen?

#### II. Wie geht das Strafrecht mit Bagatellen um?

Im Jahr 1979 hatte das *BVerfG* über den Umgang mit Bagatellkriminalität zu entscheiden. Gegenstand des Verfahrens war die Vorlagefrage, ob die Strafbarkeit eines Dieb-

stahls geringwertiger Sachen mit dem Prinzip schuldangemessenen Strafens vereinbar sei.<sup>4</sup> Das *BVerfG* urteilte, dass der Gesetzgeber von Verfassungs wegen nicht verpflichtet sei, Bagatellfälle aus dem Strafrecht herauszunehmen und etwa in das Ordnungswidrigkeitenrecht zu verlagern. Es bleibe dem Gesetzgeber überlassen, dem geringeren Unrechtsgehalt der Bagatelldelikte auf der Ebene der Strafzumessung oder durch eine Lockerung des strafprozessualen Verfolgungszwangs Rechnung zu tragen.<sup>5</sup>

Das Strafverfahrensrecht hält verschiedene Instrumente bereit, um Strafverfolgungsbehörden und Gerichte von Bagatellkriminalität zu entlasten. So wird die Verfolgung von Delikten, die typischerweise als Bagatellunrecht begangen werden können, oft von einem Strafantrag abhängig gemacht.<sup>6</sup> Zudem sind viele dieser Tatbestände als Privatklagedelikte ausgestaltet, was der Staatsanwaltschaft bei fehlendem öffentlichen Interesse eine Einstellung ermöglicht. In der Praxis gehen die Staatsanwaltschaften bislang häufig den Weg der Einstellung ohne Auflagen nach § 153 StPO. Sind die Tatfolgen gering und ist die Tat nicht mit einer im Mindestmaß erhöhten Strafe bedroht, kann das Verfahren auch ohne Zustimmung des Gerichts eingestellt werden, § 153 Abs. 1 S. 2 StPO.

#### III. Wie sollte das Strafrecht mit Bagatellen umgehen?

Mit der Auflockerung des Legalitätsprinzips durch Antragserfordernisse, Privatklagedelikte und die Möglichkeit der Verfahrenseinstellung werden den Strafverfolgungsbehörden im Bereich der Bagatellkriminalität weitgehende Handlungsspielräume eröffnet. Doch ist dieses Vorgehen richtig? Wird dem Täter – und auch dem Opfer – nicht etwas Falsches kommuniziert, wenn auf seinen Gesetzesverstoß keinerlei Sanktion folgt? Welcher Eindruck entsteht in der Öffentlichkeit, wenn Verfahren folgenlos eingestellt werden? Sind vor diesem Hintergrund die vom sächsischen Generalstaatsanwalt *Strobl* vorgeschlagenen Alternativen – etwa eine Verwarnung unter Vorbehalt der Strafe (§ 59 StGB) – nicht bessere Möglichkeiten, um mit Augenmaß, aber für den Täter spürbar auf bagatellarisches Unrecht zu reagieren?

<sup>1</sup> Prof. Dr. Elisa Hoven ist Inhaberin des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht und Medienstrafrecht an der Universität Leipzig.

<sup>2</sup> Siehe zum Ganzen auch *Hoven*, JuS 2014, S. 975-979.

<sup>3</sup> *Dreher*, in: FS Welzel, 1974, 917.

<sup>4</sup> BVerfGE 50, 205 = NJW 1979, 1039.

<sup>5</sup> A.a.O.

<sup>6</sup> Bsp.: Diebstahl geringwertiger Sachen (§ 248a StGB), das Erschleichen geringwertiger Leistungen (§§ 265a III, 248a StGB), die Beleidigung (§ 194 StGB), die Sachbeschädigung (§ 303c StGB), die einfache Körperverletzung (§ 230 StGB) oder der Hausfriedensbruch (§ 123 II StGB).

Oder sollte in eine ganz andere Richtung gedacht werden? Ist es vielleicht nicht die Aufgabe gerade des *Strafrechts*, mit seinen massiven Eingriffsbefugnissen und empfindlichen Sanktionen, Bagatellunrecht zu ahnden?<sup>7</sup> Sollten wir

daher über eine Entkriminalisierung von Bagatelldelikten – auch über den vieldiskutierten Fall des Schwarzfahrens hinaus – nachdenken?<sup>8</sup>

## B. „Rundverfügung des Generalstaatsanwalts des Freistaates Sachsen zur einheitlichen Strafverfolgungspraxis sowie zur Strafzumessung und zu sonstigen Rechtsfolgen“

von GenStA Hans Strobl<sup>9</sup>

### I. Einführung: Rechtspolitischer Hintergrund der Rundverfügung

Ich freue mich, von Frau Prof. Dr. Hoven zu dem rechtspolitischen Thema „Null Toleranz – Bagatellen bestrafen?“ mit auf das Podium eingeladen worden zu sein und hier Rede und Antwort stehen zu können.

Es geht hier ja auch um meine, an die Staatsanwälte des Freistaates Sachsen gerichtete, Handlungsanleitung/interne Richtlinie, nach der auch Bagatelldelikte wie Ladendiebstahl konsequenter verfolgt und bestraft werden sollen.

Nicht nur in Sachsen, aber insbesondere auch in Sachsen ist seit längerem in weiten, wenn nicht in allen Bereichen der Bevölkerung der Eindruck entstanden, dass nach der Begehung von Straftaten nichts geschieht, dass Täter nicht belangt werden, dass es rechtsfreie Räume gibt. Dem gilt es im Rahmen der Strafverfolgung entgegenzuwirken. Schon kurz nach meinem Amtsantritt kam ich mit Blick auf den Arbeitsauftrag der Strafverfolgungsbehörden zu der Überzeugung, dass neben der Verfolgung von Straftaten gegen Amtsträger und Rettungskräfte<sup>10</sup> und neben der Verfolgung von Straftaten, die besonderes Aufsehen erwecken, weil sie im öffentlichen Raum begangen wurden,<sup>11</sup> auch die Verfolgung von Bagatelldelikten wie Ladendiebstählen erkennbar intensiviert werden muss.

Mir war jedoch klar, dass die damit verbundene Mehrarbeit nicht dazu führen darf, dass andere, mindestens ebenso wichtige Aufgaben der Strafverfolger darunter leiden. Ich habe mich mit unserem Staatsminister deswegen abgestimmt. Nachdem die Staatsregierung dafür gesorgt hat, dass die sächsischen Staatsanwaltschaften und Amtsgerichte für die Umsetzung meines Vorhabens über alle Laufbahngruppen 30 zusätzliche Stellen erhalten, habe ich gegenüber den mir unterstellten Staatsanwälten mit einer Rundverfügung zur einheitlichen Strafverfolgungs-

praxis angeordnet, dass ab 1. März 2019 bestimmte Straftaten, darunter auch sogenannte Bagatelldelikte wie Ladendiebstähle, in der Regel konsequenter und strenger verfolgt werden.

Dies, wie gesagt, mit Blick auf den gesetzlichen Arbeitsauftrag der Staatsanwaltschaft. Die Staatsanwaltschaft hat in einem für das Gemeinwesen ganz zentralen Bereich dem Recht zur Durchsetzung zu verhelfen. Nicht mehr, aber auch nicht weniger. Bei der Strafverfolgung steht der Polizei und den Staatsanwälten kein Ermessen zu. Es geht schlicht um generelle Rechtsanwendung. Es gilt das Legalitätsprinzip. Jede angezeigte oder sonst bekannt gewordene verfolgbare Straftat ist demnach zu verfolgen. Ergeben die Ermittlungen einen hinreichenden Tatverdacht, ist Anklage zu erheben.

Allerdings ist auch klar: Alle Straftaten umfassend aufzuklären und bei hinreichendem Tatverdacht vor den Strafrichter zu bringen, ist in keinem Land der Welt möglich. Dies ist von dem bei Polizei, Staatsanwaltschaft und Gericht vorhandenen Personal nicht leistbar. Der Gesetzgeber hat daher geregelt, in welchen Fällen aus Gründen der Opportunität in weniger gewichtigen Fällen ausnahmsweise aus Gründen der Verhältnismäßigkeit von einer Anklageerhebung abgesehen werden kann.

Bei der Frage, ob ein weniger gewichtiger Fall eingestellt werden kann oder aber unerbittlich weiter zu verfolgen ist, weil die Gesellschaft aus ihrer Sicht hier einen Anspruch auf „null Toleranz“ haben sollte, haben die Staatsanwälte kein Ermessen. Es handelt sich um eine am Arbeitsauftrag orientierte Wertungsfrage. Die Frage, die da lautet: "Was für eine Art von Strafverfolgung tut der Gesellschaft gut?" ist möglichst einheitlich zu beantworten.

Die Staatsanwaltschaft ist mit dem Arbeitsauftrag, dem Strafrecht zur Durchsetzung zu verhelfen, eine der wichtigsten Säulen des Rechtsstaats. Mit Blick auf die Bevölkerung geht es bei der Strafverfolgung im Kern um

<sup>7</sup> So etwa Baumann, JZ 1972, 3.

<sup>8</sup> Hoven, Entrümpelt das Strafgesetzbuch, FAZ Einspruch, 24.4.2019, <https://einspruch.faz.net/einspruch-magazin/2019-04-24/dbcf4e3611d372eb3f4b21dddb737127/?GEPC=s5> (zuletzt abgerufen am 21.6.2019).

<sup>9</sup> Hans Strobl ist Generalstaatsanwalt des Freistaates Sachsen.

<sup>10</sup> Rundverfügung des Generalstaatsanwalts des Freistaates Sachsen zur einheitlichen Sachbehandlung von Straftaten gegen Amtsträger, Beschäftigte des öffentlichen Dienstes und Rettungskräfte, in Kraft getreten am 1. Mai 2018.

<sup>11</sup> Rundverfügung des Generalstaatsanwalts des Freistaates Sachsen zur einheitlichen Strafverfolgungspraxis sowie zur Strafzumessung, in Kraft getreten am 1. März 2019.

Rechtssicherheit. Rechtssicherheit und sozialer Frieden stellen sich nicht automatisch ein. Das in einer Demokratie notwendige Vertrauen der Bevölkerung in den Rechtsstaat hängt ganz wesentlich davon ab, dass wir die von uns zu verfolgenden Arbeitsziele bestmöglich erreichen. Wichtig und wesentlich für den Rechtsstaat ist, dass die bestehenden Gesetze konsequent und rasch angewandt werden. Insoweit muss zu meiner Überzeugung dem in letzter Zeit zunehmend wahrzunehmenden Eindruck, ja dem Irrglauben in der Bevölkerung (bis hin zu Opfern und Tätern), dass es rechtsfreie Räume gibt, entschieden entgegen gewirkt werden.

Mit der konsequenten Verfolgung von Straftaten gegen Amtsträger und Rettungskräfte – hier gilt schon etwas länger der Grundsatz „null Toleranz“ – sowie mit dem verstärkten Einsatz des beschleunigten Verfahrens<sup>12</sup> haben wir schon Wirksames getan. Mit der seit März hinzugekommenen Regelung zur einheitlichen Strafverfolgungspraxis bei bestimmten Straftaten werden wir noch wirksamer werden. Durch die konsequentere Verfolgung bestimmter Bagatelldeliktstrafverfahren wird noch deutlicher werden, dass es sich auch bei massenhaft auftretenden Delikten mit regelmäßig nur geringen Schadenshöhen, wie Ladendiebstählen, in jedem Einzelfall um Straftaten handelt, auf die entsprechend der Intention des Gesetzgebers auch bei einem Ersttäter grundsätzlich mit einer strafrechtlichen Sanktion zu reagieren ist.

## II. Instrumente gegen Bagatelldelikte

### 1. Verwarnung mit Strafvorbehalt anstatt Einstellung

Verstärkt genutzt werden soll hierzu die im Werkzeugkasten der Strafprozessordnung enthaltene Strafverfolgungsmöglichkeit der Verwarnung mit Strafvorbehalt, § 59 StGB. Es handelt sich hier faktisch um die Verhängung einer Geldstrafe zur Bewährung. Wir werden diese nun im Regelfall bei Schäden zwischen 50 und 100 EUR per Strafbefehl beim Strafrichter beantragen. Lässt sich der Täter dadurch nicht von künftigen Taten abschrecken, wird die Bewährung widerrufen. Dies geht einfach und schnell. Er ist dann nicht nur bereits rechtskräftig zu einer Geldstrafe verurteilt. Er erhält für die weitere Tat eine weitere Strafe.

Es werden damit künftig weniger Taten gegen Auflagen (§ 153a StPO) – in der Regel Geldauflagen – und noch weniger – mangels öffentlichen Interesses – ohne Auflagen (§ 153 StPO) bei den Staatsanwaltschaften eingestellt. Die Wertgrenze für eine Verfahrenseinstellung ohne Auflagen liegt künftig bei 10 EUR statt bei 25 EUR. Bei ei-

nem Diebstahls- oder Vermögensschaden über 100 EUR wird gegen einen überführten Täter wie bisher im Regelfall ein Strafbefehlsantrag gestellt oder er wird angeklagt.

### 2. Keine Einstellungen bei Straftaten im öffentlichen Raum

Eine Verschärfung der Strafverfolgungspraxis wird sich insbesondere bei Straftaten ergeben, die im öffentlichen Raum begangen wurden. Hier wird das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung, das eine Verfahrenseinstellung ohne Ahndung ausschließt, im Regelfall zu bejahen sein, wenn die Taten geeignet sind, das Sicherheitsgefühl der Bevölkerung zu beeinträchtigen, was etwa bei Schlägereien der Fall sein kann, oder wenn die Taten den Eindruck erwecken, dass sich Ungesetzlichkeiten im Alltagsleben einbürgern, und deshalb das Vertrauen der Bürger in den Rechtsstaat beeinträchtigt werden kann. Unter öffentlichem Raum sind nicht nur Plätze und Straßen zu verstehen, sondern auch jedermann zugängliche Bereiche wie Bahnhöfe, öffentliche Verkehrsmittel und Einkaufspassagen.

### 3. Konsequenter Ahndung von Drogendelikten

Die Zunahme von Betäubungsmitteldelikten in Sachsen, insbesondere den Handel und Konsum von Crystal, habe ich zum Anlass genommen, auch die Strafverfolgungspraxis bei der Verfolgung dieser insbesondere für die Gesundheit und die Zukunft junger Menschen sehr gefährlichen Delikte in einzelnen Punkten zu verschärfen. Dies allein wird die Drogenproblematik in der Gesellschaft nicht lösen können, wird aber einen nachhaltigen Beitrag dazu leisten.

### 4. Fahrverbot als Strafe

Die Rundverfügung soll auch dazu beitragen, dass von der seit August 2017 gegebenen Möglichkeit, bei allgemeinen Straftaten der kleineren bis mittleren Kriminalität neben einer Geld- oder Freiheitsstrafe ein Fahrverbot zu verhängen (§ 44 Abs. 1 S. 2 StGB), in geeigneten Fällen verstärkt Gebrauch gemacht wird. Ich denke hier insbesondere an Täter, die durch die Verhängung einer Geld- oder Freiheitsstrafe allein nicht nachhaltig oder gar nicht beeindruckt werden können, die das Fahrverbot aber hart trifft.

Ich bin überzeugt, dass die konsequente Anwendung der Rundverfügung in Verbindung mit guter Öffentlichkeitsarbeit eine spürbare spezial- und generalpräventive Wirkung hat und das unbedingt notwendige Vertrauen der Bevölkerung in den Rechtsstaat stärkt.

<sup>12</sup> Rundverfügung des Generalstaatsanwalts des Freistaates Sachsen zur Anwendung des beschleunigten Verfahrens, in Kraft getreten am 1. September 2018.

## C. Replik auf die Stellungnahme des sächsischen Generalstaatsanwalts *Hans Strobl* zur Ahndung von Bagatelldelikten

von Prof. Dr. Jörg Kinzig<sup>13</sup>

### I. Die Richtlinie und ihr normatives Umfeld

Bilanziert man die Ausführungen des sächsischen Generalstaatsanwalts, ergeben sich daraus Konsequenzen für die zukünftige Handhabung von drei Kategorien kleinerer Straftaten:

- Anklageerhebung (§ 170 Abs. 1 StPO) oder Strafbefehlsantrag der Staatsanwaltschaft (§ 407 StPO) schon bei Schäden ab 100 Euro
- Vermehrte Beantragung einer Verwarnung mit Strafvorbehalt (§§ 59 ff. StGB) im Strafbefehlsverfahren bei Schäden zwischen 50 und 100 Euro
- Absenkung der Höchstgrenze der Schadenssumme für eine folgenlose Einstellung nach § 153 Abs. 1 StPO von 25 auf 10 Euro

Folgenreich für die Praxis scheint insbesondere die dritte Neuerung, die Absenkung der Höchstgrenze der Schadenssumme für eine folgenlose Einstellung nach § 153 Abs. 1 StPO von 25 auf 10 Euro zu sein.

Rechtstatsächlich ist in diesem Zusammenhang erwähnenswert, dass in Deutschland nach der Polizeilichen Kriminalstatistik (PKS) des Jahres 2017 immerhin 324.136 vollendete Fälle des Ladendiebstahls registriert wurden, von denen allein 43,4% nur einen Schaden von bis zu 15 Euro und weitere 26,4% nur einen solchen von bis zu 50 Euro aufwiesen.<sup>14</sup>

Normativ setzt § 153 Abs. 1 StPO für eine folgenlose Einstellung bekanntlich ein potentiell geringes Vergehen, eine hypothetisch geringe Schuld und ein fehlendes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung voraus. Unklar bleibt schon, welche dieser drei Voraussetzungen künftig einer Einstellung eines Ladendiebstahls bis zur Höhe von 25 Euro entgegenstehen soll. Dass es sich bei einem einfachen Diebstahl nach § 242 StGB um ein Vergehen im Sinne des § 12 StGB handelt, ist nicht zu bezweifeln. Für die Auslegung des Merkmals der geringen Schuld hat sich die Formel eingebürgert, dass die Schuld dann gering ist, wenn sie bei einem Vergleich mit Vergehen gleicher Art nicht unerheblich unter dem Durchschnitt liegt. Im Übrigen ist auf die Gesichtspunkte abzustellen, die auch sonst bei der Strafzumessung nach § 46 Abs. 2 StGB eine Rolle spielen.<sup>15</sup>

Im materiellen Strafrecht gehen die Gerichte davon aus, dass ein Diebstahl geringwertiger Sachen nach § 248a StGB jedenfalls bei einem Betrag von 25 bis 30 Euro vorliegt. Zahlreiche Stimmen nehmen einen derartigen Bagatelldiebstahl sogar darüber hinaus noch bis zu einer Schadenssumme bis zu 50 Euro an.<sup>16</sup> Überträgt man diesen Maßstab auf das prozessuale Recht, sind keine Gründe ersichtlich, bei einem Ladendiebstahl eines Ersttätlers, der nur einen Schaden von 25 Euro verursacht, die Annahme einer geringen Schuld zu verweigern.<sup>17</sup>

Dass das öffentliche Interesse einer folgenlosen Einstellung entgegenstehen könnte, ist in dieser Fallkonstellation ebenfalls nicht zu erkennen. Ist es der Bevölkerung tatsächlich nicht vermittelbar, dass ein erster Diebstahl einer bisher unbescholtenen Person von z.B. Lebensmitteln in Höhe von 20 Euro nach § 153 Abs. 1 S. 1 StPO eingestellt wird? Zudem ist zu berücksichtigen, dass auch der Ersttäter der beschämenden Wirkung eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens ausgesetzt ist. Darüber hinaus hat er selbstverständlich die aus seiner Tat resultierenden zivilrechtlichen Folgen zu tragen, wozu nicht selten die Verpflichtung, eine zivilrechtliche Fangprämie zu zahlen, gehören dürfte. Daraus entstehende spezial- und generalpräventive Effekte sollten nicht geringgeschätzt werden.

Außerdem ist zu befürchten, dass durch die neue Praxis der Staatsanwaltschaft Sachsens die bundesgesetzliche Vorgabe des § 153 StPO ausgehöhlt wird. Die genannte Norm will ja in Bagatellsachen im Wege der Durchbrechung des Legalitätsprinzips eine folgenlose Einstellung ausdrücklich ermöglichen.

### II. Die Begründung für das härtere Vorgehen Sachsens

Zudem verfängt die Begründung für das strengere Agieren Sachsens nicht.

Als ein Grund für die härtere Gangart wird genannt, dass durch die bisherige, übrigens auch in anderen Teilen Deutschlands mehrheitlich praktizierte Verfahrensweise in der Bevölkerung der Eindruck rechtsfreier Räume entstanden sei. Selbst wenn dieses empirisch bisher nicht belegte Gefühl begründet sein sollte, wäre es besser, diesem Irrglauben statt durch eine Verschärfung der Strafverfolgungspraxis durch aufklärerische Bemühungen entgegenzuwirken. Gegebenenfalls sind etwaige Anzeigerstatter

<sup>13</sup> Prof. Dr. Jörg Kinzig ist Direktor des Instituts für Kriminologie und Inhaber des Lehrstuhls für Kriminologie, Straf- und Sanktionenrecht an der Eberhard Karls Universität in Tübingen.

<sup>14</sup> Bundeskriminalamt, PKS Jahrbuch 2017, Band 4, S. 58.

<sup>15</sup> Vgl. Meyer-Göfner/Schmitt, StPO, 62. Aufl. (2019), § 153 Rn. 4.

<sup>16</sup> Vgl. Bosch, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 248a Rdnr. 10 mit Nachweisen zur Rechtsprechung.

<sup>17</sup> Vgl. auch die Wertgrenze von 50 Euro, die Meyer-Göfner/Schmitt, StPO, § 153 Rn. 17 für die Annahme geringer Folgen nach § 153 Abs. 1 S. 2 StPO für maßgeblich halten.

mehr als bisher über den Ausgang des Ermittlungsverfahrens zu informieren und die Gründe für die getroffene Abschlussverfügung der Staatsanwaltschaft zu verdeutlichen.<sup>18</sup>

Dass es tatsächlich einer Stärkung des Sicherheitsgefühls der Allgemeinheit bedarf, erscheint ebenfalls nicht ausgemacht. So zeigten sich nach dem eben erschienenen Deutschen Viktimisierungssurvey 2017 immerhin knapp drei Viertel (74,1%) der Ostdeutschen im Jahr 2017 in ihrer Wohnumgebung als „eher sicher“ oder „sehr sicher.“<sup>19</sup>

Dass insoweit jedenfalls keine dramatischen Tendenzen bestehen, belegen auch die regelmäßigen Umfragen der R+V-Versicherung zur Angst vor Straftaten. So rangierte im Jahr 2018 die Angst vor Straftaten nur auf Platz 18 von 21 Ängsten. Zudem lagen die genannten Angstwerte in den 1990er Jahren mit teilweise deutlich über 40 Prozent noch weit über dem Wert von 28%, der zuletzt für das Jahr 2018 registriert wurde.<sup>20</sup>

Auch nach den Ergebnissen des Sachsen-Monitors 2018 besteht kein Anlass dazu, von einer überbordenden Kriminalitätsfurcht in diesem Bundesland auszugehen. Von über 1000 im Sommer 2018 befragten Einwohnern Sachsens zeigten sich (bei steigender Tendenz) immerhin 76% mit der Sicherheit auf Plätzen und Straßen in ihrer Umgebung „sehr zufrieden“ oder „eher zufrieden.“<sup>21</sup>

Gefragt nach dem wichtigsten Problem in Sachsen, findet sich das Thema „Sicherheit/Kriminalität“ mit acht Prozent ebenfalls nur auf einem Mittelfeld-Platz der dort genannten Probleme wieder.<sup>22</sup>

Unklar bleibt, inwieweit durch die Ankündigung eines rigideren Vorgehens das Profil der die Regierung in Sachsen mehrheitlich tragenden Partei im Hinblick auf die in diesem Jahr anstehenden Neuwahlen insbesondere gegenüber der AfD geschärft werden soll.<sup>23</sup> Ist das beabsichtigt, stellt sich die Frage, ob diese Strategie erfolgversprechend sein kann, ist es doch ein leichtes, Forderungen nach einem härteren staatlichen Vorgehen immer wieder für unterschiedliche Bereiche des Strafrechts zu erheben und damit die Regierung vor sich herzutreiben.<sup>24</sup>

### III. Daten der Strafverfolgungspraxis Sachsens im Vergleich zur Bundesrepublik

Ein kurzer Blick auf die bisherige Strafverfolgungspraxis des Freistaats Sachsen lässt zudem nicht erkennen, dass sich die Staatsanwaltschaften in diesem Bundesland bisher einer besonderen Milde verdächtig gemacht hätten. Im Gegenteil. So zeigt Tabelle 1 eine Übersicht über die

von der Staatsanwaltschaft beim Landgericht und von der Amtsanwaltschaft im Jahr 2017 erledigten Ermittlungsverfahren im Bund und in Sachsen.

Tabelle 1: Von der Staatsanwaltschaft beim Landgericht und von der Amtsanwaltschaft im Jahr 2017 erledigte Ermittlungsverfahren<sup>25</sup>

	Bund	Sachsen
Erledigte Verfahren	4.858.212	226.053
Anklage	424.049 (8,7%)	23.671 (10,5%)
Antrag auf Erlass eines Strafbefehls	531.795 (10,9%)	29.794 (13,2%)
Einstellung mit Auflage	169.801 (3,5%)	5.170 (2,3%)
Einstellung ohne Auflage	1.262.717 (26,0%)	56.914 (25,2%)
Einstellung gemäß § 170 Abs. 2 StPO	1.337.443 (27,5%)	61.173 (27,1%)

Danach wurden in Sachsen im Jahr 2017 mit 10,5% sowohl mehr Anklagen als auch mit 13,2% mehr Anträge auf Erlass eines Strafbefehls gestellt, als das im Bund der Fall war (nur 8,7% bzw. 10,9%). Dementsprechend gering waren in Sachsen die prozentualen Anteile der Einstellungen mit und ohne Auflagen sowie derjenigen nach § 170 Abs. 2 StPO.

Die Staatsanwaltschaftsstatistik ermöglicht es auch, die entsprechenden Werte nur für die Deliktgruppe „Diebstahl und Unterschlagung“ zu errechnen. Hier zeigt sich in Tabelle 2 ein vergleichbares Bild. In Sachsen wurde zuletzt im Jahr 2017 auch bei Diebstahl und Unterschlagung mit 17,7% häufiger angeklagt als das im Bund der Fall war (dort nur 14,6%). Zudem wurden vermehrt Anträge auf Erlass eines Strafbefehls gestellt (11,9% gegenüber nur 10,6%). Im Gegenzug geringere Werte waren in Sachsen wiederum bei allen Formen der Einstellung zu verzeichnen.

Tabelle 2: Von der Staatsanwaltschaft beim Landgericht und von der Amtsanwaltschaft im Jahr 2017 erledigte Ermittlungsverfahren (Diebstahl und Unterschlagung)<sup>26</sup>

	Bund	Sachsen
Erledigte Verfahren (nur Diebstahl/Unterschlagung)	632.512	35.743
Anklage	92.405 (14,6%)	6.331 (17,7%)

<sup>18</sup> Dies sieht § 171 S. 1 StPO ohnehin vor; vgl. auch Nr. 89 RiStBV.

<sup>19</sup> Bundeskriminalamt, Deutscher Viktimisierungssurvey 2017, 2019, S. 54 (Abbildung 30).

<sup>20</sup> Vgl. die Nachweise unter <https://www.ruv.de/presse/ruv-infocenter/pressemitteilungen/aengste-vor-straftaten> (zuletzt abgerufen am 21.6.2019).

<sup>21</sup> Der Ergebnisbericht Sachsen-Monitor 2018 findet sich unter <https://www.staatsregierung.sachsen.de/download/ergebnisbericht-sachsen-monitor-2018.pdf> (zuletzt abgerufen am 21.6.2019), dort vgl. Abbildung 8 auf S. 14.

<sup>22</sup> Sachsen-Monitor 2018, a.a.O., Abbildung 9 auf S. 14.

<sup>23</sup> Die Wahl zum 7. Sächsischen Landtag soll am 1. September 2019 stattfinden.

<sup>24</sup> Ein weiteres unrühmliches Beispiel bildet der durch den Abgeordneten Tobias Matthias Peterka und die Fraktion der AfD in den Bundestag eingebrachte Entwurf eines Gesetzes zur Strafschärfung bei Rückfall, vgl. BT-Drs. 19/6371.

<sup>25</sup> Rechtspflege, Staatsanwaltschaften 2017, S. 26 ff. (eigene Berechnung).

<sup>26</sup> Rechtspflege, Staatsanwaltschaften 2017, S. 72 ff. (eigene Berechnung).

Antrag auf Erlass eines Strafbefehls	66.878 (10,6%)	4.267 (11,9%)
Einstellung mit Auflage	18.801 (3,0%)	770 (2,2%)
Einstellung ohne Auflage	85.276 (13,5%)	4.462 (12,5%)
Einstellung gemäß § 170 Abs. 2 StPO	120.825 (19,1%)	6.467 (18,1%)

Auf einem anderen Blatt steht, dass ausweislich einer Untersuchung des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg die in Sachsen von den Gerichten verhängten Strafen eher mild ausfallen.<sup>27</sup> Als eine Erklärung für dieses Phänomen mag der Umstand dienen, dass auch in Baden-Württemberg eher geringere Strafen verhängt werden und diese Justizkultur nach der Wende von den aus Baden-Württemberg abgeordneten Richtern möglicherweise nach Sachsen importiert wurde.

#### IV. Hilft strafrechtliche Härte?

Darüber, ob strafrechtliche Härte general- oder spezialpräventiv erfolgreich ist, existieren nur wenige Untersuchungen. Immerhin weist die sogenannte Rückfallstatistik aus, dass zu stationären Sanktionen (etwa zu Freiheits- oder Jugendstrafe ohne Bewährung) Verurteilte mit durchweg höheren Rückfallraten belastet sind, als das bei jeweils zur Bewährung verurteilten Personen der Fall ist.<sup>28</sup> Freilich mag dieses Phänomen in erster Linie mit sogenannten Selektionseffekten erklärt werden.

Wie Tabelle 3 zeigt, schneiden die nach §§ 45, 47 JGG ergangenen Diversionsentscheidungen im Vergleich zu den sonstigen ambulanten jugendrichterlichen Entscheidungen (Erziehungsmaßregeln, Zuchtmittel) in einem Rückfallzeitraum von neun Jahren ebenfalls deutlich besser ab. Werden die entsprechenden Personen divertiert, werden sie in geringerem Maß rückfällig und erhalten im Falle einer erneuten Straftat weitaus seltener eine Freiheits- oder eine Jugendstrafe als schärfste Sanktion.<sup>29</sup>

Selbst unter Berücksichtigung des Umstands, dass bei diesem Vergleich ebenfalls keine völlig homogenen Gruppen vorliegen, spricht nichts für den Umstand, dass ein formelles Vorgehen spezialpräventiv überlegene Effekte aufweist.

Tabelle 3: Rückfall nach formellen und informellen jugendstrafrechtlichen Sanktionen<sup>30</sup>

Bezugsentscheidung/Rückfall nach 9 Jahren	Freiheits-/Jugendstrafe	Ambulante Folgeentscheidung	§§ 45, 47 JGG	Keine Folgeentscheidung
Diversionsentscheidungen nach §§ 45, 47 JGG	10,8%	28,3%	9,5%	51,4%
Sonstige ambulante jugendrichterliche Entscheidungen (Erziehungsmaßregeln, Zuchtmittel)	25,8%	37,0%	3,7%	33,5%

Schließlich lässt sich auch nicht belegen, dass in den letzten Jahren eine Tendenz bestanden hat, dass wegen sogenannter Bagatellstraftaten keine Verurteilungen mehr erfolgen.

Das abschließende Schaubild zeigt die absolute Anzahl der in den letzten 20 Jahren wegen verschiedener geringer Delikte verurteilten Personen.

Zwar ist einerseits zu beobachten, dass die wegen einfachen Diebstahls verurteilten Personen in den letzten 20 Jahren fast stetig abgenommen haben und mittlerweile auf unter 100.000 Personen gefallen sind. Dieser Abnahme liegen in erster Linie Austauschprozesse mit der Straftat des Betrugs zugrunde, die aufgrund unterschiedlicher Faktoren in den letzten Jahren deutlich an Beliebtheit gewonnen hat.

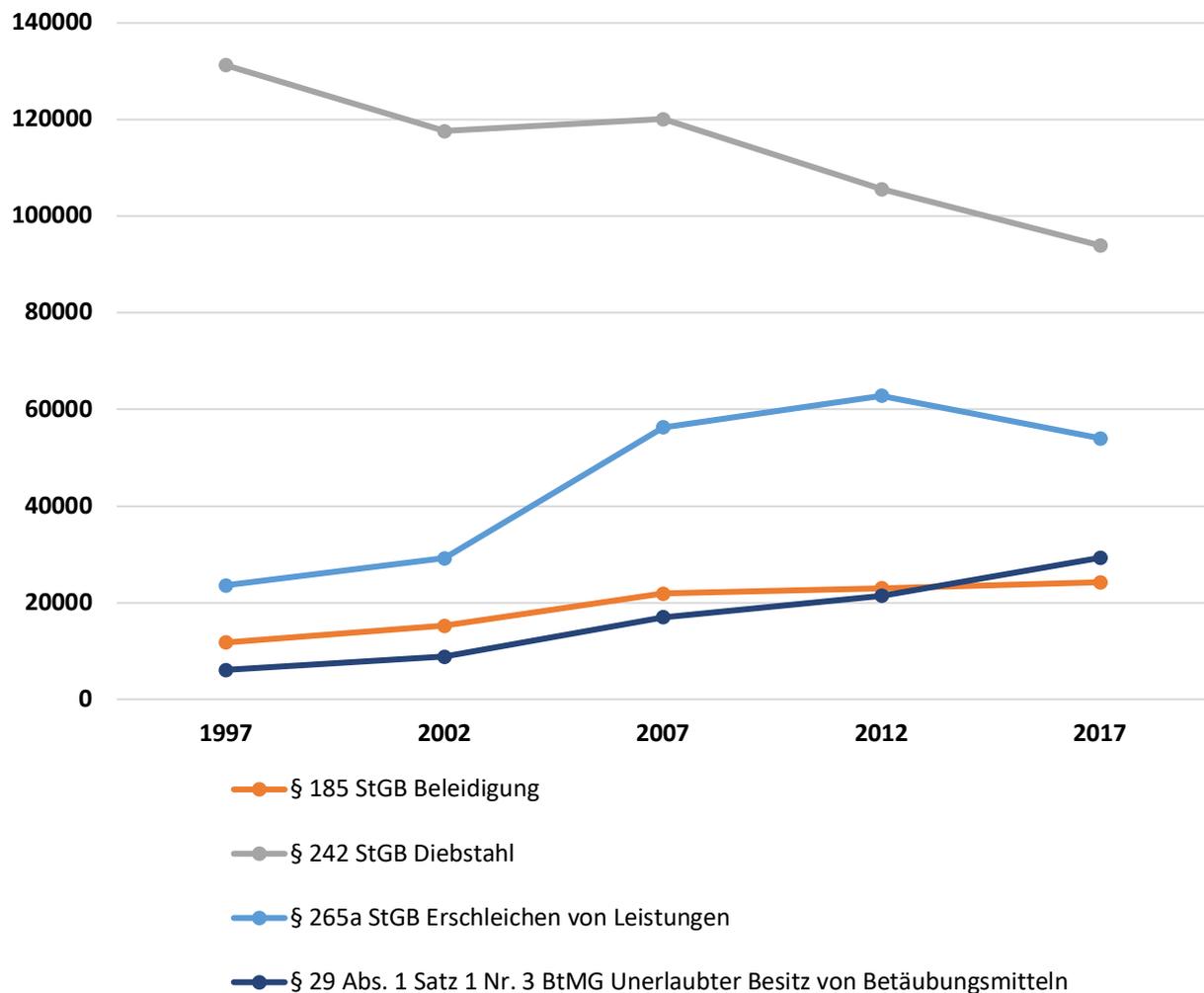
<sup>27</sup> Leicht zugänglich findet sich die entsprechende Grafik über die Sanktionshärte in einem Beitrag des *Stern* unter <https://www.stern.de/panorama/stern-crime/interaktive-karte--wo-deutschlands-haerteste-richter-sitzen-8414794.html> (zuletzt abgerufen am 21.6.2019).

<sup>28</sup> Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen. Eine bundesweite Rückfalluntersuchung 2010 bis 2013 und 2004 bis 2013, 2016, Abbildung C.2.3.1., S. 179.

<sup>29</sup> Vgl. auch *Eisenberg/Köbel*, Kriminologie, 7. Aufl. (2017), § 42 Rdnr. 56, 58.

<sup>30</sup> Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, a.a.O., S. 183.

Schaubild 1: Verurteilte nach ausgewählten Bagatelldelikten zwischen den Jahren 1997 und 2017<sup>31</sup>



Andererseits weist die Strafverfolgungsstatistik drei weitere Bagatelldelikte auf, bei denen die Zahl der Verurteilten in den letzten Jahren teilweise erheblich gewachsen ist. So hat sich die Zahl der wegen Leistungerschleichung nach § 265a StGB Verurteilten von 1997 bis 2017 weit mehr als verdoppelt (1997: 23.607; 2017: 54.013). Ähnlich verhält es sich mit den wegen Beleidigung Belangten (1997: 11.757; 2017: 24.230). Mehr als vervierfacht haben sich sogar die Personen, die wegen des unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln nach § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BtMG zur Rechenschaft gezogen wurden (1997: nur 6.092; 2017: 29.284).

Nicht außer Acht gelassen werden dürfen auch Kollateralschäden, die durch den vermehrten Einsatz von Geldstrafen entstehen können. Salopp lässt sich formulieren, dass derjenige, der mehr Geldstrafen will, zugleich mehr Ersatzfreiheitsstrafen nach § 43 StGB ernten wird. Dabei ist zu berücksichtigen, dass zum Stichtag 31.3.2017 von 2.606 in Freiheitsstrafe in Sachsen Einsitzenden sich allein 331 (12,7%) im Vollzug der Ersatzfreiheitsstrafe befanden.<sup>32</sup> Dabei stehen der fraglichen Wirkung dieser stationären Sanktion erhebliche Kosten pro Haftplatz gegenüber, die sich in Sachsen auf weit mehr als 110 Euro pro Tag belaufen.<sup>33</sup>

<sup>31</sup> Quelle: Strafverfolgungsstatistik des jeweiligen Jahres, Tab. 2.1.

<sup>32</sup> Statistisches Landesamt des Freistaates Sachsen, Strafvollzug im Freistaat Sachsen 2017, B VI 6 – j/17, S. 11; abrufbar unter [https://www.statistik.sachsen.de/download/100\\_Berichte-B/B\\_VI\\_6\\_j\\_17\\_SN.pdf](https://www.statistik.sachsen.de/download/100_Berichte-B/B_VI_6_j_17_SN.pdf) (zuletzt abgerufen am 21.6.2019).

<sup>33</sup> Nach einer Antwort auf eine Große Anfrage der CDU-Fraktion und der SPD-Fraktion, LT-Drs. Nr. 6/3640 zum Thema „Situation und Entwicklung des sächsischen Justizvollzugs“ vom Februar 2016 beliefen sich die „Gesamtkosten pro Haftplatz“ bereits im Jahr 2014 auf 110,13 Euro.

## V. Eine kleine Bilanz

Die bisherigen Ausführungen lassen sich in fünf knappen Thesen zusammenfassen:

1. Die Begründungen für die Notwendigkeit einer schärferen Sanktionierung der Bagatellkriminalität in Sachsen überzeugen nicht.

2. Die neue Richtlinie ist dazu geeignet, die bundesgesetzlichen Vorgaben des § 153 StPO auszuhöhlen.

3. Dafür, dass eine Null-Toleranz-Politik strafrechtliche Rückfälligkeit verhindert, existieren keine Belege.

4. Eine ganze Reihe von Bagatelldelikten führt schon jetzt zu einer (massiven) strafrechtlichen Ahndung.

5. Strafverfolgungsbehörden, aber auch Strafrechtswissenschaft, sind aufgerufen, vermehrt für den Rechtsstaat zu werben. Darüber hinaus müssen Staatsanwaltschaften und Gerichte mit ausreichendem Personal ausgestattet werden.

## Bemerkungen zu § 219a StGB in seiner neuen Fassung

von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch \*

### Abstract

Am 21. Februar 2019 hat der Deutsche Bundestag mit der Mehrheit der Abgeordneten von CDU/CSU und SPD die Ergänzung des § 219a StGB um einen Absatz 4 auf der Grundlage eines Gesetzesentwurfs der Koalition<sup>1</sup> beschlossen. Nicht nur dieser neue Gesetzestext, sondern auch die unverändert fortbestehenden älteren Bestandteile des § 219a StGB sind diskussionsbedürftig, zumal die Forderung nach ersatzloser Streichung des Paragraphen weiterhin im Raum steht. Die Forderung erscheint mir nicht nur aus (kriminal)politischen, sondern auch aus strafrechtsdogmatischen Gründen berechtigt. Letzterer Aspekt wird jedoch in der Debatte vernachlässigt. Das ist hoffentlich kein Symptom für wachsende Geringschätzung der wichtigen Begrenzungsfunktion, die Strafrechtsdogmatik gegenüber der Kriminalpolitik hat. Allerdings weckt der unreflektierte Umgang mit der Figur „abstraktes Gefährdungsdelikt“ kombiniert mit einem offenbar recht elastischen Verständnis vom strafrechtlich zu schützenden „Rechtsgut“ Bedenken. Nicht mehr der Schutz eines Rechtsgutes, sondern die Befriedigung eines (angeblichen) gesellschaftlichen Bedürfnisses nach Organisation des Zusammenlebens zum Zwecke der Vorbeugung gegenüber künftigen Rechtsgutsverletzungen wird zur Legitimationsbasis einer Strafvorschrift erklärt und dem pönalisierten Verhalten zwecks Anschluss an die Dogmatik das offenbar grenzenlos verwendbare Etikett „abstraktes Gefährdungsdelikt“ angeheftet. Mancher zu § 219a StGB veröffentlichte Text klingt wie ein – von der Autorin möglicherweise so gar nicht gemeintes – Plädoyer für eine moralische Ertüchtigung der Gesellschaft mittels Strafrecht. Das wäre eine Zweckentfremdung des Strafrechts, da der Staat nicht das Recht hat, den Bürgern ein bestimmtes moralisches Verhalten vorzuschreiben. Zwang zu ethisch hochwertigem Verhalten mittels Strafrecht ist nur legitim, wenn es in Wirklichkeit um die Verhinderung strafwürdiger Rechtsgutsverletzungen geht.

On February 21, 2019, a parliamentary majority comprised of the CDU/CSU and SPD members of the Bundestag voted in favor of a government bill amending Section 219a of the German Criminal Code (StGB) by adding a 4<sup>th</sup> paragraph. This new piece of legislation as well as the unamended paragraphs of Section 219a StGB, however, still need to be discussed and require further contemplation. Especially in light of the unwavering demand to repeal the provision outright. This demand seems justified to me not only for (criminal) political reasons but also for

reasons of criminal law doctrine. The latter aspect, however, is overlooked in the current debate. One can only hope that this is not further evidence of the growing disregard for the important restrictive function, which the criminal law doctrine has towards criminal politics. What raises concern in that regard is both the unreflecting addition of offenses of abstract endangerment (“abstrakte Gefährdungsdelikte”) as well as an extensive interpretation of the legal asset protected under criminal law. It is no longer the protection of a legal asset that serves to legitimize a criminal provision but rather the satisfaction of an (alleged) social need to organize human coexistence, with view to preventing future infringements. To comply with criminal doctrine, the penalized behavior gets the apparently boundless classification as an offense of abstract endangerment. Some text published to Section 219a StGB sounds like a – quite possibly inadvertently – plea for a moral strengthening of society by means of criminal law. That would be a misappropriation of criminal law since the state does not have the right to prescribe certain moral conduct to its citizens. Forcing people to behave in a highly ethical manner by means of criminal law is only legitimate if it is, in reality, a matter of preventing infringements of legally protected assets.

### I. Einleitung

§ 219a StGB stellt die Werbung für Verhaltensweisen unter Strafdrohung, die nach § 218 StGB strafbar sein können. Der Wortlaut des Gesetzes bezieht aber ebenso die Werbung für Taten ein, die gemäß § 218a StGB nicht strafbar – im Fall des § 218a Abs. 2, 3 StGB sogar gerechtfertigt<sup>2</sup> – sind. Anstoß daran wird im Schrifttum kaum genommen.<sup>3</sup> Mit der Einführung des neuen Absatz 4 wurde die Strafbarkeit der Werbung für straflosen Schwangerschaftsabbruch eingeschränkt, aber nicht vollständig beseitigt. Es ist daher immer noch notwendig, über die Berechtigung der Strafdrohung insgesamt zu diskutieren. In der Strafrechtswissenschaft genießt § 219a StGB auch nach der öffentlichen Debatte, die durch das – vom Landgericht Gießen bestätigte<sup>4</sup> – Urteil des Amtsgerichts Gießen<sup>5</sup> ausgelöst wurde, beachtlichen Rückhalt. Das ist erstaunlich, da Gegenstand der Strafvorschrift keine Rechtsgutsverletzung, ihre Legitimation daher zweifelhaft und in erhöhtem Maße begründungsbedürftig ist. Wer für Schwangerschaftsabbruch wirbt, tötet keine schwangere Frau, tötet kein ungeborenes Baby und schädigt auch

\* Der Verfasser ist Professor für Strafrecht an der Universität Potsdam  
<sup>1</sup> BT-Drs. 19/7693.

<sup>2</sup> Eser/Weißer, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 218a Rn. 20.

<sup>3</sup> Siehe aber Gärditz, ZfL 2018, 18 (20); Merkel, ZfL 2018, 114 (116); Satzger, ZfL 2018, 22 (23); Walter, ZfL 2018, 26 (28); sowie Mitsch, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller, StGB, 2. Aufl. (2015), § 219a Rn. 1, ausführlicher demnächst in der 3. Aufl. (2019).

<sup>4</sup> LG Gießen, medstra 2019, 119.

<sup>5</sup> AG Gießen, NSStZ 2018, 416.

nicht die Gesundheit einer schwangeren Frau.<sup>6</sup> Er verletzt also kein Leben und keine Gesundheit. Dennoch sei die Werbung für Schwangerschaftsabbruch eine Straftat, nämlich ein abstraktes Gefährdungsdelikt. Mit diesem Hinweis auf eine Deliktsgattung, deren Charakteristikum das Fehlen einer Erfolgskomponente ist, kann man dem Einwand, der Strafvorschrift liege keine strafwürdige Rechtsgutsbeeinträchtigung zugrunde, einigen Wind aus den Segeln nehmen: Abstrakte Gefährdungsdelikte sind Instrumente der „Strafbarkeitsvorverlagerung“. Dass in der gesetzlichen Beschreibung der Tat keine Schädigung von irgendetwas zu erkennen ist und daher mangels beschädigtem Objekt im Dunkeln bleibt, welches Gut hier eigentlich geschützt wird, liegt an der Strafbarkeitsvorverlagerung. Es liegt nicht daran, dass diesem Delikt kein schutzwürdiges Rechtsgut korrespondiere. Das ist nicht schlimm, denn abstrakte Gefährdungsdelikte sind im Strafrecht etabliert und gelten nicht als grundsätzlich inakzeptabel. Dieser Ansicht bin ich auch. Das Fehlen einer Rechtsgutsverletzung und die Legitimation der Kriminalisierung durch den Schutz des in concreto nicht verletzten Rechtsgutes widersprechen sich nicht. Dafür gibt es im geltenden Strafrecht genügend Beispiele. Aber Voraussetzung der so begründeten legitimierenden Wirkung ist ein richtiger Gebrauch sowohl des Begriffs „Rechtsgut“ als auch des Begriffs „abstraktes Gefährdungsdelikt“. Vor allem müssen „Rechtsgut“ und „abstraktes Gefährdungsdelikt“ richtig zueinander in Beziehung gesetzt werden. An letzterem mangelt es m. E. in Bezug auf § 219a StGB. Ein schutzwürdiges Rechtsgut zu benennen ist nicht schwer, zumal das Bundesverfassungsgericht auch das „ungeborene Leben“ als hohes und strafschutzwürdiges Gut anerkennt. Aber eine den Tatbestand des § 219a StGB erfüllende Tat entfaltet gegenüber diesem geschützten Rechtsgut keine Wirkung, die man als abstrakte Gefährlichkeit bezeichnen könnte. Dennoch wird das Gegenteil in jedem Text zu dem Thema behauptet, obwohl oder weil niemand die Straftatbeschreibung des § 219a StGB auf den Prüfstand einer allgemeingültigen Definition des abstrakten

Gefährdungsdelikts stellt.

## II. Tatbestandsgattung

### 1. Die Behauptung vom „abstrakten Gefährdungsdelikt“

Die im Text des § 219a Abs. 1 StGB abgebildete Straftat wird nahezu einhellig als „abstraktes Gefährdungsdelikt“ bezeichnet,<sup>7</sup> indessen ohne nähere Begründung. Weder wird der Aussage eine explizite Definition von „abstraktes Gefährdungsdelikt“ vorangestellt noch wird dargetan, welche Komponenten der Tat diese Charakterisierung rechtfertigen. Definitionen für Begriffe, die – wie „abstraktes Gefährdungsdelikt“ – einen großen Anwendungsbereich haben, werden üblicherweise durch die Lehre vom Allgemeinen Strafrecht entwickelt und dann mit den Tatbeständen des Besonderen Teils verbunden, zu denen sie passen. Aber der Impuls zur Entfaltung des Bedeutungsinhalts entspringt im Falle des Begriffs „abstraktes Gefährdungsdelikt“ zunächst einmal Betrachtungen einzelner Deliktstypen des Besonderen Teils. Diese verschafften uns eine zutreffende Vorstellung vom Begriff des abstrakten Gefährdungsdelikts, weil sich die Begriffsbildung an den dazu geeigneten Straftatbeständen orientierte. Das belegen die zahlreichen Erläuterungen in Kommentaren zu Straftaten, die – wie z. B. § 316 StGB – wirklich abstrakte Gefährdungsdelikte sind. Auf dieser Basis ist eine Überprüfung der dogmatischen „Natur“ des § 219a StGB möglich. Das Resultat wären erhebliche Zweifel an der Kompatibilität der Werbung für Schwangerschaftsabbruch mit dem Format des abstrakten Gefährdungsdelikts. Aber dieser Überprüfung widmet sich niemand. Die „Subsumtion“ des in § 219a StGB kriminalisierten Werbungsverhaltens unter den zugrunde gelegten Begriff vom abstrakten Gefährdungsdelikt findet nicht statt. Würde man einen Juristen darum bitten das abstrakte Gefährdungsdelikt zu erklären und ein prägnantes Beispiel zu zeigen, würden – davon bin ich überzeugt – die meisten auf § 316 StGB verweisen.<sup>8</sup> § 219a StGB hingegen würde niemand

<sup>6</sup> Zu den Schutzgütern des § 218 *Eser/Weißer*, in: Schönke/Schröder, StGB, vor § 218 Rn. 9 ff.

<sup>7</sup> *Eschelbach*, in: Beck-OK, 3. Aufl. (2018), § 219a Rn.1; *Eser/Weißer*, in: Schönke/Schröder, StGB, vor § 218 Rn. 23; § 219a Rn. 1; *Rogall*, in: SK-StGB, 9. Aufl. (2017), § 219a Rn. 1.

<sup>8</sup> *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl. (2016), § 6 Rn. 52; *Bringewat*, Grundbegriffe des Strafrechts, 3. Aufl. (2018), Rn. 235; *Ebert*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. (2001), S. 41; *Eisele/Heinrich*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2017, Rn. 111; *Eser/Burkhardt*, Strafrecht I, 4. Aufl. (1992), Fall 4 A Rn. 9; *Gropp*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl. (2015), § 2 Rn. 20; *Haft*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl. (2004), S. 299; *Hardtung/Putzke*, Examinatorium Strafrecht AT, 2016, Rn. 71; *B. Heinrich*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. (2016), Rn. 164; *Hilgendorf/Valerius*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. (2015); § 1 Rn. 58; *Hoffmann-Holland*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. (2015), Rn. 52; *Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. (1993), 6. Abschn. Rn. 86; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl. (1996), 26 II 2; *Kindhäuser*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. (2017), § 8 Rn. 22; *Köhler*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997, S. 31; *Krey/Esser*, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. (2016), Rn. 224; *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 4. Aufl. (2017), § 14 Rn. 24; *Otto*, Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl. (2004), § 4 Rn. 14; *Rengier*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl. (2018), § 10 Rn. 12; *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Aufl. (2006), § 10 Rn. 124; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 48. Aufl. (2018), Rn. 44; *Zieschang*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. (2017), Rn. 32. Ausnahme *Frister*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. (2018), 3. Kap. Rn. 26: Hier wird § 316 StGB nicht erwähnt, stattdessen § 306a Abs. 1 StGB. Unklar *Maurach/Zipf*, Strafrecht Allgemeiner Teil 1, 8. Aufl. (1992), § 20 Rn. 32, wo § 316 in dem Satz „Beispiele konkreter Gefährdungsdelikte sind ...“ steht.

als Musterbeispiel und Anschauungsobjekt eines abstrakten Gefährdungsdelikts wählen.<sup>9</sup> Des Weiteren würde ein didaktisch halbwegs versierter Erklärer Bezug nehmen auf die Figuren des Verletzungsdelikts und des konkreten Gefährdungsdelikts, um durch Gegenüberstellung mit dem abstrakten Gefährdungsdelikts dessen Wesen noch klarer hervortreten lassen. Dabei würde unweigerlich auch der Begriff „Rechtsgut“ Erwähnung finden, denn ohne diesen lässt sich über die genannten Deliktsgattungen, ihre Unterschiede und Relationen nichts Verständliches sagen.

Was bislang fehlt, soll im Folgenden nachgeholt werden: der Entwurf einer für alle abstrakten Gefährdungsdelikte passförmigen Skizze desselben und ihre Konfrontation mit dem Tatbestand des § 219a StGB. Um das Ergebnis vorwegzunehmen: eine Tat, die den Tatbestand des § 219a Abs. 1 StGB erfüllt, ist kein abstraktes Gefährdungsdelikts. Denn die Tat und ihre Wirkung ist von dem geschützten Rechtsgut und dessen Verletzung zu weit entfernt. Deswegen kann eine solche Tat niemals die Bedingungen eines abstrakten Gefährdungsdelikts erfüllen. Weil § 219a StGB weder ein Verletzungsdelikts noch ein konkretes oder abstraktes Gefährdungsdelikts normiert, sollte die Tat überhaupt nicht als Delikt im Sinne des Strafrechts anerkannt werden. Allenfalls für das Ordnungswidrigkeitenrecht könnte die materielle deliktische Substanz der Tat ausreichen. Mit der Negierung des Charakters als abstraktes Gefährdungsdelikts verliert die komplette Strafnorm ihre Legitimation. Der Begriff „abstraktes Gefährdungsdelikts“ sollte aus der Kommunikation über das Thema herausgehalten werden, weil er in diesem Zusammenhang irreführend ist. Denn indem die Verteidiger der Strafvorschrift den Begriff „abstraktes Gefährdungsdelikts“ verwenden, täuschen sie – sicher ohne unredliche Absicht – Legitimation vor und verleiten insbesondere diejenigen zur Zustimmung, die – wie der Verfasser – generell gegen abstrakte Gefährdungsdelikts nichts einzuwenden haben.

## 2. Verletzungs-, konkretes Gefährdungs- und abstraktes Gefährdungsdelikts

Die Werbung für Schwangerschaftsabbrüche ist kein abstraktes Gefährdungsdelikts. Zur Begründung dieser Behauptung ist eine Definition des Begriffs „abstraktes Gefährdungsdelikts“ notwendig. Diese lässt sich nur mittels einer eng an den Begriffen Rechtsgut, Verletzungsdelikts und konkretes Gefährdungsdelikts orientierten Wesensbestimmung gewinnen. Über die Begriffe Verletzungsdelikts und konkretes Gefährdungsdelikts besteht einhelliger Konsens. Ein Verletzungsdelikts ist eine Tat, durch die das geschützte Rechtsgut verletzt wird. Präziser ausgedrückt ist es nicht das Rechtsgut, das verletzt wird, sondern ein reales Objekt, das zu der Klasse der geschützten Gegenstände gehört.<sup>10</sup> Das Rechtsgut als normative Kategorie kann

nicht verletzt werden, sofern man unter „Verletzung“ die zustandsverschlechternde Folge einer physischen Einwirkung versteht. Der Verletzung des Rechtsguts Leben korreliert in der Welt der realen Dinge der Tod eines soeben noch lebendig gewesenen Menschen. Ein konkretes Gefährdungsdelikts ist demgemäß eine Tat, durch die ein solches Objekt zumindest in konkrete Verletzungsgefahr gebracht wird. Ein abstraktes Gefährdungsdelikts ist eine Tat, die ein geschütztes Objekt konkret gefährden und sogar verletzen könnte, einen derartigen Erfolg aber im konkreten Fall nicht verursacht, z. B. weil kein taugliches Objekt in den Wirkungsbereich des von der Tat freigesetzten Verletzungspotentials geraten ist. Wird ein Wohnhaus in Brand gesetzt, während sich darin ein Mensch befindet, ist die Brandstiftung ein konkretes Lebensgefährdungsdelikts, vgl. § 306b Abs. 2 Nr. 1 StGB. Hält sich in dem Haus und dessen Nähe während der Inbrandsetzung kein Mensch auf, ist die Brandstiftung nicht konkret lebensgefährdend, gleichwohl ein abstraktes Lebensgefährdungsdelikts, § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB. Diese Erklärung rekurriert auf ein System, dessen Nukleus das identische Rechtsgut ist: handelt es sich bei diesem z.B. um das „Leben“, wird durch das Verletzungsdelikts das Leben verletzt (ein Mensch getötet), durch das konkrete Gefährdungsdelikts das Leben konkret gefährdet (ein Mensch in konkrete Todesgefahr gebracht) und durch das abstrakte Gefährdungsdelikts eine potentielle Todesursache erzeugt, die das Leben konkret gefährden oder gar verletzen würde, wenn ein Mensch mit ihr in Berührung käme. Wenn man also von einem abstrakten Gefährdungsdelikts spricht, stellt man gedanklich stets eine Beziehung zum konkreten Gefährdungsdelikts und zum Verletzungsdelikts her und geht dabei davon aus, dass es dasselbe Rechtsgut ist, das verletzt, konkret gefährdet oder abstrakt gefährdet werden kann.

Das bedeutet im Kontext des § 219a StGB: wenn die Werbung ein abstraktes Gefährdungsdelikts wäre, schützt § 219a StGB ein Rechtsgut, dessen konkrete Gefährdung und Verletzung denkbar und – auf der Grundlage einer anderen Strafvorschrift – möglicherweise auch strafbar ist. Es ist offensichtlich, dass dieses Rechtsgut nur die Menschwerdung der Leibesfrucht sein kann.<sup>11</sup> Die Leibesfrucht ist noch kein Mensch und hat deshalb im juristischen Sinn noch kein „Leben“. Sie hat aber das Recht, ein Mensch zu werden und als solcher leben zu können. Dieses Rechtsgut wird durch § 218 StGB gegen Verletzung geschützt. Mit der Vernichtung des nasciturus wird die Geburt verhindert und das Recht auf Menschwerdung verletzt. Die Ähnlichkeit mit dem Rechtsgutsverletzungserfolg „Tod“ in §§ 211, 212, 216, 222 StGB ist unverkennbar. Konkrete Gefährdung dieses Rechtsguts wäre somit eine Tat, mit der die Gefahr des Absterbens des nasciturus vor Beginn der Geburt verursacht wird. Im typischen Fall der „bloß“ konkreten Gefährdung kommt das Kind lebend auf die Welt, wäre aber beinahe noch vor Einsetzen der

<sup>9</sup> Keines der unter Fn. 8 aufgeführten Lehrbücher nennt § 219a StGB im Kontext der Erläuterung des abstrakten Gefährdungsdelikts. Bezeichnend ist des Weiteren, dass § 219a StGB in den einschlägigen Monographien *Graul*, *Abstrakte Gefährdungsdelikts und Präsumtionen im Strafrecht*, 1991; *Wohlers*, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik „moderner“ Gefährdungsdelikts*, 2000; *Zieschang*, *Die Gefährdungsdelikts*, 1998, nicht erwähnt wird.

<sup>10</sup> *Walter*, in: *LK-StGB*, Bd. 21, 12. Aufl. (2007), vor § 13 Rn. 14.

<sup>11</sup> *Eser/Weißer*, in: *Schönke/Schröder*, *StGB*, vor § 218 Rn. 9.

Eröffnungswehen „gestorben“. Das StGB enthält keinen Tatbestand, der eine derartige konkrete Gefährdung pönalisiert.<sup>12</sup> Vorstellen kann man ihn sich, z. B. als Inhalt einer Strafvorschrift, die den Konsum fruchtschädigender Lebens-, Genuss- oder Betäubungsmittel, die Einnahme von Medikamenten mit fruchtschädigenden Wirkstoffen oder die Ausübung riskanter Sportarten oder sonstiger Tätigkeiten durch die schwangere Frau pönalisiert. Auch die Körperverletzung zum Nachteil einer schwangeren Frau könnte als konkrete Gefährdung einer Schwangerschaft – z. B. als zusätzliche Variante des § 224 Abs. 1 StGB – ausgestaltet werden.<sup>13</sup> Aber solche Straftatbestände gibt es im geltenden Recht nicht. Schon diese Lücke im strafrechtlichen Rechtsgüterschutz weckt Zweifel an der Existenz eines abstrakten Gefährdungsdelikts. Wieso sollte das Rechtsgut gegen Verletzung und abstrakte Gefährdung, nicht aber gegen konkrete Gefährdung geschützt sein? Ist nicht der Strafwürdigkeitsgehalt eines konkreten Gefährdungsdelikts (z. B. § 315 c Abs. 1 Nr. 1 StGB) höher als der eines abstrakten Gefährdungsdelikts (z. B. § 316 StGB)? Warum ist dann das Delikt mit der geringeren Strafwürdigkeit unter Strafdrohung gestellt, das Delikt mit der höheren Strafwürdigkeit dagegen nicht?

Der scheinbare Systembruch liegt aber tatsächlich nicht vor, weil – wie gesagt – § 219a StGB kein abstraktes Gefährdungsdelikt normiert. Im geltenden Strafrecht ist der nasciturus nicht nur gegen konkrete Gefährdung nicht strafrechtlich geschützt, sondern auch nicht gegen abstrakt gefährliche Handlungen. Wäre die in § 219a StGB beschriebene Tat ein abstraktes Gefährdungsdelikt, dann müsste sie das Potential zur konkreten Gefährdung und somit letztlich auch zur Verletzung des nasciturus haben. Sie müsste also zur Beinahe-Abtötung der Leibesfrucht im Mutterleib geeignet sein und diesen Erfolg im konkreten Fall nur deswegen nicht verursachen, weil bestimmte Umstände nicht vorliegen, die aber durchaus auch vorliegen könnten. Genannt seien die oben skizzierten Beispiele etwa der gefährlichen Sportart: von einer Schwangeren ausgeübt ist eine solche Unternehmung für die Leibesfrucht gefährlich und häufig tatsächlich konkret gefährdend. Im Einzelfall kann aber auf Grund glücklicher Umstände die Gefährdung ausbleiben, was an der abstrakten Gefährlichkeit nichts ändern würde. Die Werbung für Schwangerschaftsabbrüche kann aber unter keinen Umständen dazu führen, dass ein nasciturus unmittelbar in die Gefahr gebracht wird, vor Beginn der Geburt abzusterben. Um dieses Stadium zu erreichen, müssten weitere Handlungen vollzogen werden, die vom Tatbestand des § 219a StGB nicht mehr erfasst wären.

### 3. Objektive Zurechnung und abstraktes Gefährdungsdelikt

Die Vertreter der Auffassung, dass Werbung für Schwangerschaftsabbruch ein abstraktes Gefährdungsdelikt sei,

würden wahrscheinlich an den letzten Satz anknüpfend Folgendes vortragen: Werbung für Schwangerschaftsabbruch erhöht die Wahrscheinlichkeit, dass schwangere Frauen sich für einen Abbruch der Schwangerschaft entscheiden und daraufhin von einem Arzt ein Eingriff ausgeführt wird. Die Geburt wird also verhindert, ein ungeborener Mensch wird letztlich getötet und die Werbung dafür ist eine der Ursachen dieses Erfolges. Zudem ist die Tötung der Leibesfrucht keine atypische und zufällige, sondern die adäquate und vom Werbenden intendierte Folge. Die Werbung hat also sehr wohl das Potential der Gefährdung und Verletzung des geschützten Rechtsgutes. Dem ist zuzustimmen und dennoch macht dieses Potential die Werbung nicht zu einem abstrakten Gefährdungsdelikt. Denn wenn die konkret *folgenlose* Werbung als abstraktes Gefährdungsdelikt strafbar wäre, dann müsste der Werbende in allen Fällen einer Werbung *mit* anschließendem Schwangerschaftsabbruch wegen Verletzung des Rechtsgutes, also aus § 218 StGB, strafbar sein. Das ist er bei gem. § 218a StGB straflosen Schwangerschaftsabbrüchen zweifellos nicht und er ist es auch nicht bei Schwangerschaftsabbrüchen, die wegen Nichterfüllung der Voraussetzungen des § 218a StGB strafbar sind. Denn der Abbruchserfolg kann ihm objektiv nicht zugerechnet werden. Zwischen der Werbung und dem „Tod“ der Leibesfrucht stehen immer die Entscheidung der Schwangeren, die Entscheidung des den Abbruch durchführenden Arztes sowie die Ausführung des Schwangerschaftsabbruchs durch den Arzt unter Mitwirkung der Schwangeren.<sup>14</sup> Dieses eigenverantwortliche „Dazwischentreten“ ist nach h.M. ein unüberwindliches Zurechnungshindernis.<sup>15</sup> Relevant ist dieses Zurechnungshindernis nicht nur bei den Erfolgsdelikten. Es sollte auch bei jedem abstrakten Gefährdungsdeliktstatbestand, der von einem Erfolgsdelikt (Verletzungsdelikt, konkretes Gefährdungsdelikt) abgeleitet ist, relevant sein. Nur eine gefährliche Handlung, der im Erfolgseintrittsfalle die konkrete Gefährdung oder Verletzung des Rechtsgutes objektiv zugerechnet werden könnte, kann eine tatbestandsmäßige abstrakte Gefährdung sein. Diese Bedingung ist jedenfalls dann unverzichtbar, wenn man die Begriffe Verletzungsdelikt, konkretes Gefährdungsdelikt und abstraktes Gefährdungsdelikt als Teile eines konsistenten Systems versteht, bei dem die einzelnen Elemente so zueinander in Beziehung stehen, dass sie ein System bilden, das diesen Namen wirklich verdient und nicht eine bloße inkohärente Ansammlung von Einzelteilen ist.<sup>16</sup>

### 4. Wenn kein abstraktes Gefährdungsdelikt, was sonst?

Der hier vertretene Standpunkt ist nicht nur eine Abweichung von der herrschenden Auffassung zur Deliktsnatur des § 219a StGB. Er impliziert auch eine grundlegende Kritik an der mangelnden Kongruenz der allgemeinen Tatbestandslehre, die in Lehrbüchern zum Allgemeinen

<sup>12</sup> § 326 Abs. 1 Nr. 2 StGB, die einzige Vorschrift, die Fortpflanzungsgefährdung berücksichtigt, ist kein konkretes Gefährdungsdelikt, Heine/Schittenhelm, in: Schönke/Schröder, StGB, § 326 Rn. 1a.

<sup>13</sup> Führt die Verletzung einer Schwangeren zum Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit, ist § 226 Abs. 1 Nr. 1 StGB einschlägig.

<sup>14</sup> Allgemein zur Problematik von Taten, die erst wegen anschließenden deliktischen Verhaltens zum Teil eines rechtsgutsgefährdenden Geschehens werden Jakobs, ZStW 97 (1985), 751 (769 ff).

<sup>15</sup> Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, vor § 13 Rn. 100 ff.

<sup>16</sup> Nach Jakobs, ZStW 97 (1985), 751 (769) handelt es sich jedenfalls um eine „problematische Deliktsart“. Auch in diesem Text findet übrigens § 219a StGB keine Erwähnung.

Strafrecht entfaltet wird, mit der Masse der Straftatbestände im Besonderen Teil des Strafrechts einschließlich des Nebenstrafrechts. Der Besondere Teil wird in der Darstellung des Allgemeinen Teils nicht vollständig abgebildet. Nahezu jedes Lehrbuch zum Allgemeinen Teil enthält einen Abschnitt über „Arten der Tatbestände“<sup>17</sup> mit einem Unterabschnitt, in dem die Tatbestände nach dem Grad der jeweiligen Rechtsgutsbeeinträchtigung erläutert werden, wodurch der Eindruck eines geschlossenen Systems entsteht. Dieser Unterabschnitt enthält Verletzungsdelikte, konkrete Gefährdungsdelikte und abstrakte Gefährdungsdelikte.<sup>18</sup> Eine weitere Kategorie unterhalb der Stufe „abstraktes Gefährdungsdelikt“ findet sich jedoch nirgends. Folglich muss der gesamte Besondere Teil des Strafrechts in dieses dreigliedrige<sup>19</sup> Schema (Trias) eingeordnet werden können. Jede vollendete Straftat des geltenden Rechts muss entweder Verletzungsdelikt, konkretes Gefährdungsdelikt oder abstraktes Gefährdungsdelikt sein. Wenn das aber doch nicht so ist, dann ist das dreigliedrige Schema unvollständig. Es muss dann noch mindestens eine weitere Tatbestandsform geben, die nicht einmal das Element der abstrakten Gefährlichkeit aufweist, also einen noch geringeren Beeinträchtigungsgrad hat. Was für ein Tatbestand soll das sein? Gibt es eine noch schwächere Beeinträchtigungsintensität unterhalb des abstrakten Gefährdungsdelikts? Gibt es Straftaten ohne jedes Beeinträchtigungspotential? Wenn ja, warum schweigen die Lehrbücher des Allgemeinen Strafrechts dazu?

Die Recherche in StGB-Kommentaren deckt zahlreiche Tatbestände auf, deren Kommentierung entweder keine klare Zuordnung zu der Trias erkennen lässt oder sich eines extrem weiten Begriffs des abstrakten Gefährdungsdelikts kombiniert mit einer fragwürdigen Schutzgutsbestimmung bedient. Die Belohnung von Straftaten (§ 140 Nr. 2 StGB) wird im *Münchener Kommentar* als abstraktes Gefährdungsdelikt charakterisiert, das sich gegen den „Geltungsanspruch der Rechtsordnung“ richtet.<sup>20</sup> Der *Schönke/Schröder* sieht hingegen als geschützte Rechtsgüter den „öffentlichen Frieden“ sowie – mittelbar – „die in den von § 140 StGB in Bezug genommenen Tatbeständen geschützten Rechtsgüter“.<sup>21</sup> Ob der Grad der Beeinträchtigung dieser Rechtsgüter durch eine vollendete Tat Verletzung, konkrete Gefährdung oder abstrakte Gefährlichkeit ist, wird in der Kommentierung aber nicht thematisiert.<sup>22</sup> Ist die Belohnung eines begangenen (versuchten) Mordes (§ 140 Nr. 1 StGB i.V.m. § 138 Abs. 1 Nr. 5 StGB) ein abstraktes Lebensgefährdungsdelikt oder ein den öffentlichen Frieden abstrakt gefährdendes Delikt?

Ein anderer Problemfall ist die Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener, § 189 StGB. Weil bei diesem Tatbestand schon keine Einigkeit über das geschützte Rechtsgut zu erzielen ist,<sup>23</sup> äußert sich verständlicherweise auch niemand dazu, ob hier ein Rechtsgut verletzt, konkret gefährdet oder lediglich eine abstrakt rechtsgutsgefährdende Handlung vollzogen wird. Dieses Beispiel zeigt im Übrigen auch den Zusammenhang zwischen der Bestimmung der Beeinträchtigungsintensität und der Bestimmung des vom Straftatbestand geschützten Rechtsgutes.<sup>24</sup> Wo es nicht einmal gelingt, überhaupt ein Rechtsgut zu identifizieren, da wird auch kein Wort zur Trias Verletzungsdelikt, konkretes Gefährdungsdelikt oder abstraktes Gefährdungsdelikt verloren. Die Pönalisierung der Verbreitung tiernormographischer Schriften (§ 184a StGB) sei „Sanktionierung eines Tabubruchs und damit eines nur unmoralischen Verhaltens“.<sup>25</sup> Wie soll man nach dieser Festlegung noch sinnvoll etwas zu Verletzung oder Gefährdung sagen?<sup>26</sup>

Die Untersuchung könnte fortgesetzt und auf andere Straftatbestände im Besonderen Teil des StGB und im Nebenstrafrecht erstreckt werden. Der bis jetzt schon ernüchternde Befund erföhre dadurch keine Besserung, im Gegenteil. Weitere Fundstücke würden bestätigen, dass das Etikett „abstraktes Gefährdungsdelikt“ freigiebig verteilt wird, gefördert durch das Fehlen einer klaren und restriktiven Definition sowie durch die Erfindung von überindividuellen Zwischenrechtsgütern<sup>27</sup>, mit denen die große Kluft zwischen formell vollendeter Tat und Beeinträchtigung eines Individualrechtsgutes notdürftig kaschiert wird.<sup>28</sup> Wo selbst das nichts mehr hilft, wird das Gütesiegel „abstraktes Gefährdungsdelikt“ eben nicht verliehen.<sup>29</sup> Welche Art von Tatbestand dann vorliegt, bleibt offen, was anscheinend niemanden wirklich stört. Es stört niemanden, weil die Dogmatik des allgemeinen Strafrechts nicht als Instrument einer Strafrechtsbegrenzungswissenschaft, sondern als Instrument einer Strafrechtserklärungswissenschaft ohne kritischen Impetus verstanden wird. Selbst diese bescheidene Aufgabe bewältigt sie aber unzureichend, wie die allgemeine Tatbestandslehre in der Literatur zum Allgemeinen Teil gezeigt hat. Noch einmal: Wenn es im geltenden Strafrecht Delikte gibt, die nicht einmal Prokrustes dem Modell des abstrakten Gefährdungsdelikts zuordnen würde, dann müssen diese Delikte in einem Lehrbuch, das ein systematisches und lückenloses Spektrum der Tatbestände nach relevanten Kriterien abbilden soll, thematisiert werden und sie müssen irgendwie zu Verletzung, konkreter Gefährdung und abstrakter

<sup>17</sup> Roxin, AT I, § 10 H.

<sup>18</sup> Jescheck/Weigend, § 26 II 2; Roxin, AT I, § 10 Rn. 123.

<sup>19</sup> Die Zwischenform des sog. abstrakt-konkreten Gefährdungsdelikts kann hier unberücksichtigt bleiben, weil sie das System nicht in den Bereich unterhalb des abstrakten Gefährdungsdelikts ausdehnt.

<sup>20</sup> Hohmann, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 3. Aufl. (2017), § 140 Rn. 2, 3.

<sup>21</sup> Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, § 140 Rn. 1.

<sup>22</sup> Ebenso Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 140 Rn. 1.

<sup>23</sup> Vgl. die Aufzählung bei Eisele/Schittenhelm, in: Schönke/Schröder, StGB, § 189 Rn. 1: Ehre des Verstorbenen, Ehre von Angehörigen, Pietätsempfinden der Angehörigen, Pietätsgefühl der Allgemeinheit, öffentliches Interesse an für die gesellschaftliche Kommunikation notwendigen zutreffende Informationen über den Toten, postmortales Persönlichkeitsrecht eigener Art.

<sup>24</sup> Jakobs, ZStW 97 (1985), 751 (774).

<sup>25</sup> Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184a Rn. 1a.

<sup>26</sup> Anders Lackner/Kühl, StGB, § 184a Rn. 1, wo auf den Schutz Jugendlicher vor der Beeinträchtigung ihrer psychischen Entwicklung abgestellt, aber gleichwohl der Gefährdungs- oder Verletzungsgrad offengelassen wird.

<sup>27</sup> Beispielsweise „Funktionieren des Kapitalmarktes“ statt „Vermögen“, vgl. Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, § 264 a Rn. 1.

<sup>28</sup> Jakobs, ZStW 97 (1985), 751 (775).

<sup>29</sup> So z.B. zu §§ 183, 183a StGB bei Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 183 Rn. 1; § 183a Rn. 1; Wolters, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 3. Aufl. (2016), § 183 Rn. 1; § 183a Rn. 1.

Gefährlichkeit in Beziehung gesetzt werden. Diese Thematisierung findet nicht statt, auch nicht – *mea culpa* – im *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*.<sup>30</sup>

Was folgt daraus für § 219a StGB? Die Vorschrift hat momentan Angriffe auf ihre Existenz seitens der Strafrechtswissenschaft nicht zu befürchten. Denn diese verfügt über keinen strafrechtsbegrenzenden Begriff des abstrakten Gefährdungsdelikts. Das abstrakte Gefährdungsdelikt dient ihr als Rumpelkammer für alles, was der Gesetzgeber kriminalisiert hat, obwohl es kein Verletzungs- oder konkretes Gefährdungsdelikt ist. Aber selbst mit Strafvorschriften, denen der Kommentator das Etikett „abstraktes Gefährdungsdelikt“ nicht zu verleihen wagt, wird offenbar keine rote Linie überschritten. Dass es neben Verletzungs- konkreten Gefährdungs- und abstrakten Gefährdungsdelikten keine weiteren Straftaten geben kann, deren Beeinträchtigungsintensität noch schwächer ist als die des abstrakten Gefährdungsdelikts, ist eine vernünftige Aussage. Schade nur, dass sich die Strafrechtslehre zu ihr gegenwärtig nicht bekennt.

### III. Dogmatische Begründung der Strafflosigkeit nach Absatz 4

Mit der Regelung des Absatzes 4 sollen bestimmte Formen der Kommunikation über Schwangerschaftsabbruch straflos gestellt werden. Die Worte „gilt nicht“ haben zwar keine dogmatische Aussagekraft<sup>31</sup>, sind aber auch kein Novum im Strafrecht, wie §§ 86 Abs. 3 oder § 131 Abs. 2 StGB zeigen. Dass eine Norm nicht „gilt“, klingt – ähnlich wie „ist nicht anzuwenden“, §§ 131 Abs. 3, 184 Abs. 2 StGB – nach Geltungsbereichsrelevanz, vgl. §§ 2 bis 7 StGB. Gemeint ist aber wohl etwas anderes.<sup>32</sup> Zur Bestimmung der Rechtsnatur kommen Tatbestandsausschluss, Rechtfertigung oder besonderer Strafbarkeitsausschluss in Betracht. Viele halten vermutlich die Beschäftigung mit solchen Fragen für dogmatische Glasperlenpielerei ohne praktische Erheblichkeit. Praktisch interessant mag die dogmatische Qualifikation in der Tat nicht sein, wenn das Ergebnis der konkreten Fallbehandlung so oder so „straflos“ lautet. Aber jedenfalls in der Sphäre der Lehrbuchkriminalität lassen sich Ergebnisdivergenzen aufzeigen. Bekanntlich ist ein „Test“ der richtigen Platzierung im Straftataufbau die Überprüfung der Konsequenzen für Irrtum und Beteiligung.<sup>33</sup> Stellt sich ein Täter irrig vor, seine Tat erfülle die Voraussetzungen des § 219a Abs. 4 StGB, entfiele gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB sein Vorsatz, wenn diese Voraussetzungen zum objektiven Tatbestand gehörten. Dasselbe Ergebnis verbindet die herrschende eingeschränkte Schuldtheorie mit der Einordnung in die Klasse der Rechtfertigungsgründe. Etwas

schwieriger ist die Beurteilung unter der Prämisse, § 219a Abs. 4 StGB normiere einen besonderen Strafausschließungsgrund. Es gibt persönliche und sachliche Strafausschließungsgründe, wobei letztere recht seltene Exemplare mit geringem Aufmerksamkeitsfaktor sind.<sup>34</sup> § 326 Abs. 6 StGB ist ein Beispiel<sup>35</sup> und diesbezüglich ist es einhellige Auffassung, dass die subjektive Einstellung des Täters unerheblich ist. Die irrtümliche Annahme der Voraussetzungen hat also keine vorsatzausschließende Wirkung.<sup>36</sup> Bei besonderen persönlichen Strafausschließungsgründen wie dem Angehörigenprivileg des § 258 Abs. 6 StGB ist das Meinungsbild hinsichtlich der Berücksichtigung von Fehlvorstellungen diffus.<sup>37</sup> Vor allem die Qualifikation als sachlicher Strafausschließungsgrund würde sowohl die objektive Tatbestandsmäßigkeit als auch die Vorsätzlichkeit des Täterhandelns unberührt lassen. Das hätte die Konsequenz, dass im Falle der irrtümlichen Vorstellung von der Erfüllung der Voraussetzungen des § 219a Abs. 4 StGB zur Tatbegehung verwendete oder bestimmte Schriften gem. §§ 74, 74d StGB eingezogen werden könnten. Wenn dagegen bereits die objektive Tatbestandsmäßigkeit ausgeschlossen ist, entfällt schon aus diesem Grund die Einziehbarkeit bzw. im Falle irriger Annahme der Voraussetzungen des Tatbestandsausschlusses die Vorsätzlichkeit. Dann ist nicht nur die Tat straflos, sondern auch das zur Tatbegehung verwendete Werbematerial nicht einziehbar. Aber auch ungeachtet dieser Konsequenz ist der Vorsatzausschluss und somit – ihm vorgelegt – Verortung des § 219a Abs. 4 StGB im objektiven Tatbestand die richtige dogmatische Behandlung. Denn wer korrekte Informationen über nicht strafbare Schwangerschaftsabbrüche gibt, handelt nicht unrechtmäßig. Irrtümliche Annahme der Voraussetzungen des § 219a Abs. 4 StGB ist folglich gleichbedeutend mit dem Fehlen von Vorsatzunrecht.

Für die Strafbarkeit von Teilnehmern ist die Einordnung des § 219a Abs. 4 StGB im Straftataufbau insofern gleichgültig, als auf jeder der genannten Stufen die Strafflosigkeit auch dem Teilnehmer zugute kommt. Das trifft – anders als bei besonderen persönlichen Strafausschließungsgründen<sup>38</sup> – auch auf die Kategorie des sachlichen Strafausschließungsgrundes zu.<sup>39</sup> Unabhängig vom Standort im Deliktsaufbau könnte jedoch § 28 Abs. 2 StGB zu beachten sein. Wenn z. B. das Wort „Ärzte“ als besonderes strafausschließendes Merkmal zu verstehen sein sollte, würde die Strafbarkeit von teilnehmenden Nichtärzten unberührt bleiben. In den Dokumenten des Gesetzgebungsverfahrens finden sich ebenso wie in der bislang zu § 219a

<sup>30</sup> *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, § 6 Rn. 49-53.

<sup>31</sup> Zur lediglich indiziellen Bedeutung des Gesetzeswortlauts für die Einordnung im Deliktsaufbau *Walter*, in: LK-StGB, vor § 13 Rn. 189.

<sup>32</sup> Bei §§ 86 Abs. 3, 131 Abs. 2 StGB bedeutet „gilt nicht“ Ausschluss der objektiven Tatbestandsmäßigkeit *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 86 Rn. 17; *Sternberg-Lieben/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 131 Rn. 15.

<sup>33</sup> *Walter*, in: LK-StGB, vor § 13 Rn. 48.

<sup>34</sup> Nur dürre Bemerkungen in dem umfangreichen Lehrbuch zum Allgemeinen Teil von *Kühl*, 8. Aufl. (2017), § 12 Rn. 8; überhaupt keine Erwähnung z.B. bei *Wessels/Beulke/Satzger*, § 15: nur persönliche Strafausschließungsgründe.

<sup>35</sup> Nach verbreiteter Meinung auch § 37 StGB, vgl. *Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 37 Rn. 1.

<sup>36</sup> *Heine/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 326 Rn. 19.

<sup>37</sup> *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 16 Rn. 34.

<sup>38</sup> *Walter*, in: LK-StGB, vor § 13 Rn. 186.

<sup>39</sup> *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, § 19 Rn. 11; *Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 37 Rn. 1.

Abs. 4 StGB publizierten Literatur<sup>40</sup> dazu keine Angaben. Neuauflagen der StGB-Kommentare werden sich des Themas hoffentlich annehmen. Schon um der Strafflosigkeit möglichst breiten Raum zu verschaffen, also die verfehlte Strafnorm bestmöglich zu restringieren, ist die Anwendbarkeit des § 28 Abs. 2 StGB abzulehnen. Das ist zudem sachlich begründet. Der materielle Grund der Strafflosigkeit liegt nicht in Besonderheiten der Person des Hinweisenden, sondern beruht auf dem Inhalt des Hinweises: Informiert wird über Schwangerschaftsabbrüche, die nicht strafbar sind. Ob diese Information von einem Arzt oder einem Nichtarzt gegeben wird, macht keinen Unterschied. Richtigerweise müsste die Strafflosigkeit also auch auf Hinweisgeber erstreckt werden, die nicht Ärzte oder Angehörige von Krankenhäusern oder Einrichtungen sind. Dies lässt der Wortlaut nicht zu, wenn der Nichtarzt (Allein-)Täter ist. Als Teilnehmer an der von einem Arzt

begangenen Tat kann er aber durch § 219a Abs. 4 StGB straffrei gestellt werden. Anderenfalls könnte z. B. die absurde Situation entstehen, dass jeder Rechtsanwalt, der einem Arzt dabei hilft, eine juristisch „wasserdichte“ Textformulierung zu entwerfen, wegen Beihilfe zu § 219a Abs. 1 StGB zu bestrafen wäre.

#### IV. Schluss

*Monika Frommel* hat § 219a Abs. 4 StGB eine „rätselhafte Neuregelung“ genannt.<sup>41</sup> Inspiriert wurde diese zutreffende Bewertung zwar durch ganz andere Probleme als die, denen der vorliegende Text gewidmet ist. Aber dennoch passt dasselbe Urteil auch als Fazit zu den hier unternommenen Versuchen, § 219a StGB mit meiner Vorstellung von vernünftigem Strafrecht in Einklang zu bringen.

<sup>40</sup> *Berghäuser*, KriPoZ 2019, 82 ff.; *Dorneck*, medstra 2019, 137 ff.

<sup>41</sup> *Frommel*, JM 2019, 165.

## Bekämpfung der Organisierten Kriminalität in der digitalen Welt – Kritische Betrachtung des Referentenentwurfs zum IT-Sicherheitsgesetz 2.0 unter systematischen Gesichtspunkten

von Ass. iur. Nicole Selzer\*

### Abstract

Die vom Referentenentwurf vorgesehenen Änderungen, insbesondere die Anpassung der Strafrahmen der §§ 202a ff., 303a f. StGB sowie die Erweiterung um Qualifikationstatbestände, würden die Computer- und Internetdelikte von ihrem bagatellhaften Gewand befreien. Die Bekämpfung der Organisierten Kriminalität in der digitalen Welt würde hierdurch deutlich verbessert werden. Die Betrachtung des Referentenentwurfs unter systematischen Gesichtspunkten offenbart allerdings auch einigen Anpassungsbedarf.

*The draft bill for the IT-Security Law 2.0 would detach computer and Internet offences from their current petty appearance. The proposed amendments comprise adjustments of the penalty framework of §§ 202a et seq. and 303a et seq. of the German Penal Code (StGB) as well as aggravating facts. This would significantly improve the fight against organised crime in the digital world. However, a systematic examination of the draft bill reveals some need for adjustment.*

### I. De lege lata

#### 1. Computer- und Internetdelikte

Computer- und Internetdelikte werden weder juristisch noch kriminologisch einheitlich definiert, was unterschiedlichen Zwecken geschuldet ist.<sup>1</sup> Unter Computerkriminalität lassen sich jedoch alle Sachverhalte zusammenfassen, bei denen die elektronische Datenverarbeitung (EDV) als Tatmittel eingesetzt wird und/oder Tatobjekt ist.<sup>2</sup> Computerkriminalität im engeren Sinn umfasst alle strafbaren Handlungen, die durch den Einsatz der EDV erst ermöglicht werden bzw. einen wesentlichen Beitrag zur Tatausführung leisten. Hierzu zählen §§ 202a ff., 303a f. sowie §§ 263a und 269 StGB. Abzugrenzen sind diese von den Computerdelikten im weiteren Sinne, die aufgrund des Einsatzes der EDV effizienter ausgeführt werden können und herkömmliche Straftaten umfassen,<sup>3</sup> wie bspw. Urheberrechtsverletzungen (§§ 106, 108a

UrhG), Verletzung von Geschäftsgeheimnissen (§ 23 GeschGehG) aber auch Betrug (§ 263 StGB). Diese sich in der analogen Welt abspielenden Computerdelikte lassen sich von den sogenannten Internetdelikten (Cybercrime) unterscheiden. Internetdelikte im engeren Sinne sind Straftaten, die sich gegen das Internet, Datennetze, informationstechnische Systeme oder deren Daten richten.<sup>4</sup> Hierzu zählen alle Computerdelikte im engeren Sinne außer §§ 202d,<sup>5</sup> 263a und 269 StGB. Letztere zählen neben anderen, wie bspw. Erpressung (§ 253 StGB), Nachstellung (238 StGB) oder das Zugänglichmachen pornographischer Inhalte (§ 184d StGB) zu den Straftaten, die mittels dieser Informationstechniken wiederum effizienter begangen werden können und damit Internetdelikte im weiteren Sinne sind.<sup>6</sup>

Durch das Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität vom 15. Mai 1986<sup>7</sup> wurde in das Strafgesetzbuch unter Abschnitt 15 des Besonderen Teils (Verletzung des persönlichen Lebens- und Geheimbereichs) § 202a StGB (Ausspähen von Daten) und unter Abschnitt 27 (Sachbeschädigung) § 303a StGB (Datenveränderung) und § 303b StGB (Datensabotage) eingefügt. Hiermit sollte der gestiegenen Bedeutung des Wertes von Informationen und dem Umstand Rechnung getragen werden, dass § 202 Abs. 3 StGB lediglich die fixierten menschlichen Gedanken schützt, nicht aber den Übermittlungsprozess.<sup>8</sup> Das bloße Eindringen sollte nicht strafbar sein, sondern erst die Kenntnisnahme, Veränderung oder Beschädigung.<sup>9</sup> Durch das 41. Strafrechtsänderungsgesetz zur Bekämpfung der Computerkriminalität vom 7. August 2007<sup>10</sup> erfuhren die Normen eine Anpassung, so wurde § 202a Abs. 1 StGB durch den Zusatz „unter Überwindung der Zugangssicherung“ ergänzt. Während § 303a StGB durch das 41. StrÄndG nur eine geringfügige Veränderung erfahren hat, indem der neu eingefügte Abs. 3 für Straftaten nach Abs. 1 auf den neu eingefügten § 202c StGB verweist, wurde § 303b StGB weitreichender verändert. So wurde aus Abs. 1 Satz 1 der Bezug zu Datenverarbeitungsprozessen, die fremde Betriebe etc. betreffen,

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

<sup>1</sup> Bär, in: Wabnitz/Janovsky, Handbuch des Wirtschafts- und Strafrechts, 4. Aufl. (2014), S. 813 (820); Marbeth-Kubicki, Computer- und Internetstrafrecht, 2. Aufl. (2010), Rn. 50.

<sup>2</sup> Vgl. Bär, in: Wabnitz/Janovsky, S. 813 (820) m.w.N.; Marbeth-Kubicki, Rn. 50.

<sup>3</sup> Geschonneck, Computer-Forensik, 6. Aufl. (2014), Unterkap. 1.6; Marbeth-Kubicki, Rn. 188.

<sup>4</sup> Bär, DRiZ 2015, 432; BKA, Bundeslagebild Cybercrime 2017, S. 2; Ceffinato, JuS 2019, 337; Wernert, Internetkriminalität, 3. Aufl. (2017), S. 28.

<sup>5</sup> Da es sich hierbei um ein Anschlussdelikt handelt, zählt dieses Delikt aus Sicht der Autorin nicht zu den Internetdelikten i.e.S., a.A. Ceffinato, JuS 2019, 337 (338).

<sup>6</sup> Bär, DRiZ 2015, 432 (433); Ceffinato, JuS 2019, 337 (339 ff.); Wernert, S. 32; Marbeth-Kubicki, Rn. 188 ff.

<sup>7</sup> BGBl. I, 1986, S. 721.

<sup>8</sup> BT-Drs. 10/5058, S. 27; Graf, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 3. Aufl. (2017), § 202 Rn. 5; ders., § 202b Rn. 5.

<sup>9</sup> BT-Drs. 10/5058, S. 28; Graf, in: MüKo-StGB, Bd. 4, § 202a, Rn. 4, 6; a.A. Weidemann, in: BeckOK-StGB, 42. Aufl. (2019), § 202a Rn. 17; Fischer, StGB, 66. Aufl. (2019), § 202a Rn. 10a m.w.N.

<sup>10</sup> BGBl. I 2007, S. 1786.

herausgenommen und als Qualifikationstatbestand („Industrie-Datensabotage“) in Abs. 2 eingefügt. Abs. 1 wurde zudem durch eine neue Tatvariante – Nachteilzufügungsabsicht – ergänzt und der Strafraum für Abs. 1 auf Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe begrenzt. Eine wesentliche Änderung hat § 303b StGB durch den neu eingefügten Abs. 4 erfahren, der erstmals Strafzumessungsregeln für Computer- und Internetdelikte vorsah. Zudem wurde in Abs. 5 für Straftaten nach Abs. 1 ebenfalls ein Verweis auf § 202c StGB ergänzt. Mit dem 41. StrÄndG wurden neben den Änderungen der vorhan-

denen Normen aber auch neue Straftatbestände geschaffen, § 202b StGB (Abfangen von Daten) und § 202c StGB (Vorbereiten des Ausspähens und Abfangens von Daten). Der Strafraum von § 202c StGB wurde durch das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption vom 20. November 2015<sup>11</sup> von bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe auf bis zu zwei Jahre angehoben. § 202d StGB (Datenhehlerei) wurde durch das Gesetz zur Einführung einer Speicherpflicht und einer Höchstspeicherfrist für Verkehrsdaten vom 10. Dezember 2015<sup>12</sup> in das Strafgesetzbuch aufgenommen.

Tabelle 1: Computer- und Internetdelikte de lege lata

Delikt und Stadien	Strafgesetzbuch	Strafmaß	Besonderheiten
<b>Ausspähen von Daten</b>			
Vorbereitung	§ 202c	GS/-2J	Offizialdelikt, mangels konkretem Opfer abstraktes Gefährdungsdelikt Tätige Reue, §§ 202c II, 149 II, III
Versuch	–		
Vollendung	§ 202a	GS/-3J	relatives Antragsdelikt, § 205 I 2 Antragsrecht geht nicht auf Angehörige über, § 205 II 1 Legaldefinition Daten, § 202a II
Qualifikation	–		
Strafzumessung	–		
<b>Abfangen von Daten</b>			
Vorbereitung	§ 202c	GS/-2J	s.o.
Versuch	–		
Vollendung	§ 202b	GS/-2J	s.o. Subsidiarität ggü §§ 201, 202a
Qualifikation	–		
Strafzumessung	–		
<b>Datenhehlerei</b>			
Vorbereitung	–		
Versuch	–		
Vollendung	§ 202d	GS/-3J, Strafraum- anpassung, § 202d II	s.o. befugte Datenweitergabe, § 202d III
Qualifikation	–		
Strafzumessung	–		
<b>Datenveränderung</b>			
Vorbereitung	§§ 303a I, III, 202c	GS/-2J	s.o. Qualifikation, § 303b I Nr. 1, V
Versuch	§ 303a II	GS/-2J, § 49 I mgl.	relatives Antragsdelikt, § 303c
Vollendung	§ 303a I	GS/-2J	§ 303c
Qualifikation	§ 303b I Nr. 1 ▪ Datenverarbeitung von wesentlicher Bedeutung	GS/-3J	§ 303c
Strafzumessung	–		
<b>Datensabotage</b>			
Vorbereitung	§§ 303b I, V 202c	GS/-2J	s.o.
Versuch	§ 303b III	GS/-2J, § 49 I mgl.	§ 303c
Vollendung	§ 303b I	GS/-3J	§ 303c

<sup>11</sup> BGBl. I, 2015, S. 2025.

<sup>12</sup> BGBl. I, 2015, S. 2218.

Qualifikation	§ 303b II ▪ Industrie-Datensabotage	GS/-5J	§ 303c
Strafzumessung	§ 303b IV ▪ Vermögensverlust großen Ausmaßes ▪ gewerbsmäßig od. als Bandenmitglied ▪ Beeinträchtigung: Var. 1: Kritischer Infrastrukturen, Var. 2: innere/äußere Sicherheit der BRD	6M-10J	Offizialdelikt

Ausgehend von der Entscheidung des *BVerfG* vom 3. März 2004 handelt es sich um schwere Kriminalität, wenn die Strafnorm eine Höchststrafe von mehr als fünf Jahre androht,<sup>13</sup> bei einer Freiheitsstrafe bis fünf Jahre spricht man dagegen von mittlerer Kriminalität<sup>14</sup> und von leichter, wenn im Höchstmaß drei Jahre gefordert werden.<sup>15</sup> Der geringe Regelstrafrahmen von Freiheitsstrafe bis zu zwei bzw. drei Jahren oder Geldstrafe, mangelnde Strafbarkeit des Versuchs bei den §§ 202a ff. StGB und fehlende Qualifikationstatbestände zu gewerbs- oder bandenmäßiger Begehung (abgesehen von der Strafzumessungsregel in § 303b Abs. 4 Nr. 2 StGB) belegen den bagatellhaften Charakter<sup>16</sup> dieser Normen und die Orientierung am Einzeltäter. Darüber hinaus handelt es sich bei den §§ 202a, 202b, 202d, 303a, 303b StGB um relative Antragsdelikte, d.h. die Tat kann auch ohne Antrag aufgrund des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung verfolgt werden. Lediglich § 202c StGB ist ein Offizialdelikt. Dies führt zu dem seltsamen Ergebnis, dass Vorbereitungshandlungen zu Straftaten nach §§ 202a, 202b, 303a Abs. 1, 303b Abs. 1 StGB von Amts wegen verfolgt werden, bei Vollendung der Tat es aber im Beurteilungsspielraum der Staatsanwaltschaft liegt, ob ein besonderes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung besteht. Abschließend liefern sie wenige Anknüpfungspunkte für strafprozessuale Maßnahmen aufgrund des geringen Strafrahmens.<sup>17</sup> Zusammenfassend muss man feststellen: Die Computer- und Internetdelikte de lege lata spiegeln kaum das Bedrohungsszenario wider, dass durch Behörden und Medien gezeichnet wird, Überdramatisierung nicht ausgeschlossen. Sie eignen sich kaum zur positiven und negativen Generalprävention.<sup>18</sup>

## 2. Vergleich mit Delikten der analogen Welt

Vergleicht man die Computer- und Internetdelikte mit den Äquivalenten aus der analogen Welt, wird deutlich, dass letztgenannte teils erheblich schwerer mit Strafe bedroht sind, und zwar bereits im Grunddelikt.

Ausspähen und Abfangen von Daten (§§ 202a, 202b StGB) sind nach § 202 StGB (Verletzung des Briefgeheimnisses) aufgrund des Geheimhaltungsinteresses sowie der bis 1986 bestehenden Strafbarkeitslücke beim Übermittlungsstadium der Daten angegliedert.<sup>19</sup> Die Verletzung des Briefgeheimnisses ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bedroht, während Ausspähen und Abfangen von Daten mit einer Freiheitsstrafe bis zu drei bzw. zwei Jahren bedroht sind und damit ein deutlich höheres Strafmaß aufweisen. Systematisch und vom Wortlaut her entsprechen die §§ 202a, 202b StGB dem § 202 StGB<sup>20</sup>, umgangssprachlich spricht man beim Ausspähen und Abfangen von Daten aber auch von einem „Datendiebstahl“, sodass das Strafmaß für Diebstahl die Vergleichsgrundlage bilden könnte. Der Diebstahl ist gem. § 242 Abs. 1 StGB mit einer Freiheitsstrafe von bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe bedroht und weist damit wiederum ein deutlich höheres Strafmaß als §§ 202a, 202b StGB auf. Die Verletzung des Briefgeheimnisses steht in Tateinheit zum Diebstahl, wenn der Täter über Zueignungsabsicht verfügt.<sup>21</sup> § 202 StGB setzt tatbestandlich lediglich die Kenntnisnahme vom Inhalt des Briefes oder eines anderen Schriftstückes durch den Täter voraus. Zwar liegt ein Verschaffen des Zugangs i.S.d. §§ 202a Abs. 1, 202b StGB auch durch die bloße Kenntnisnahme von Daten vor, umfasst ist aber auch die Kopie der Daten.<sup>22</sup> Zudem genügt für § 202a StGB sogar die bloße Möglichkeit der Kenntnisnahme,<sup>23</sup> nicht aber die bloße

<sup>13</sup> *BVerfG*, Urt. v. 3.3.2004 – 1 BvR 2378/98, Rn. 238, 241.

<sup>14</sup> Anders § 100a Abs. 2 StPO – hiernach liegt schwere Kriminalität bereits bei einer Freiheitsstrafe bis 5 Jahre vor; *BVerfG*, Beschl. v. 12.10.2011 – 2 BvR 236, 237, 422/08, Rn. 147.

<sup>15</sup> *Kochheim*, Cybercrime und Strafrecht in der Informations- und Kommunikationstechnik, 2. Aufl. (2018), Rn. 58.

<sup>16</sup> Vgl. *BMI*, Referentenentwurf v. 27.3.2019, S. 82, abrufbar: <http://intrapol.org/wp-content/uploads/2019/04/IT-Sicherheitsgesetz-2.0-IT-SiG-2.0.pdf> (zuletzt abgerufen am 25.6.2019).

<sup>17</sup> Vgl. *BVerfG*, Urt. v. 3.3.2004 – 1 BvR 2378/98, Rn. 238, 241; *BVerfG*, Beschl. v. 12.10.2011 – 2 BvR 236, 237, 422/08, Rn. 147; *BMI*, Referentenentwurf v. 27.3.2019, S. 86.

<sup>18</sup> *BMI*, a.a.O.

<sup>19</sup> BT-Drs. 10/5058, S. 27; *Graf*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 4, 3. Aufl. (2017), § 202 Rn. 5; *ders.*, § 202b Rn. 5.

<sup>20</sup> Obwohl § 202b StGB die Lücke der §§ 201, 201a StGB schließt und einen deutlichen höheren Strafrahmen als § 202 StGB aufweist, vgl. *Heger*, in: *Lackner/Kühl-StGB*, 29. Aufl. (2018), § 202b Rn. 1; *Eisele*, in: *Schönke/Schröder-StGB*, 30. Aufl. (2019), § 202b Rn. 1.

<sup>21</sup> *BGH*, NJW 1977, 590; *Fischer*, StGB, § 202 Rn. 16.

<sup>22</sup> *Schmitz*, JA 1995, 473 (483); *Fischer*, StGB, § 202a Rn. 11; *Graf*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 4, § 202a Rn. 57; *Weidemann*, in: *BeckOK-StGB*, § 202b Rn. 9; *Graf*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 4, § 202b Rn. 16.

<sup>23</sup> *Graf*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 4, § 202a Rn. 62; *Gercke*, in: *Esser/Rübenstahl/Saliger/Tsamikakis*, Wirtschaftsstrafrecht, 2017, § 202a Rn. 21; *Fischer*, StGB, § 202b Rn. 5.

Möglichkeit des Zugangs.<sup>24</sup> Damit wie beim Diebstahl durch die Wegnahme eine Entreichung beim Opfer eintritt, müssten die Daten nicht nur kopiert, sondern auch gelöscht werden, sonst liegt nur eine „Ausnahme“ vor. Damit bewegen sich die §§ 202a, 202b StGB zwischen § 202 StGB und § 242 StGB, was erklären könnte, warum sich ebenfalls das Strafmaß für §§ 202a, 202b StGB dazwischen bewegt. Der höhere Strafrahmen für § 202a StGB im Vergleich zu § 202b StGB, begründet sich durch das Erfordernis, eine Zugangssicherung zu überwinden, die das Geheimhaltungsinteresse markiert. Dies setzt wiederum mehr voraus als der Diebstahl, der beim Bruch des Gewahrsams auch ohne den Willen des Gewahrsamsinhabers verwirklicht wird.<sup>25</sup> Hier zeigt sich, dass dem Verlust von körperlichen Gegenständen noch deutlich mehr Gewicht beigemessen wird, als dem „Verlust“ von Daten, obwohl Daten als „Gold“<sup>26</sup>, „Öl“<sup>27</sup> oder „Rohstoff“<sup>28</sup> des 21. Jahrhunderts gehandelt werden. Daten sind wirtschaftlich relevant, sie bedeuten einen Wissensvorsprung und begründen ein Geheimhaltungsinteresse, weshalb eine Verwirklichung der §§ 202a, 202b StGB viel schwerer wiegen kann als eine Verwirklichung des § 242 StGB.<sup>29</sup> Im Gegensatz zu den §§ 202, 202a und 202b StGB wird im Rahmen des Diebstahls durch Regelbeispiele und Qualifikationen auch das erhöhte Unrecht, u.a. die gewerbsmäßige Begehung (§ 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 StGB) und der (schwere) Bandendiebstahl (§ 244 Abs. 1 Nr. 2, §§ 244a Abs. 1 Var. 1 i.V.m. 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 StGB), unter Strafe gestellt. Auch sieht der Diebstahl die Strafbarkeit des Versuchs vor. Mit § 202c StGB wird die Strafbarkeit des Ausspähen und Abfangens von Daten zwar deutlich vorverlagert, der Versuch ist aber nicht strafbar. Sowohl beim Diebstahl (gem. § 248a StGB) als auch beim Ausspähen und Abfangen von Daten (gem. § 205 Abs. 1 S. 2 StGB) handelt es sich um relative Antragsdelikte. Beim Diebstahl ist im Gegensatz zu den Computer- und Internetdelikten nur dann ein relatives Antragsdelikt gem. § 248a StGB gegeben, wenn das Tatobjekt eine geringwertige Sache ist. In allen übrigen Fällen handelt es sich um ein Officialdelikt mit Ausnahme vom Haus- und Familiendiebstahl, § 247 StGB (absolutes Antragsdelikt). Auch geht bei §§ 202a, 202b StGB das Antragsrecht bei einem Todesfall gem. § 205 Abs. 2 S. 1 StGB nicht auf die Angehörigen über, was nicht einmal bei der Verletzung des Briefgeheimnisses der Fall ist.

Gegenüber der herkömmlichen Hehlerei (§ 259 StGB), weist die Datenhehlerei gem. § 202d StGB mit einer Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren oder Geldstrafe ein deutlich geringeres Strafmaß als § 259 Abs. 1 StGB mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe auf. Zudem ist nur bei der Hehlerei der Versuch strafbar. Angesichts

der erheblichen Vorverlagerung der Strafbarkeit des Ausspähen und Abfangens von Daten, müsste die versuchte Datenhehlerei erst recht strafbar sein. Bei beiden Delikten handelt es sich um relative Antragsdelikte (§§ 259 Abs. 2, 248a; § 205 Abs. 1 S. 2 StGB), abgesehen von § 247 StGB und der Begrenzung im Todesfall, § 205 Abs. 2 S. 1 StGB. Wie auch beim Diebstahl erfordert die Hehlerei nur bei Geringwertigkeit des Tatobjekts einen Strafantrag. Zudem sehen die §§ 260, 260a StGB Qualifikationstatbestände für die gewerbsmäßige Hehlerei, Bandenhehlerei und die gewerbsmäßige Bandenhehlerei vor. Hierdurch soll, wie auch bei den Diebstahlsdelikten, der erhöhten Gefährlichkeit durch Gruppierungen der Organisierten Kriminalität Rechnung getragen werden.<sup>30</sup> Abschließend darf bei der Datenhehlerei die Strafe nicht schwerer sein als die für die Vortat angedrohte Strafe, ein typisches Merkmal der Anschlussdelikte §§ 257 f. StGB, auf das bei § 259 StGB aufgrund des begrenzten Deliktsbezuges jedoch verzichtet werden konnte. Zudem ist die befugte Datenweitergabe geregelt, was der Hehlerei fremd ist.

Einzig beim Vergleich der Sachbeschädigung gem. § 303 StGB mit der Datenveränderung und Computersabotage ergibt sich bezüglich des Strafrahmens und möglicher Erschwerungsgründen ein anderes Bild. Die Sachbeschädigung und Datenveränderung sehen beide einen Strafrahmen von Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren vor. Die Strafanordnung bei der Computersabotage ist mit drei Jahren allerdings höher angesetzt und normiert zugleich den Strafrahmen für die Qualifikation in §§ 303a, 303b Abs. 1 Nr. 1 StGB. § 303b Abs. 4 StGB sieht für besonders schwere Fälle eine Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren vor, bspw. für die gewerbs- oder bandenmäßigen Begehung oder wenn die Versorgung der Bevölkerung mit lebenswichtigen Gütern oder Dienstleistungen oder die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt wird. Die Formulierung lässt auf den Schutz Kritischer Infrastrukturen schließen, vgl. § 2 Abs. 10 Nr. 1 BSI. Angriffe auf Kritische Infrastrukturen sind deshalb so bedeutsam, weil nachhaltige und langfristige Schäden für die gesamte Gesellschaft drohen,<sup>31</sup> deswegen werden sie auch als Lebensadern der Gesellschaft bezeichnet.<sup>32</sup> Für alle drei Delikte ist der Versuch strafbar und ein Strafantrag relativ erforderlich, § 303c StGB.

### 3. Anknüpfungspunkte zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität

Betrachtet man die Computer- und Internetdelikte *de lege lata*, wird deutlich, dass diese auf Einzelstrafäter ausgerichtet sind. Dies spiegelt die Entwicklung der letzten

<sup>24</sup> Gercke, in: Esser/Rübenstahl/Saliger/Tsambikakis, § 202a Rn. 20. Vgl. Ceffinato, JuS 2019, 337 (338).

<sup>26</sup> Dierig, Welt, Interview mit Matthias Hartmann v. 29.4.2014, abrufbar: <https://www.welt.de/wirtschaft/article127418980/Daten-sind-das-Gold-des-21-Jahrhunderts.html> (zuletzt abgerufen am 25.6.2019).

<sup>27</sup> World Economic Forum, Personal Data: The Emergence of a New Asset Class, 2011, S. 5 (Teilzitat von Meglena Kuneva, abrufbar: [http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_ITTC\\_PersonalDataNewAsset\\_Report\\_2011.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_ITTC_PersonalDataNewAsset_Report_2011.pdf) (zuletzt abgerufen am 25.6.2019)).

<sup>28</sup> Dpa, Heise online, Meldung v. 2.11.2015, Merkel: Daten sind Rohstoffe des 21. Jahrhunderts, <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Merkel-Daten-sind-Rohstoffe-des-21-Jahrhunderts-2867735.html> (zuletzt abgerufen am 25.6.2019).

<sup>29</sup> BMI, Referentenentwurf v. 27.3.2019, S. 82.

<sup>30</sup> Bosch, in: Schönke/Schröder, § 244a Rn. 1; Schmitz, in: MüKo-StGB, Bd. 4, § 244a Rn. 1f.; Hecker, in: Schönke/Schröder, § 260a Rn. 1; Maier, in: MüKo-StGB, Bd. 4, § 260a Rn. 1.

<sup>31</sup> Helmbrecht, in: Kloepfer, Schutz kritischer Infrastrukturen (2010), S. 39 (41); BSI, UP KRITIS 2014, S. 29.

<sup>32</sup> BMI, Umsetzungsplan KRITIS 2007, S. 4; BSI, UP KRITIS 2014, S. 29.

Jahre nicht wider.<sup>33</sup> Lediglich die Strafzumessungsregeln zur Datensabotage gem. § 303b Abs. 4 StGB zählen in den Bereich der schweren Kriminalität<sup>34</sup> und bieten durch die gewerbs- oder bandenmäßige Begehung<sup>35</sup> einen Anknüpfungspunkt, um die erhöhte Gefährlichkeit von Gruppierungen der Organisierten Kriminalität zu adressieren. Abgesehen hiervon eignen sich die Internetdelikte i.e.S. in ihrer gegenwärtigen Fassung nicht zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität. Das Strafrecht bleibt insoweit hinter den Anforderungen, die die Realität stellt, aktuell zurück. Es kommt allenfalls die Anknüpfung an die Verwertungshandlung – die Monetarisierung der Daten – in Betracht. Fraglich ist jedoch, ob diese von der gleichen Tätergruppe verübt wird und damit eine entsprechende Strafverfolgung möglich ist.

## II. De lege ferenda

### 1. Referentenentwurf des IT-Sicherheitsgesetz 2.0 unter besonderer Berücksichtigung der Bekämpfung Organisierter Kriminalität in der analogen Welt

Am 12. März 2018 wurde der Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD unterschrieben und damit das Vorhaben gefasst, das IT-Sicherheitsgesetz weiterzuentwickeln.<sup>36</sup> Seit dem 27. März 2019 liegt der Referentenentwurf des Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat vor. Der Entwurf umfasst erstmalig Änderungen zum Strafgesetzbuch,<sup>37</sup> denen sich dieser Beitrag ausschließlich widmet.

Zu konstatieren ist im Allgemeinen, dass einige Straftatbestände, Qualifikationstatbestände und Strafzumessungsregeln neu geschaffen und das Strafmaß angepasst wurde. Im Einzelnen wurde in Abschnitt zwei des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches (Landesverrat und Gefährdung der äußeren Sicherheit) in § 99 Abs. 2 StGB-E die Strafzumessungsregel erweitert. Da es sich hierbei um geheimdienstliche Agententätigkeit handelt, die also keinen Bezug zur Organisierten Kriminalität aufweist, wird die Norm im Folgenden nicht weiter berücksichtigt.

Betreiber von Plattformen, die auf die Förderung, Ermöglichung oder Erleichterung illegaler Zwecke ausgerichtet sind, können bislang nur unzureichend strafrechtlich verfolgt werden,<sup>38</sup> weshalb seit Anfang des Jahres die Einführung eines entsprechenden Paragraphen diskutiert wird.<sup>39</sup> Der Referentenentwurf greift den Entwurf (BR-

Drs. 33/1/19) unverändert auf, wonach im siebten Abschnitt des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches (Straftaten gegen die öffentliche Ordnung) nach § 126 StGB (Störung des öffentlichen Friedens durch Androhung von Straftaten) § 126a StGB-E (Zugänglichmachen von Leistungen zur Begehung von Straftaten) eingefügt werden soll. Die vorgeschlagene Norm wird auch als „Darknet-Paragraf“ bezeichnet. Aufgrund der Weite des Tatbestandes handele es sich aber gerade nicht um einen bloßen „Darknet-Paragrafen“ und wird deswegen äußerst kritisch gesehen.<sup>40</sup> Die Norm sieht einen Regelstrafrahmen von Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe vor und für die qualifizierte Begehung (gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande) eine Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren.

Die am weitest reichenden Änderungen zeigen sich im 15. Abschnitt des Besonderen Teils. Nach § 202d StGB sollen § 202e StGB-E (Unbefugte Nutzung informationstechnischer Systeme) und § 202f StGB-E (Besonders schwerer Fall einer Straftat gegen die Vertraulichkeit oder Integrität informationstechnischer Systeme) eingefügt werden. § 202e StGB-E wird umgangssprachlich auch als „digitaler Hausfriedensbruch“ bezeichnet und ist kein unbekanntes Konzept. Bereits im Jahre 2016 wurde § 202e StGB-E durch den Bundesrat eingebracht,<sup>41</sup> um die Infiltration von informationstechnischen Systemen, insbesondere zur Bildung sogenannter Botnetze, unter Strafe zu stellen.<sup>42</sup> Dies ist nach Auffassung des Bundesrates mangels nachweisbarer Überwindung von Zugangssicherungen durch § 202a StGB nicht gedeckt.<sup>43</sup> Während die Bundesregierung sich 2016 noch deutlich gegen die Einführung aussprach,<sup>44</sup> prüfte sie 2018 aufgrund neuerer Entwicklungen, ob gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht.<sup>45</sup> Die Fachwelt steht der Einführung bislang eher ablehnend gegenüber.<sup>46</sup> Die 2016er Fassung des 202e StGB-E findet sich in der aktuellen Fassung des Referentenentwurfs verkürzt; Abs. 2 wurde ersatzlos gestrichen und die Erschwerungsgründe der Abs. 3 und 4 sind in den neuen § 202f StGB-E eingeflossen und sollen über § 202e StGB-E hinaus Gültigkeit für § 202a ff. StGB entwickeln.<sup>47</sup> In § 202f Abs. 1-3 StGB-E finden sich Qualifikationstatbestände und in den Abs. n 4 und 5 Strafzumessungsregeln, wobei Abs. 5 wortgleich zu der Strafzumessungsregel in § 99 Abs. 2 StGB-E ist. § 202f StGB-E umfasst Erschwerungsgründe für die professionelle Tatbegehung verschiedener Akteure; die Nutzung einer großen Anzahl informationstechnischer Systeme; spezifische

<sup>33</sup> Vgl. BKA, Bundeslagebild Organisierte Kriminalität, 2017, S. 5, 38; ders., 2016, S. 5, 10, 36; Bulanova-Hristova et al., Cyber-OC – Scope and manifestations in selected EU member states, (2016), S. 224.

<sup>34</sup> Angesichts der derzeitigen Erfassung von Cybercrime im Bundeslagebild, scheint der Strafrahmen – anders als sonst – für das BKA nicht maßgeblich dafür zu sein, ob die Straftat einzeln oder in der Gesamtheit von erheblicher Bedeutung ist.

<sup>35</sup> Der Bandenbegriff lässt sich auch auf die digitale Welt übertragen, vgl. Zeh, in: Stiftung der Hessischen Rechtsanwaltschaft, Die Internetkriminalität boomt, Bd. 8, 2017, S. 1 (8).

<sup>36</sup> Koalitionsvertrag, 19. Legislaturperiode, Zeile 1905, 1969f., 5872f., abrufbar: [https://www.bundestag.de/resource/blob/543200/9f9f21a92a618c77aa330f00ed21e308/kw49\\_koalition\\_koalitionsvertrag-data.pdf](https://www.bundestag.de/resource/blob/543200/9f9f21a92a618c77aa330f00ed21e308/kw49_koalition_koalitionsvertrag-data.pdf) (zuletzt abgerufen am 25.6.2019).

<sup>37</sup> BMI, Referentenentwurf v. 27.3.2019, S. 28 (Art 4).

<sup>38</sup> A.a.O., S. 78.

<sup>39</sup> Vgl. BR-Drs. 33/19, 33/1/19.

<sup>40</sup> Vgl. Rückert, Beitrag vom 15.3.2019 auf lto.de, abrufbar: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bundesrat-strafrecht-fuer-darknet-strafbarkeitsluecke-kriminalisierung/> (zuletzt abgerufen am 25.6.2019); Oehmichen/Weißberger, KriPoZ 2019, 174 (175ff.).

<sup>41</sup> BR-Drs. 338/16.

<sup>42</sup> A.a.O., S. 2.

<sup>43</sup> A.a.O., S. 5.

<sup>44</sup> BT-Drs. 18/10182, S. 19 f. (Anl. 2).

<sup>45</sup> BT-Drs. 19/1716, S. 19 (Anl. 2).

<sup>46</sup> Vgl. Graf, in: MüKo-StGB, Bd. 4, § 202a, Rn. 8; Basar, jurisPR-StrafR 26/2016 Anm. 1; Golla, in: Stiftung der Hessischen Rechtsanwaltschaft, S. 153 (164ff., 177); Kahler/Hoffmann-Holland, KriPoZ 2018, 267 (268, 275); Brodowski, ZIS 2019, 49 (61); Oehmichen/Weißberger, KriPoZ 2019, 174 (175).

<sup>47</sup> Vgl. BT-Drs. 19/1716, S. 9 f.

Schädigungsabsichten; die Beeinträchtigung Kritischer Infrastrukturen; die Verletzung des Kernbereichs privater Lebensgestaltung und den Geheimnisschutz (s. *detailliert Tab. 2*). Das Strafmaß für Abs. 1 beträgt Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren. Abs. 2 und 3 sehen dagegen eine Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr vor, während Abs. 4 den minderschweren Fall regelt und Abs. 5 für die Regelbeispiele eine Freiheitsstrafe von ei-

nem Jahr bis zu zehn Jahre vorsieht.

Sodann soll der Regelstrafrahmen der §§ 202a Abs. 1, 202b Abs. 1, 202c Abs. 1, 202d Abs. 1, 303a Abs. 1 und 303b Abs. 1 StGB einheitlich auf Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe angehoben werden. § 303b Abs. 2 StGB soll künftig eine Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren vorsehen.

Tabelle 2: Änderungen der Computer- und Internetdelikte durch das IT-SiG 2.0-E

Delikt & Stadien	Strafgesetzbuch	Strafmaß	Besonderheiten
<b>Zugänglichmachen von Leistungen zur Begehung von Straftaten</b>			
Vorbereitung	–		
Versuch	–		
Vollendung	§ 126a I	GS/-5J Strafrahmen- anpassung, § 126a II	Offizialdelikt Strafbarkeitsausschluss, § 126a IV Subsidiarität
Qualifikation	§ 126a III ▪ gewerbs- oder bandenmäßige Begehung	6M-10J	Offizialdelikt
Strafzumessung	–		
<b>Ausspähen von Daten</b>			
Vorbereitung	§ 202c	GS/-5J	Offizialdelikt Qualifikationen, § 202f (s.u.)
Versuch	–		✓ § 202f II, III (Offizialdelikt) begrenzte Strafrahmenverschiebung, § 202f IV, 50
Vollendung	§ 202a	GS/-5J	relatives Antragsdelikt, § 205 I 2
Qualifikation	<b>§ 202f I</b> ▪ Nr. 1 a) fremde Macht b) gewerbsmäßig c) bandenmäßig ▪ Nr. 3 Absicht a) Gefahr für öffentliche Sicherheit b) gemeingef. Straftat c) bes. schw. Straftat gg Umwelt herbeizuführen, zu ermöglichen <b>§ 202f II</b> ▪ Schädigungsabsicht Kritische Infrastrukturen i.S.d. § 2 X BSiG <b>§ 202f III</b> ▪ Nr. 1: Nachteilszufügungsabsicht Kernbereich privater Lebensgestaltung ▪ Nr. 2: gewerbsmäßig Bandenbegehung	6M-10J           >1J           >1J	Offizialdelikt, da für § 202f I keine Anpassung des § 205 I 2 Qualifikationen gelten für § 202c mit Ausnahme von § 202f III Nr. 1 Versuchsstrafbarkeit, s.o.
Strafzumessung	§ 202f IV ▪ minder schwerer Fall für § 202f II, III § 202f V Nr. 1-4 ▪ bes. schwerer Fall wohl bzgl. § 202f I Nr. 1, 3 Nr. 1: fremde Geheimnisse Nr. 2: Missbrauch geheimhaltungspflichtiger Stellen	6M-10J           1J-10J	Offizialdelikt, da § 202f II, III Verbrechen           Offizialdelikt, zwar kein Verbrechen aber keine Anpassung des § 205 wohl (fehlender konkreter Bezug!) bes. schwerer Fall einer Qualifikation

	Nr. 3: Eindringen in derartige Systeme Nr. 4: Gefahr schwerer Nachteile für BRD		
<b>Abfangen von Daten</b>			
Vorbereitung	s. Ausspähen von Daten		
Versuch			
Vollendung			
Qualifikation			
Strafzumessung			
<b>Datenhehlerei</b>			
Vorbereitung	–		
Versuch	–		✓ § 202f II, III
Vollendung	§ 202d	GS/-5J Strafrahmen- anpassung, § 202d II	unverändert zur lex lata
Qualifikation	s. Ausspähen von Daten		
Strafzumessung			
<b>Unbefugte Nutzung informationstechnischer Systeme</b>			
Vorbereitung	–		
Versuch	§ 202e II	GS/-1J, § 49 I mgl.	Offizialdelikt, außer § 202e V (Angehörige/Vormund/Betreuer/ häusliche Gemeinschaft – absolutes Antragsdelikt)
Vollendung	§ 202e I Nr. 1-3	GS/-1J	Offizialdelikt, außer § 202e V Subsidiarität Strafbarkeitsausschluss, § 202e I 2 Legaldefinition informationstechni- sche Systeme, § 202e III
Qualifikation	s. Ausspähen von Daten, aber: ▪ statt § 202f I Nr. 3 -> Nr. 2 (Zugang/Nut- zung/Beeinflussung großer Anzahl infor- mationstechnischer Systeme) ▪ nur § 202f III Nr. 2		Offizialdelikt, außer § 202e V
Strafzumessung	s. Ausspähen von Daten, allerdings bezieht sich § 202f V Nr. 1-4 auf § 202f I Nr. 1, 2		
<b>Datenveränderung</b>			
Vorbereitung	§§ 303a I, III, 202c	GS/-5J	unverändert zur lex lata
Versuch	§ 303a II	GS/-5J, § 49 I mgl.	
Vollendung	§ 303a I	GS/-5J	
Qualifikation	§ 303b I Nr. 1	GS/-5J	erhöhtes Unrecht bildet Strafrahmen nicht mehr ab
Strafzumessung	–		
<b>Datensabotage</b>			
Vorbereitung	§§ 303b I, V 202c	GS/-5J	unverändert zur lex lata
Versuch	§ 303b III	GS/-5J, § 49 I mgl.	
Vollendung	§ 303b I	GS/-5J	
Qualifikation	§ 303b II	6M-5J	
Strafzumessung	§ 303b IV	6M-10J	

Durch den Referentenentwurf würden die Computer- und Internetdelikte ihren bagatellhaften Charakter verlieren, ebenso die Orientierung ausschließlich am Einzeltäter. Hinsichtlich der Grunddelikte §§ 202a, 202b, 202d, 303a, 303b StGB verbliebe es allerdings beim relativen Antragsdelikt sowie insgesamt bei dem Erlöschen des Antragsrechts mit dem Tod auch für Angehörige. Unverändert wäre ebenfalls die Straflosigkeit des Versuchs für die Grunddelikte §§ 202a, 202b, 202d StGB. Durch die Erhöhung der Strafrahmen und eine entsprechende Anpassung der §§ 100a, 100b und 100g StPO<sup>48</sup> würden Anknüpfungspunkte für strafprozessuale Maßnahmen deutlich ausgebaut werden.

## 2. Vergleich mit Delikten der analogen Welt

Die Norm § 126a StGB-E sieht einen Regelstrafrahmen von Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe vor und für die qualifizierte Begehung (gewerbs- oder bandenmäßig) Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren. Dagegen sieht § 126 StGB lediglich eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe vor. Weder im Regelungsinhalt noch in der Systematik knüpft § 126a StGB-E an § 126 StGB an. Im Gesetzesantrag von Nordrhein-Westfalen in der ursprünglichen Fassung vom 18. Januar 2019 war dies noch anders.<sup>49</sup> Vergleichbar mit § 126a StGB-E ist dagegen § 184d StGB, der unter Verweis auf die §§ 184 – 184c StGB die Zugänglichmachung pornographischer Inhalte mittels Rundfunk und Telemedien (i.S.d. § 1 Abs. 1 S. 1 TMG) unter Strafe stellt. Im Hinblick auf die Zugänglichmachung über das Internet können sich die Tatbestände zum Beispiel hinsichtlich Kinderpornografie überschneiden, insoweit würde dann § 184d StGB in Verbindung mit § 184b Abs. 1 Nr. 2 StGB einen Spezialfall des § 126a StGB-E (nämlich zum Zwecke des § 184b Abs. 3 StGB) regeln. Wie § 126 StGB sieht § 184d StGB ebenfalls lediglich einen Regelstrafrahmen von Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe vor. Anders als in § 126 StGB ist in §§ 184b Abs. 2, 184c Abs. 2 StGB aber die gewerbs- und bandenmäßige Begehung als Qualifikationstatbestand vorgesehen. Die Freiheitsstrafe reicht bei § 184b Abs. 2 StGB von sechs Monaten bis zu zehn Jahren und bei § 184c Abs. 2 StGB von drei Monaten bis zu fünf Jahren, sodass diesbezüglich Vergleichbarkeit gegeben wäre. Im siebten Abschnitt des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches handelt es sich bei allen Strafvorschriften um Officialdelikte, außer beim Hausfriedensbruch<sup>50</sup> (§ 123 StGB) und beim Verstoß gegen Weisungen während der Führungsaufsicht (§ 145d StGB). Bei diesen Delikten handelt es sich um absolute Antragsdelikte. Auch die §§ 184 – 184d StGB sind als Officialdelikte ausgestaltet. Da der Referentenentwurf hinsichtlich § 126a StGB-E keine Angaben zum Strafantragserfordernis enthält, ist davon auszugehen, dass es

sich bei § 126a StGB-E auch um ein Officialdelikt handeln soll.

Durch die Anpassung des Regelstrafrahmens der §§ 202a – 202c StGB und durch die Erweiterung um Qualifikationstatbestände und Strafzumessungsregeln nach § 202f StGB-E stehen die Straftatbestände für die digitale Welt denen für die analoge Welt lediglich noch hinsichtlich der Strafbarkeit des Versuchs und des Strafantragserfordernis für die Grunddelikte nach.

Auch bei der Datenhehlerei (§ 202d StGB) sieht der Referentenentwurf hinsichtlich des Strafrahmens sowohl für das Grunddelikt als auch für die Qualifikation bzw. die Strafzumessung eine Anpassung an §§ 259, 260, 260a StGB vor. Unterschiede bestehen weiterhin bzgl. der Strafbarkeit des Versuchs. Für das Grunddelikt (§ 202d StGB) sowie für die gewerbs- und bandenmäßig begangene Datenhehlerei (§§ 202d, 202f Abs. 1 Nr. 1 lit. b, c StGB-E) ist der Versuch anders als in § 259 Abs. 3, 260 Abs. 2 StGB nicht strafbar. Dagegen ist aufgrund der Qualifizierung als Verbrechen die gewerbsmäßige Bandendatenhehlerei (§§ 202d, 202f Abs. 3 Nr. 2 StGB-E) nach dem Referentenentwurf im Versuch strafbar, genauso wie die Datenhehlerei in Bezug auf den Kernbereich der privaten Lebensgestaltung (§§ 202d, 202f Abs. 3 Nr. 1 StGB-E). Gleiches gilt bei der Absicht, Kritische Infrastrukturen zu beeinträchtigen (§§ 202d, 202f Abs. 2 StGB-E). Am relativen Antragserfordernis für das Grunddelikt ändert sich durch den Referentenentwurf nichts.

Hinsichtlich des „digitalen Hausfriedensbruchs“ (§ 202e StGB-E), der auf den Rechtsgedanken der §§ 123, 248b StGB aufbaut,<sup>51</sup> ist zu konstatieren, dass die Regelstrafandrohung mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr identisch zum Hausfriedensbruch gem. § 123 StGB ist, aber deutlich geringer als bei § 248b StGB (Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe). Anders als für § 248b StGB ist in § 124 StGB die Qualifikation des schweren Hausfriedensbruchs geregelt, der das Eindringen von Menschenmenge in die Wohnung, Geschäftsräume etc. unter Strafe stellt (Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe). Deutlich höher, mit einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren, fällt der Qualifikationstatbestand aus, der die bandenmäßige Begehung unter Strafe stellt (§ 202f Abs. 1 Nr. 1 lit. c StGB-E). Weitere Unterschiede zwischen dem analogen und „digitalen Hausfriedensbruch“ bestehen darin, dass der „digitale Hausfriedensbruch“ die Versuchsstrafbarkeit vorsieht und lediglich für Angehörige etc. einen Strafantrag erfordert. In der ursprünglichen Fassung des § 202e StGB-E war noch eine Anpassung des § 205 Abs. 1 S. 2 StGB vorgesehen.<sup>52</sup> Mangels Änderung des § 205 StGB, ist die unbefugte Nutzung informationstechnischer Systeme aber als Official-

<sup>48</sup> BMI, Referentenentwurf v. 27.3.2019, S. 32, 86 ff.

<sup>49</sup> BR-Drs. 33/19.

<sup>50</sup> Der Hausfriedensbruch ist ohnehin im 7. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB falsch verortet, vgl. *Steiber*, Der Hausfriedensbruch im Lichte aktueller Probleme, 1971, S. 32; *Schäfer*, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 3. Aufl. (2017), § 123 Rn. 1; *Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht BT I, 42. Aufl. (2018), § 13 Rn. 645; *Rengier*, Strafrecht BT II, § 30, Rn. 1.

<sup>51</sup> BR-Drs. 338/16, S. 7; *Kahler/Hoffmann-Holland*, KriPoZ 2018, 267 (268); *Zeh*, in: Stiftung der Hessischen Rechtsanwaltschaft, S. 1 (13).

<sup>52</sup> BR-Drs. 338/16, Anl. S. 4; BT-Drs. 19/1716, S. 10.

delikt ausgestaltet und damit deutlich schärfer als das analoge Pendant.

Bereits vor dem Referentenentwurf standen die Datenveränderung (§ 303a StGB) und Computersabotage (§ 303b StGB) der Sachbeschädigung weder hinsichtlich des Strafrahmens, der Erschwerungsgründe, noch hinsichtlich des Strafantragserfordernisses nach. Durch die geplanten Anpassungen des Strafrahmens würde sich die „digitale Sachbeschädigung“ noch weiter von der bagatellhaft anmutenden Sachbeschädigung in der analogen Welt abheben.

### 3. Anknüpfungspunkte zur Bekämpfung der Organisierte Kriminalität

Durch die Änderungen der Regelstrafrahmen und der Einführung von Qualifikationstatbeständen mit entsprechendem Strafrahmen würde die Umsetzung des Referentenentwurfs das Bedrohungspotenzial durch professionell agierende Gruppierungen in der digitalen Welt abbilden. Da im Bereich der Organisierten Kriminalität mit Verwirklichung des § 202f Abs. 2, 3 StGB-E ein Verbrechen vorliege (Beweisbarkeit ungeachtet), wäre diesbezüglich die Versuchsstrafbarkeit und ein Einschreiten von Amts wegen gegeben. Darüber hinaus erfassen die §§ 202c i.V.m. 202f StGB-E eine mit § 129 StGB vergleichbare Konstellation. Da zu vermuten ist, dass § 129 StGB restriktiv ausgelegt werden wird und Gruppierungen, die in der digitalen Welt aktiv sind, den geforderten Organisationsgrad nicht erreichen oder an der Dauerhaftigkeit des Zusammenschlusses scheitern,<sup>53</sup> würden §§ 202c, 202f StGB-E<sup>54</sup> netzwerkartigen Zusammenschlüssen der digitalen Welt besser gerecht werden. Während die Ausweitung des § 129 StGB bedenklich ist, da keine Beschränkung auf wirtschaftlich motivierte Gruppierungen (Organisierte Kriminalität) und bestimmte Delikte erfolgt,<sup>55</sup> geschieht dies im Rahmen des § 202c StGB zumindest hinsichtlich der Deliktsbeschränkung.

### III. Kritikpunkte

Obwohl der Referentenentwurf aus systematischer Sicht erheblich zur Bekämpfung Organisierter Kriminalität in der digitalen Welt beiträgt, gibt es doch auch einige systematische Kritikpunkte, auf die sich dieser Beitrag beschränken sollte. Beginnend mit der Verortung des § 126a StGB-E, die sich zwar mit dem Rechtsgüterschutz (öffent-

liche Sicherheit und staatliche Ordnung)<sup>56</sup> im siebten Abschnitt des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches begründen lässt, darüber hinaus aber weder vom Wortlaut noch von der Systematik Ähnlichkeit zu § 126 StGB aufweist. Die erstmals 1986 eingeführten Computerdelikte wurden den traditionellen Straftatbeständen nachgeordnet und weitestgehend dem Sprachduktus angepasst (bspw. §§ 202a, 303a, 303b StGB).<sup>57</sup> So war dies in der ersten Fassung des Bundesrates vom 18. Januar 2019 ebenfalls vorgesehen.<sup>58</sup> Durch die Empfehlungen der Ausschüsse vom 1. März 2019<sup>59</sup> änderte sich jedoch der Wortlaut und die Systematik der Norm, die dann unverändert in den Referentenentwurf eingeflossen ist.<sup>60</sup> § 126a StGB-E entspricht aber nicht der systematischen Erwartung. Wie wichtig diese ist, hat der Gesetzgeber bei privatrechtlichen Verträgen erkannt und überraschende Klauseln (§ 305c BGB) ausgeschlossen. Da mit der Einführung der Datenhehlerei im Jahre 2015 in § 202d StGB statt § 259a StGB die bisherige Praxis durchbrochen wurde und eine Wiederholung durch den „digitalen Hausfriedensbruch“ in § 202e StGB-E statt § 123a StGB<sup>61</sup> bzw. § 248c StGB<sup>62</sup> möglicherweise bevorsteht, fragt sich, ob der „Darknet-Paragraf“ bei den übrigen Datendelikten nicht besser verortet wäre. Sollte gleichwohl aufgrund des geschützten Rechtsguts eine Verortung im siebten Abschnitt angestrebt werden, bietet sich die Normierung in § 128 StGB an, da eine gewisse thematische Nähe zu § 129 StGB besteht.

Zudem bietet sich eine Erweiterung des Straftatenkatalogs von § 126 StGB um Computer- und Internetdelikte an. In Anbetracht der Wichtigkeit Kritischer Infrastrukturen, des Schutzes des Kernbereiches privater Lebensgestaltung oder von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen könnte eine Androhung entsprechender Delikte (bspw. Hackerangriff auf den Deutschen Bundestag,<sup>63</sup> Ransomware-Angriffe auf Krankenhäuser,<sup>64</sup> massenhafte Verbreitung von persönlichen Daten von Politikern und Prominenten<sup>65</sup>) den öffentlichen Frieden stören.

Der Wortlaut und die Systematik von § 202f StGB-E bereiten aus mehreren Gründen ebenfalls Schwierigkeiten. Während die Überschrift des Paragrafen auf eine Strafzumessungsregel durch die Formulierung „Besonders schwerer Fall einer Straftat...“ hindeutet, finden sich neben dem besonders schweren Fall in Abs. 5 vor allem Qualifikationstatbestände in den Abs. n 1 bis 3. Besonders problematisch ist hierbei, dass Abs. 5 keinerlei konkreten

<sup>53</sup> Differenziert Kochheim, Rn. 1712; BMI, Referentenentwurf v. 27.3.2019, S. 78; Selzer, KriPoZ 2018, 224 (225).

<sup>54</sup> Für die Einführung von Qualifikationstatbeständen im Rahmen des § 202c StGB zur besseren Bekämpfung der Organisierten Kriminalität bereits: Golla/von zur Mühlen, JZ 2014, 668 (674); Golla, in: Stiftung der Hessischen Rechtsanwaltschaft, S. 153 (176).

<sup>55</sup> Selzer, KriPoZ 2018, 224 (230).

<sup>56</sup> Vgl. BMI, Referentenentwurf v. 27.3.2019, S. 78.

<sup>57</sup> Bär, in: Wabnitz/Janovsky, S. 813 (821); Kritisch zu dieser Praxis: Schlichter, Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, 1987, S. 85; Ranft, NJW 1995, 2574; Gercke, ZUM 2016, 825 (827).

<sup>58</sup> BR-Drs. 33/19.

<sup>59</sup> BR-Drs. 33/1/19.

<sup>60</sup> BMI, Referentenentwurf v. 27.3.2019, S. 76; BR-Drs. 33/19, S. 5.

<sup>61</sup> Da § 123 StGB ohnehin fehlerhaft im 7. Abschnitt des besonderen Teils des StGB verortet ist und lediglich § 202e Abs. 1 Nr. 1 StGB-E Anknüpfungspunkte liefert, wäre eine entsprechende Verortung abzulehnen.

<sup>62</sup> Die Entziehung elektrischer Energie müsste dann neu in § 248d StGB geregelt werden. Ablehnend zur Verortung bei § 248b StGB - Kahler/Hoffmann-Holland, KriPoZ 2018, 267 (268).

<sup>63</sup> BSI, Die Lage der IT-Sicherheit in Deutschland, 2015, S. 26; BSI, Die Lage der IT-Sicherheit in Deutschland 2016, S. 3, 61.

<sup>64</sup> BSI, 2015, S. 23; BSI, 2016, S. 39; BSI, Die Lage der IT-Sicherheit in Deutschland, 2018, S. 13f.

<sup>65</sup> Bünte, Heise Online Beitrag v. 4.1.2019, »Hackerangriff: Persönliche Dokumente von deutschen Politikern und Promis veröffentlicht«, abrufbar: <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Partei-hack-Persoeliche-Dokumente-Hunderter-deutscher-Politiker-veroeffentlicht-4265180.html> (zuletzt abgerufen 25.6.2019).

Bezug zu einem Tatbestand aufweist.<sup>66</sup> Dies verstößt gegen den Bestimmtheitsgrundsatz und damit gegen Art. 103 Abs. 2 GG. Es ist jedoch zu vermuten, dass Abs. 5 auf Abs. 1 Bezug nehmen soll, da lediglich Abs. 1 einen geringeren Strafrahmen vorsieht und Abs. 4 für die Abs. 2 und 3 den minder schweren Fall regelt. Anknüpfungspunkt wäre demnach kein Grunddelikt, sondern eine Qualifikation, was *Fischer* zufolge zwar „ungewöhnlich, aber wohl möglich“<sup>67</sup> ist. Die fehlende Versuchsstrafbarkeit der §§ 202a ff. StGB hätte hier auch etwas Gutes, so wird die Problematik um die Strafbarkeit des versuchten Regelbeispiels nicht auf die Spitze getrieben.<sup>68</sup> § 303b StGB sieht eine vergleichbare Konstellation wie § 202f StGB-E vor, beinhaltet aber auch das Grunddelikt, einen konkreten Deliktsbezug und keine irreführende Deliktsbezeichnung. Zugegebenermaßen findet sich aber auch Letzteres im Strafgesetzbuch. § 330 StGB ist als „Besonders schwerer Fall einer Umweltstraftat“ überschrieben, enthält aber wie § 202f StGB-E Qualifikationstatbestände und Strafzumessungsregeln, wobei die Vorschrift aber klar auf die §§ 324 bis 329 StGB verweist.

§ 202f Abs. 5 StGB-E, der systematisch als Abs. 2 vorzugswürdig wäre, ist noch in einem weiteren Punkt zu kritisieren. Durch das „und“ in § 202f Abs. 5 Nr. 1 ist ein Bruch gegeben, der dazu führt, dass Nr. 1 immer von der Erfüllung der Nr. 2 abhängig ist. Ist dies beabsichtigt, erschließt sich nicht, warum dies auf zwei Nummern verteilt ist. Gleiches gilt für § 99 Abs. 2 StGB.

Lediglich nennenswert ist, dass der „digitale Hausfriedensbruch“ unrichtig in Art. 4 Nr. 4 des Referentenentwurfes als „§ 200e“ (statt § 202e) bezeichnet wird. Zudem verfügt die Norm über keinen Abs. 4, aber über einen Abs. 5 (für das Antragerfordernis für Angehörige), was wohl auf die Verschiebung der Erschwerungsgründe in § 202f StGB-E zurückzuführen ist.

Anknüpfend an das Antragerfordernis wäre es nur konsequent, die Computer- und Internetdelikte (§§ 202a ff. StGB) insgesamt als Officialdelikte auszugestalten, da mit der Erhöhung des Regelstrafrahmens und der Schaffung verschiedener Qualifikationstatbestände der Bagatelldeliktcharakter dieser Delikte aufgegeben wurde. Entsprechend § 248a StGB sollte ein Antragerfordernis für *Geringfügigkeit* (äquivalent zur Geringwertigkeit) eingeführt werden, um Bagatellen Rechnung zu tragen. Zudem sollte das Antragsrecht auf Angehörige etc. übergehen.

Abschließen ist anzumerken, dass die Qualifikation des §§ 303a, 303b Abs. 1 Nr. 1 StGB insoweit ins Leere läuft, als dass der Qualifikationstatbestand das gleiche Strafmaß vorsieht wie das Grunddelikt – Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe.

#### IV. Fazit

Der Referentenentwurf schließt Gesetzeslücken und befreit die Computer- und Internetdelikte von ihrem bagatelhaften Gewand, das 1986 die Realität abgebildet haben mag, im 21. Jahrhundert zu Zeiten der Industriellen Revolution 4.0 aber nicht mehr passt. Die Anpassung der Strafrahmen sowie die Erweiterung um Qualifikationstatbestände, insbesondere die gewerbs- und bandenmäßige Begehung sowie die Beeinträchtigung Kritischer Infrastrukturen, sind geboten, um das Bedrohungspotenzial abzubauen<sup>69</sup> und generalpräventive Wirkung zu entfalten. Die Bekämpfung der Organisierten Kriminalität in der digitalen Welt würde durch den Referentenentwurf deutlich verbessert, die Kritikpunkte zeigen aber auch, dass weiterer Anpassungsbedarf besteht.

<sup>66</sup> Auch die Strafnormen §§ 125a, 243, 283a, 330 StGB werden als „Besonders schwerer Fall ...“ bzw. §§ 265e, 300, 335 StGB als „Besonders schwere Fälle ...“ bezeichnet, lassen aber klar erkennen, für welche Bezugsnormen die Regelbeispiele gelten sollen.

<sup>67</sup> *Fischer*, StGB, § 303b Rn. 22.

<sup>68</sup> Vgl. *Rengier*, Strafrecht BT I, 21. Aufl. (2019), 1. Kap. § 3 Rn. 51 ff; *Wessels/Hillenkamp/Schur*, Strafrecht BT/2, 41. Aufl. (2018), § 3 Rn. 211.

<sup>69</sup> Vgl. Ausführungen oben (S. 229) zur Erweiterung des Straftatenkatalogs von § 126 StGB um Computer- und Internetdelikte.

## „Containern“ – Strafbar aber nicht strafwürdig?

von Prof. Dr. Anja Schiemann\*

### Abstract

Die Diskussion um die Strafwürdigkeit des sog. Containerns ist seit einer Entscheidung des AG Fürstenfeldbruck, in der zwei Studentinnen zu 8 Stunden Sozialarbeit und einer Geldstrafe unter Strafvorbehalt verurteilt wurden,<sup>1</sup> neu entbrannt. Auf einer Petitionsplattform wurden bereits über 100.000 Unterschriften für eine Gesetzesänderung gesammelt.<sup>2</sup> Im April dieses Jahres hat die Fraktion Die Linke anlässlich des Falls einen Antrag in den Deutschen Bundestag eingebracht, in dem die Bundesregierung aufgefordert wird, einen „Gesetzentwurf vorzulegen, durch den die Aneignung entsorgter Lebensmittelabfälle von der Strafverfolgung ausgenommen wird“.<sup>3</sup> Die Diskussion ist nicht neu und wird regelmäßig nach Verurteilungen geführt – häufig sind Verurteilungen glücklicherweise nicht, oftmals wird das Verfahren eingestellt. Dennoch birgt das Containern gerade wegen der unterschiedlichen Einstellungspraxis der Staatsanwaltschaften Strafbarkeitsrisiken, obwohl die Strafwürdigkeit eines solchen Verhaltens mehr als fraglich ist. Der Beitrag beleuchtet die geltende Rechtslage und setzt sich mit der Frage auseinander, ob de lege ferenda eine Ergänzung des § 242 StGB Not tut oder andere Möglichkeiten bestehen, das Containern an sich einzudämmen, hat es doch häufig ideologische Hintergründe und soll ein Zeichen setzen gegen Lebensmittelverschwendung.

*The discussion about the criminality of the so-called dumpster diving has reignited since a decision of the AG Fürstenfeldbruck, in which two female students were sentenced to 8 hours of social work and a fine with suspended sentence. A petition platform has already gathered more than 100,000 signatures for a change in the law. In April this year, on the occasion of the case, the parliamentary party Die Linke tabled a motion in the German Bundestag calling on the Federal Government to present a “draft law that would make the appropriation of disposed of food waste exempt from prosecution”. The*

*discussion is not new and is regularly conducted after convictions. Fortunately, convictions are not common, often the proceedings are closed. Nevertheless, dumpster diving carries the risk of conviction precisely because of the different closing practices of the public prosecutors, even though the criminality of such conduct is more than questionable. The article examines the current legal situation and deals with whether de lege ferenda there is need of an addition to Section 242 of the German Criminal Code (StGB) or whether there are other ways of containing dumpster diving itself, since it often has ideological backgrounds and is intended to set an example against food waste.*

### I. Einleitung

In regelmäßigen Abständen gelangen sog. Containernfälle in die Schlagzeilen der Presse. Unter dem Begriff des Containerns wird die Handlung zusammengefasst, nach der man weggeworfene, noch genießbare Lebensmittel zum Eigenverbrauch aus Abfallcontainern (eines Supermarktes) herausholt.<sup>4</sup> Weitere Synonyme sind Dumstern, Mülltauchen<sup>5</sup> oder Waste-Diving.<sup>6</sup> Container-Aktivist\*innen begründen die Wegnahme von Lebensmittelabfällen damit, ein Zeichen gegen Lebensmittelverschwendung und Überproduktion setzen zu wollen.<sup>7</sup>

Das Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft wirbt seit März 2012 mit ihrer Kampagne „Zu gut für die Tonne“ gegen das Wegwerfen von Lebensmitteln in Deutschland und möchte die Wertschätzung von Lebensmitteln nicht nur beim Verbraucher, sondern auch beim Handel steigern.<sup>8</sup> Das Bundeskabinett hat am 20.2.2019 die von Bundesernährungsministerin Julia Klöckner vorgelegte nationale Strategie zur Reduzierung der Lebensmittelverschwendung verabschiedet.<sup>9</sup> Im Zuge dessen ist die Internetplattform [\\* Die Verfasserin ist Universitätsprofessorin und Fachgebietsleiterin des Fachgebiets für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminalpolitik an der Deutschen Hochschule der Polizei in Münster.](https://www.lebensmittel-</a></p>
</div>
<div data-bbox=)

<sup>1</sup> S. Heidenreich, in [Süddeutsche.de](https://www.sueddeutsche.de) v. 30.1.2019, unter: <https://www.sueddeutsche.de/bayern/container-studentinnen-gericht-1.4309763> (zuletzt abgerufen am 8.7.2019); Eldersch, in [Merkur.de](https://www.merkur.de) v. 28.2.2019 unter <https://www.merkur.de/lokales/fuerstenfeldbruck/fuerstenfeldbruck-ort65548/bayern-fuerstenfeldbruck-olching-essen-aus-muellcontainer-geholt-studentinnen-werden-bestraft-11612238.html> (zuletzt abgerufen am 8.7.2019). Mittlerweile wurde Rechtsmittel eingelegt, vgl. unter <https://www.ffbaktiv.de/darf-man-entsorgte-lebensmittel-stehlen/> v. 6./7.2.2019 (zuletzt abgerufen am 8.7.2019).

<sup>2</sup> Vgl. <https://weact.compact.de/petitions/container-ist-kein-verbrechen-1> (zuletzt abgerufen am 8.7.2019).

<sup>3</sup> BT-Drs. 19/9345, S. 2.

<sup>4</sup> S. die Definition im Duden unter <https://www.duden.de/suchen/dudenonline/container> (zuletzt abgerufen am 8.7.2019).

<sup>5</sup> So Malkus, [Forum Recht](https://www.rechtswissenschaften.de/Forum-Recht) 03/2016, S. 113; Esser/Scharnberg, [JuS](https://www.rechtswissenschaften.de/JuS) 2012, 809; Hoffmeister/Marggraf/Noack, [Jahrbuch der Österreichischen Gesellschaft für Agrarökonomie](https://www.rechtswissenschaften.de/Jahrbuch-der-Oesterreichischen-Gesellschaft-fuer-Agrar-oekonomie), Bd. 24, 2015, S. 255 (257).

<sup>6</sup> Zu letzterem Begriff s. [Vergo](https://www.rechtswissenschaften.de/Vergo), [StraFo](https://www.rechtswissenschaften.de/StraFo) 2013, 15.

<sup>7</sup> S. hierzu z.B. die Petitionsplattform „Containern ist kein Verbrechen“ (Fn. 2); ferner zur Demonstration gegen die Wegwerfgesellschaft [Herr](https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/container-straftbar-keine-diebstahl-hausfriedensbruch-besitzwille/), LTO v. 1.1.2015 unter <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/container-straftbar-keine-diebstahl-hausfriedensbruch-besitzwille/> (zuletzt abgerufen am 8.7.2019); Hoffmeister/Marggraf/Noack, [Jahrbuch der Österreichischen Gesellschaft für Agrarökonomie](https://www.rechtswissenschaften.de/Jahrbuch-der-Oesterreichischen-Gesellschaft-fuer-Agrar-oekonomie), Bd. 24, 2015, S. 255 (257); Malkus, [Forum Recht](https://www.rechtswissenschaften.de/Forum-Recht) 03/2016, S. 113.

<sup>8</sup> Vgl. <https://www.zugutfuertonne.de/> (zuletzt abgerufen am 8.7.2019).

<sup>9</sup> S. <https://www.lebensmittelwertschaetzen.de/strategie/einleitung/> (zuletzt abgerufen am 8.7.2019).

wertschaetzen.de/ entstanden. Erklärtes Ziel der Kampagne ist die Reduzierung von Lebensmittelabfällen um 50% bis 2030. Denn jedes Jahr werden in Deutschland rund elf Millionen Tonnen Lebensmittel in Industrie, bei Großverbrauchern, im Handel und in den Privathaushalten weggeworfen.<sup>10</sup>

Nicht Gegenstand der derzeitigen Strategie in Deutschland ist eine Strafflosstellung des Containerns oder Änderungen des Abfallgesetzes. Andere Länder wie Frankreich oder Tschechien beschreiten diese gesetzlichen Lösungsstrategien (s. hierzu unter Punkt IV). In Deutschland dagegen muss sich derjenige, der Lebensmittel aus dem Supermarktmülleimer entwendet, am deutschen Strafrecht messen lassen, so ehrenwert seine Motive auch sein mögen.

## II. Strafbarkeit des Containerns

Durch das Containern können gleich mehrere Straftatbestände berührt sein. Denn die Müllcontainer der Supermärkte sind in der Regel nicht frei zugänglich, sondern befinden sich auf dem Gelände des Marktes. Zudem sind sie häufig gegen Wegnahme durch eine entsprechende Schließvorrichtung gesichert. Insoweit kann neben dem klassischen Diebstahl auch der Straftatbestand der Sachbeschädigung oder des Hausfriedensbruchs verwirklicht werden.

### 1. Diebstahl

Der Straftatbestand des Diebstahls gem. § 242 StGB dient dem Schutz des Eigentums.<sup>11</sup> Da die formale Rechtsposition des Eigentümers geschützt wird, kommt es auf den Wert des Gegenstands nicht an, so dass auch geringwertige Sachen erfasst werden.<sup>12</sup> Selbst Gegenstände, die materiell oder immateriell völlig wertlos sind, werden von der h.M. nicht vom Eigentumsschutz ausgenommen.<sup>13</sup>

Dagegen schließt es der formale Eigentumsschutz nach Ansicht von *Bosch* nicht aus, Diebstahl dann zu verneinen, wenn dem Tatobjekt weder materieller noch immaterieller Wert zukommt, da es dann an einem Strafbedürfnis fehle. Er folgert dies aus dem Rechtsgedanken in § 303 StGB, wonach die Zerstörung wertloser Gegenstände keine Sachbeschädigung sei. Es wäre widersprüchlich, wenn der Täter die wertlose Sache zwar wegnehmen und zerstören, nicht aber wegnehmen und behalten dürfte.<sup>14</sup> Allerdings kommt es auch im Rahmen des § 303 StGB laut h.M. auf einen Vermögenswert der Sache gerade nicht an. Vielmehr knüpft auch der Schutz des § 303 StGB an die funktionale und soziale Sinnbedeutung der Sache

für den Berechtigten an.<sup>15</sup> Insofern scheidet auch die Sachbeschädigung erst dann aus, wenn jegliches Interesse an dem Gegenstand fehlt, also auch kein irgendwie geartetes Gebrauchs- oder Affektionsinteresse gegeben ist.<sup>16</sup>

Bei weggeworfenen Lebensmitteln könnte man nun grundsätzlich davon ausgehen, dass ihnen weder ein Vermögenswert zukommt, noch ein irgendwie geartetes Interesse an ihnen seitens der Inhaberin des Supermarktes besteht. Gerade das Interesse an weggeworfenen Lebensmitteln wird jedoch über die Pflicht des Supermarktbetreibers zur ordnungsgemäßen Entsorgung der Abfälle, der Sorge vor Umsatzeinbußen bei Containern in großem Stil und sinkender Nachfrage sowie Haftungsrisiken konstruiert.<sup>17</sup> Die Diskussion findet sich aber – da die h.M. das Eigentum im Rahmen des § 242 StGB als rein formale Rechtsposition geschützt sieht – bei der Frage einer eventuellen Eigentumsaufgabe durch Wegwerfen. Meines Erachtens könnte aber genauso gut der Schutzzweck des § 242 StGB bei weggeworfenen Lebensmitteln versagt werden. Neben der Argumentation von *Bosch* kann man den Gedanken heranziehen, dass das Rechtsgut nach der (jetzt) h.M. einzig das Eigentum und nicht mehr der Gewahrsam ist.<sup>18</sup> Ist der Gewahrsam und insofern die tatsächliche Sachherrschaft über einen Gegenstand an sich nicht geschützt, so kann die formale Eigentumsposition ohne jeglichen materiellen oder immateriellen Wert für den Berechtigten kein schutzwürdiges Interesse sein. Ein Strafbedürfnis ist hier nicht zu erkennen, zumal der ultima-ratio-Gedanke des Strafrechts eine teleologische Reduktion nahelegt.<sup>19</sup>

*Vogel* hingegen möchte bei fehlendem materiellen oder immateriellen Interesse dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und ultima-ratio-Gedanken dadurch Rechnung tragen, dass sorgfältig die Fragen einer möglichen Dereliktion, eines möglichen Einverständnisses, einer möglichen Einwilligung oder einer Einstellung des Verfahrens nach §§ 153, 153a StPO geprüft werden sollten.<sup>20</sup>

Ob bei der Entsorgung von Müll das Eigentum aufgegeben wurde, also eine sog. Dereliktion gem. § 959 BGB vorliegt, ist umstritten. Voraussetzung der Aufgabe des Eigentums nach § 959 BGB ist die Absicht des Eigentümers, auf sein Eigentum zu verzichten. Da es sich um eine einseitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung handelt, kommt es für die Auslegung der Erklärung nicht auf den objektiven Empfängerhorizont einer dritten Person an, sondern auf den tatsächlichen subjektiven Willen

<sup>10</sup> Vgl. Fn. 8.

<sup>11</sup> Vgl. statt vieler nur *Fischer*, StGB, 66. Aufl. (2019), § 242 Rn. 2. m. zahlr. w. Nachw. Mit ausführlicher Begründung, dass der Gewahrsam nicht zusätzlich geschütztes Rechtsgut ist s. *Schmitz*, in: MK-StGB, Bd. 3, 3. Aufl. (2017), § 242 Rn. 6 ff.

<sup>12</sup> Vgl. *Duttge*, in: Dölling/Duttge/König/Rösner, Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl. (2017), § 242 StGB Rn. 5; *Kudlich*, in: SSW-StGB, 3. Aufl. (2017), § 242 Rn. 6.

<sup>13</sup> So *Kindhäuser*, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 242 Rn. 11; *Wittig*, in: BeckOK-StGB, 41. Ed. (Stand: 1.2.2019), § 242 Rn. 3.1; *Schmitz*, in: MK-StGB, § 242 Rn. 10; *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 242 Rn. 2.

<sup>14</sup> So *Bosch*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 242 Rn. 7.

<sup>15</sup> S. *Fischer*, § 303 Rn. 3; zur Wertlosigkeit auch *Saliger*, in: SSW-StGB, § 303 Rn. 2.

<sup>16</sup> So *Zaczyk*, in: NK-StGB, § 303 Rn. 1; *Wieck-Noodt*, in: MK-StGB, Bd. 5, 3. Aufl. (2019), § 303 Rn. 13.

<sup>17</sup> Vgl. die Literaturangaben in Fn. 5.

<sup>18</sup> So *Fischer*, § 242 Rn. 2 m.w.N.; anders aber noch *Duttge*, in: Dölling/Duttge/König/Rösner, § 242 Rn. 3 m.w.N.

<sup>19</sup> Zum ultima-ratio Gedanken und mit zumindest Zweifeln an der Schutzwürdigkeit *Lorenz*, jurisPR-StrafR 10/2019 Anm. 1.

<sup>20</sup> S. *Vogel*, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2010), § 242 Rn. 45.

des Eigentümers selbst.<sup>21</sup> Allerdings muss der Verzichtswille vom Eigentümer nicht gesondert erklärt werden, sondern es kann auf ihn aus der Art und Weise und den Begleitumständen der Besitzaufgabe geschlossen werden.<sup>22</sup> Entscheidend sind also die Umstände des Einzelfalls.<sup>23</sup> Bei reinen Abfällen wird in der Regel in der Entledigung des Mülls zugleich eine Eigentumsaufgabe zu sehen sein. Allerdings betrifft dies primär am Straßenrand und öffentlich zugänglich platzierten Müll.<sup>24</sup> Aber auch in diesen Fällen gibt es einige wenige Stimmen, die eine Dereliktion ablehnen und auch in der Entsorgung des Mülls in eine Abfalltonne stets ein Angebot an den Müllentsorger auf Übereignung unter Auflage der fachgerechten Entsorgung sehen.<sup>25</sup>

In der Rechtsprechung wurde die Frage nach dem Verzichtswillen bei der Müllentsorgung für Sperrmüllfälle und Sammelgut entschieden, die zur Abholung auf der Straße bereitgestellt werden. Hier verneinen die Gerichte regelmäßig eine Dereliktion. Denn ein Verzichtswille liege nicht vor, wenn der Eigentümer nur zugunsten einer anderen Person oder Organisation das Eigentum aufgeben will, denn dann will der Entsorgende das Eigentum nur dieser Person oder Organisation übertragen.<sup>26</sup> Auch wenn Sachen erkennbar in einer besonderen Beziehung zum Wegwerfenden stehen, wird die Dereliktion verneint.<sup>27</sup> In einem weiteren Fall, in dem eine EC-/Codekarte eines Kunden in unzulässiger Weise im normalen Müll entsorgt wurde, verneinte das Gericht ebenfalls den Dereliktionswillen.<sup>28</sup>

Ansonsten wird teilweise noch zwischen Dereliktions- und Vernichtungswillen differenziert und ein Alternativverhältnis gesehen. Ist aus den äußeren Umständen erkennbar, dass der Wegwerfende allein die Vernichtung der Sache wünscht, ist eine Dereliktion ausgeschlossen.<sup>29</sup> Dies nimmt auch das *AG Düren* für weggeworfene Lebensmittel eines Supermarktes an, die der Entsorgung überführt und nicht für den Abtransport von Jedermann bereitgestellt worden seien.<sup>30</sup> Auch im aktuellen Fall vor dem *AG Fürstenfeldbruck* wurde eine Dereliktion verneint.<sup>31</sup>

Die Literatur differenziert teilweise danach, ob die weggeworfenen Lebensmittel in einem öffentlich zugänglichen Abfallcontainer geworfen werden oder auf einem verschlossenen Betriebsgelände in einem mit Schloss gesicherten Container entsorgt werden. In letzterem Fall sprächen die Umstände gegen eine Dereliktion, weil es dem Eigentümer offensichtlich nicht egal sei, wer an die weggeworfenen Lebensmittel gelangt.<sup>32</sup> Mögliche Gründe für ein weiterhin bestehendes Interesse an den entsorgten Lebensmitteln seien eine ggf. sinkende Nachfrage und Umsatzeinbußen bei Containern in großem Stil und die Vermeidung von Haftungsrisiken.<sup>33</sup> Des Weiteren wird angeführt, dass die Supermärkte verpflichtet seien, ihren Müll ordnungsgemäß zu entsorgen und dies auch sicherzustellen hätten, so dass man von einer offensichtlichen Eigentumsaufgabe nicht ausgehen könne.<sup>34</sup>

Insgesamt muss konstatiert werden, dass zumindest in den klassischen Containern-Fällen, in denen Lebensmittel vom Gelände des Supermarktes aus verschlossenen Müllbehältern entwendet werden, die Abfälle jedenfalls nach der h.M. in Literatur und Rechtsprechung weiterhin vom Eigentumsbegriff umfasst und fremd i.S. des § 242 StGB sind. Grundsätzlich sind auch die weiteren Tatbestandsmerkmale erfüllt.<sup>35</sup>

Hinsichtlich des Vorsatzes bzgl. der Fremdheit der weggeworfenen Lebensmittel wird teilweise ein Tatbestandsirrtum gemäß § 16 StGB angenommen, der zum Vorsatzausschluss führt. Allerdings wird zutreffend darauf hingewiesen, dass es sich insofern um eine Tatfrage und daher um eine Beurteilung des Einzelfalls handelt.<sup>36</sup> Es kommt dabei nicht darauf an, ob der Täter die genaue rechtliche Bedeutung erfasst, vielmehr müssen nur aus den äußeren Umständen entsprechende Parallelwertungen in der Laiensphäre getroffen werden. Gerade bei Containern-Fällen, in denen sich die Lebensmittel in verschlossenen Müllbehältern befinden, ist bei lebensnaher Sachverhaltsauslegung davon auszugehen, dass eine entsprechende Parallelwertung vorgenommen und demzufolge vorsätzlich gehandelt wird.<sup>37</sup> Auch die Zueignungsabsicht

<sup>21</sup> Vgl. *Oechsler*, in: MK-BGB, Bd. 7, 7. Aufl. (2017), § 959 Rn. 3; *Gursky*, in: Staudinger, BGB, 12. Aufl. (2011), § 959 Rn. 3.

<sup>22</sup> Vgl. *Vergho*, StraFo 2013, 15 (16); *Gursky*, in: Staudinger, § 959 Rn. 3.

<sup>23</sup> S. *Schmitz*, in: MK-StGB, § 242 Rn. 35; *Esser/Scharnberg*, JuS 2012, 809 (810).

<sup>24</sup> So *Erman*, BGB, 15. Aufl. (2017), § 959 Rn. 3; *Oechsler*, in: MK-BGB, § 959 Rn. 4; *Gursky*, in: Staudinger, § 959 Rn. 3, 8); *Fischer*, § 242 Rn. 7; *Kindhäuser*, in: NK-StGB, § 242 Rn. 22; *Schmitz*, in: MK-StGB, § 242 Rn. 34; *Bosch*, in: Schönke/Schröder, § 242 Rn. 17/18.

<sup>25</sup> So *Grziwotz*, MDR 2008, 726 (727) und *Duttge*, in: Dölling/Duttge/König/Rösner, § 242 Rn. 15.

<sup>26</sup> So BayObLGSt 1986, 72 und *OLG Düsseldorf*, JMBL. NRW 1992, 191 jew. in Bezug auf einen Diebstahlsvorwurf; rein zivilrechtlich vgl. *BGH*, NJW 2016, 1887 (1889); *LG Ravensburg*, NJW 1987, 3142.

<sup>27</sup> So für weggeworfene Lose *LG Magdeburg*, BeckRS 2011, 11681.

<sup>28</sup> *OLG Hamm*, BeckRS 2011, 07785 mit Besprechung von *Jahn*, JuS 2011, 755.

<sup>29</sup> So ausdrücklich *LG Magdeburg*, BeckRS 2011, 11681; ebenso auch *Grziwotz*, MDR 2008, 726 (727).

<sup>30</sup> *AG Düren*, BeckRS 2011, 11681.

<sup>31</sup> *AG Fürstenfeldbruck*, Urt. v. 30.1.2019 – 3 Cs 42 Js 26676/18, vgl. zum Fall das Editorial FD-StrafR 2019, 413941 sowie *Podolski*, LTO v. 29.1.2019, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/studentin-diebstahl-lebensmittel-supermarkt-muell/> (zuletzt abgerufen am 3.5.2019).

<sup>32</sup> So *Schmitz*, in: MK-StGB, § 242 Rn. 35; ebenso *Vergho*, StraFo 2013, 15 (17).

<sup>33</sup> Vgl. *Esser/Scharnberg*, JuS 2012, 809 (812); *Hoffmeister/Marggraf/Noack*, Jahrbuch der Österreichischen Gesellschaft für Agrarökonomie 2015, S. 255 (259).

<sup>34</sup> So *Heinrich* im Interview mit *Podolski* in LTO v. 29.1.2019, abrufbar wie in Fußn. 29. Dagegen aber bspw. ein Einwand von *Malkus*, Magazin für Restkultur 2016, S. 3, abrufbar unter: [http://www.magazin-restkultur.de/wp-content/uploads/2016/04/MGZNRK\\_MaxMalkus-Containern-strafbar-strafwuerdig\\_.pdf](http://www.magazin-restkultur.de/wp-content/uploads/2016/04/MGZNRK_MaxMalkus-Containern-strafbar-strafwuerdig_.pdf) (zuletzt abgerufen am 3.5.2019).

<sup>35</sup> Ausführlich zur Wegnahme *Hoffmeister/Marggraf/Noack*, Jahrbuch der Österreichischen Gesellschaft für Agrarökonomie 2015, S. 255 (260); *Esser/Scharnberg*, JuS 2012, 809 (812).

<sup>36</sup> So *Vergho*, StraFo 2013, 15 (17 f.).

<sup>37</sup> S. *Esser/Scharnberg*, JuS 2012, 809 (812); *Hoffmeister/Marggraf/Noack*, Jahrbuch der Österreichischen Gesellschaft für Agrarökonomie 2015, S. 255 (260).

ist zweifelsfrei zu bejahen.<sup>38</sup>

Ebenfalls auszuschließen sind in diesen Containern-Fällen ein tatbestandsausschließendes Einverständnis oder eine rechtfertigende (mutmaßliche) Einwilligung des Supermarktes. Denn die Sicherungsmaßnahmen an den Müllbehältern machen hinreichend deutlich, dass der Gewahrsamsinhaber gerade nicht mit einer Wegnahme der weggeworfenen Lebensmittel einverstanden ist oder eine mutmaßliche Einwilligung erteilt. Hier kommt die gleiche Argumentation zum Tragen, die schon im Rahmen des Eigentumsschutzes und der Dereliktion für die h.M. entscheidungserheblich war.<sup>39</sup>

Auch ein Verbotsirrtum wird regelmäßig auszuschließen sein. Denn dieser führt gem. § 17 StGB nur dann zur Schuldlosigkeit des Täters, wenn er für diesen unvermeidbar war. Vermeidbar ist ein Verbotsirrtum dann, wenn der Täter zum Tatzeitpunkt unter Berücksichtigung seiner Fähigkeiten und Kenntnisse Anlass gehabt hat, über die mögliche Rechtswidrigkeit seines Vorhabens nachzudenken oder sich zu erkundigen und wenn dies zur Unrechtseinsicht geführt hätte.<sup>40</sup> Die Anforderungen, die an die Unvermeidbarkeit gestellt werden, sind hoch. Es wird verlangt, dass der Täter alle seine Erkenntniskräfte und sittlichen Wertvorstellungen einsetzt und zwar auf der Grundlage der Vorstellungen seiner Rechtsgemeinschaft.<sup>41</sup> Die Annahme eines Verbotsirrtums dürfte bei Zugrundelegung dieser Maßstäbe in Containern-Fällen schwer zu begründen sein. Denn die öffentliche Diskussion über die Zulässigkeit des Containers und die strafrechtliche Bewertung müsste für den Täter zumindest Anlass sein, sich über das Verbotensein der Wegnahme Gedanken zu machen.<sup>42</sup>

Ein besonders schwerer Fall durch Erfüllen eines Regelbeispiels gem. § 243 Abs. 1 S. 2 StGB scheitert m.E. regelmäßig an der Geringwertigkeitsklausel nach Abs. 2. Eine Sache ist geringwertig, wenn ihr Verkehrswert die Grenze von 25 € - 50 € nicht überschreitet.<sup>43</sup> Weggeworfenen Lebensmitteln wird so gut wie gar kein Verkehrswert zukommen. Das sehen einige Staatsanwaltschaften aber anders, die Staatsanwaltschaft München II nahm z.B. bei weggeworfenen Lebensmitteln einen Wert von rund 100 € an. Allerdings stellte im besagten Fall vor dem *AG Fürstenfeldbruck* das Gericht fest, dass die weggeworfenen, aussortierten Lebensmittel kaum etwas bis gar nichts wert gewesen sind.<sup>44</sup>

Beim Diebstahl geringwertiger Sachen ist gem. § 248a StGB eine Strafverfolgung nur auf Antrag möglich, es sei

denn, die Staatsanwaltschaft bejaht ein besonderes öffentliches Interesse. Obwohl im Fall vor dem *AG Fürstenfeldbruck* das Gericht recht deutlich gemacht hat, dass es kein Urteil fällen wollte, hielt die Staatsanwaltschaft an dem besonderen öffentlichen Interesse fest. Ein Pressesprecher des Gerichts erklärte daraufhin, dass man sich ein kleines bisschen um den Ruf der Justiz Sorge, da der Aufwand für dieses Verfahren nur noch schwer nachvollziehbar sei, zumal man auf der anderen Seite häufig die Arbeitsüberlastung beklage und neue Stellen fordere.<sup>45</sup>

Daneben kommt in den Fällen, in denen die Täter zum Containern ein gefährliches Werkzeug bei sich führen oder sich zwecks fortgesetzter Begehung von Diebstählen einer noch unbestimmten Zahl zu einer Bande zusammengeschlossen haben, ein qualifizierter Diebstahl gem. § 244 StGB in Betracht.<sup>46</sup> In diesen Fällen ist auch bei Geringwertigkeit der Sachen kein Strafantrag erforderlich.

## 2. Sachbeschädigung

Häufig werden von den Supermärkten die Mülltonnen durch Schließvorrichtungen gesichert. Daher muss der Täter, um an die weggeworfenen Lebensmittel zu gelangen, diese Schließvorrichtung entfernen. Wird im Zuge dessen das Schloss bzw. die Schließvorrichtung beschädigt, kommt eine Strafbarkeit wegen Sachbeschädigung gem. § 303 StGB in Betracht. Beschädigt wird eine Sache, wenn der Täter derart körperlich auf sie einwirkt, dass sie in ihrer Substanz nicht unerheblich verletzt oder ihre bestimmungsgemäße Brauchbarkeit nicht nur unerheblich beeinträchtigt wird.<sup>47</sup> Die Schließvorrichtung wird regelmäßig nur dadurch entfernt werden können, indem man diese unbrauchbar macht, also den Schließmechanismus beschädigt oder das Schloss an sich zerstört. Eine Sachbeschädigung gem. § 303 StGB ist in all diesen Fällen gegeben.<sup>48</sup>

## 3. Hausfriedensbruch

Auch ein Hausfriedensbruch nach § 123 Abs. 1 Var. 1 StGB kommt in Betracht, sofern zum Erreichen der Müllbehälter ein eingezäuntes Grundstück gegen den Willen des Berechtigten betreten werden muss. Sind die Container also vor einem Supermarkt in nicht abgegrenzter Form frei zugänglich, so würde eine Strafbarkeit ausscheiden. Häufig befinden sich die Container aber im Hinterhof des Supermarktes und sind vom für Verkaufszwecke offen zugänglichen Bereich deutlich abgegrenzt. Daneben wird

<sup>38</sup> Zur näheren Begründung und Subsumtion vgl. *Esser/Scharnberg*, JuS 2012, 809 (812).

<sup>39</sup> Vgl. aber *Vergo*, StraFo 2013, 15 (17). Wie hier aber *Hoffmeister/Marggraf/Noack*, Jahrbuch der Österreichischen Gesellschaft für Agrarökonomie 2015, S. 255 (261).

<sup>40</sup> S. *Fischer*, § 17 Rn. 7; *Neumann*, in: NK-StGB, § 17 Rn. 62; *BGH*, NSTZ 2016, 460.

<sup>41</sup> BGHSt 4, 1 (5); näher *Fischer*, § 17 Rn. 8.

<sup>42</sup> Ebenso *Vergo*, StraFo 2013, 15 (17).

<sup>43</sup> Während *Fischer*, § 243 Rn. 25 die 25 €-Grenze zieht, setzt sie *Kudlich*, in: SSW-StGB, § 243 Rn. 43 bei 50 €.

<sup>44</sup> Hierzu *Podolski*, in Ito vom 31.1.2019, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/verwarnung-strafvorbehold-diebstahl-containern-lebensmittel-muell/> (zuletzt abgerufen am 19.5.2019).

<sup>45</sup> Vgl. *Podolski* (Fn. 44); sowie FD-StrafR 2019, 413941.

<sup>46</sup> Vgl. zur Subsumtion im einzelnen *Esser/Scharnberg*, JuS 2012, 809 (813 f.). Kurz zum Bandendiebstahl auch *Hoffmeister/Marggraf/Noack*, Jahrbuch der Österreichischen Gesellschaft für Agrarökonomie 2015, S. 255 (261).

<sup>47</sup> S. *Hecker*, in: Schönke/Schröder, § 303 Rn. 8; *Fischer*, § 303 Rn. 6.

<sup>48</sup> So auch *Esser/Scharnberg*, JuS 2012, 809 (814). Kurz zum Bandendiebstahl auch *Hoffmeister/Marggraf/Noack*, Jahrbuch der Österreichischen Gesellschaft für Agrarökonomie 2015, S. 255 (261).

auch für die frei zugänglichen Flächen eine generelle Zutrittserlaubnis nur für die normalen Öffnungszeiten angenommen und in der Nacht stets von einem entgegenstehenden Willen des Gewahrsamsträgers ausgegangen.<sup>49</sup> Daher wird auch eine Strafbarkeit wegen Hausfriedensbruchs in einer Vielzahl von Containern-Fällen zu bejahen sein.

Allerdings ist der Hausfriedensbruch gem. § 123 Abs. 2 StGB als reines Antragsdelikt ausgestaltet. Fehlt also ein Antrag des Supermarktbetreibers, so ist auch bei Vorliegen eines öffentlichen Interesses eine Strafverfolgung ausgeschlossen.

### III. Strafprozessuale Einstellungsmöglichkeiten

Die „einfache“ Verwirklichung der in Betracht kommenden Delikte setzt einen Antrag des Antragsberechtigten voraus. Auch wenn in Containern-Fällen vielfach Strafanträge von den Supermärkten gestellt werden, werden diese häufig aufgrund der medialen Aufmerksamkeit im Laufe des Verfahrens wieder zurückgezogen.<sup>50</sup> Insofern ist dann eine weitere Strafverfolgung nur hinsichtlich der relativen Antragsdelikte §§ 242, 303 StGB möglich. In Containern-Fällen wird häufig das öffentliche Interesse an der Verfolgung fehlen, so dass eine Einstellung gem. § 170 Abs. 2 StPO in Betracht kommt.<sup>51</sup> Allerdings hat der Fall vor dem *AG Fürstenfeldbruck* gezeigt, dass die Staatsanwaltschaften teilweise offensichtlich nicht bereit sind, das öffentliche Interesse zu verneinen. Dann sollten aber die Containern-Fälle einen „Paradefall für eine Opportunitätseinstellung nach §§ 153, 153 a StPO“ bilden.<sup>52</sup> Aber auch das tun sie nicht, wie Verurteilungen durch das *AG Düren* und das *AG Fürstenfeldbruck* zeigen.<sup>53</sup> Die unterschiedliche Einstellungspraxis durch Staatsanwaltschaft und Gerichte führt zu eklatanten Ungleichbehandlungen von gleich gelagerten Containern-Fällen. Insofern wäre eine einheitliche, großzügige Einstellungspraxis durch behördliche Weisungen in den einzelnen Bundesländern wünschenswert.<sup>54</sup>

### IV. Kriminalpolitische Forderungen

Darüber hinaus bestehen schon seit längerem kriminalpolitische Forderungen dahingehend, das Containern ganz zu legalisieren und straflos zu stellen. Bereits im Jahr 2017 gab es eine entsprechende Petition, die u.a. einen de lege ferenda Vorschlag zur Ergänzung des § 242 StGB machte. Es wurden zwei neue Absätze für § 242 StGB gefordert:

„(3) Eine fremde Sache nach dieser Vorschrift ist nicht, wenn die Sache ohne das Ziel einer weiteren

oder zum Zweck einer nur energetischen Verwertung entsorgt worden ist, oder eine nicht mehr genutzte Sache der Zerstörung ausgesetzt ist und der bisherige Besitzer sie weder weiter als Sache nutzen noch aufbewahren will.

(4) Nimmt der Täter bei Begehung der Tat irrig an, der bisherige Besitzer wolle sie weder weiter nutzen noch aufbewahren, und konnte er den Irrtum vermeiden, so kann das Gericht die Strafe nach seinem Ermessen mildern (§ 49 Abs. 2) oder bei geringer Schuld von einer Bestrafung nach dieser Vorschrift absehen. Konnte der Täter den Irrtum nicht vermeiden, so ist die Tat nicht nach dieser Vorschrift strafbar.“<sup>55</sup>

Darüber hinaus wurde eine Ergänzung des § 959 BGB gefordert, durch die die Dereliktion konkretisiert wird: „Insbesondere gilt dieses, wenn der Eigentümer diese in einem Müllbehältnis deponiert oder diese anderweitig zur Abholung durch die Müllabfuhr bereit stellt.“<sup>56</sup>

Im Februar 2019 stellte dann die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen im Niedersächsischen Landtag einen Antrag, indem der Landtag aufgefordert wird, eine Bundesratsinitiative zu initiieren und einen Gesetzentwurf vorzulegen,

„a) der dem Handel und verarbeitenden Gewerbe das Wegwerfen von Produkten, die noch zum menschlichen Verzehr geeignet sind, ordnungsrechtlich untersagt und stattdessen die kostenfreie Abgabe der Waren an interessierte Personenkreise oder gemeinnützige Einrichtungen vorsieht und  
b) der eine Änderung des § 242 StGB vorsieht, sodass zukünftig die Aneignung entsorgter Lebensmittel von der Strafverfolgung ausgenommen wird...“<sup>57</sup>

Am 15.4.2019 brachte schließlich die Fraktion Die Linke einen Antrag in den Bundestag ein, der fordert, das Containern von Lebensmitteln zu entkriminalisieren. Das Entnehmen von Lebensmitteln aus einer Mülltonne eines Supermarktes sei kein missbilligenswertes sozialschädigendes Verhalten, das mit dem Strafrecht zu sanktionieren wäre.<sup>58</sup> Daher fordert Die Linke die Bundesregierung in ihrem Antrag auf, einen „Gesetzentwurf vorzulegen, durch den die Aneignung entsorgter Lebensmittelabfälle von der Strafverfolgung ausgenommen wird, beispielsweise, indem solche Lebensmittelabfälle als herrenlose Sachen definiert werden“.<sup>59</sup>

Auch der Hamburger Justizsenator *Steffen* stellte einen entsprechenden Antrag auf Entkriminalisierung des Containerns auf der diesjährigen 90. Justizministerkonferenz. Dieser wurde jedoch im Juni dieses Jahres abschlägig beschieden.<sup>60</sup> Im entsprechenden Beschluss wurde auf die

<sup>49</sup> Zu der Verwirklichung des § 303 StGB vgl. ausf. *Esser/Scharnberg*, JuS 2012, 809 (814); *Hoffmeister/Marggraf/Noack*, Jahrbuch der Österreichischen Gesellschaft für Agrarökonomie 2015, S. 255 (261 f.). Differenzierend *Vergho*, StraFo 2013, 15 (18).

<sup>50</sup> Zu einzelnen Fällen s. *Lorenz*, jurisPR-StrafR 10/2019 Anm. 1 Fn. 51.

<sup>51</sup> Bspw. in einem Fall der Staatsanwaltschaft Hoyerswerda, vgl. hierzu *Vergho*, StraFo 2013, 15 (19).

<sup>52</sup> So bereits Editorial, FD-StrafR 2019, 413941.

<sup>53</sup> *AG Düren*, BeckRS 2011, 11681; *AG Fürstenfeldbruck*, Urt. v. 30.1.2019 – 3 Cs 42 Js 26676/18.

<sup>54</sup> So auch bereits Editorial, FD-StrafR 2019, 413941.

<sup>55</sup> Petition 74584, S. 1, Einreichdatum 2.11.2017.

<sup>56</sup> Petition 74584, S. 2.

<sup>57</sup> Niedersächsischer Landtag, Dr. 18/2896, S. 1.

<sup>58</sup> BT-Dr 19/9345, S. 1.

<sup>59</sup> BT-Dr. 19/9345, S. 2.

<sup>60</sup> Vgl. Spiegel-Online vom 6.6.2019, abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/panorama/justiz/container-bleibt-illegal-a-1271261.html> (zuletzt abgerufen am 8.7.2019).

ausreichenden Möglichkeiten im Strafverfahrensrecht verwiesen, die es möglich machten, allen denkbaren Fallkonstellationen im Einzelfall gerecht zu werden.<sup>61</sup> Dass diese Einzelfallgerechtigkeit aber wegen des Ermessensspielraums und der unterschiedlichen Einstellungspraxis der einzelnen Staatsanwaltschaften gerade ausbleibt, wurde leider nicht thematisiert.

Alle kriminalpolitischen Vorschläge zielen darauf ab, Lebensmittelabfälle als herrenlose Sache einzustufen und somit vom Straftatbestand des Diebstahls auszunehmen. Der *de lege ferenda* Vorschlag aus dem Jahr 2017 bleibt aber bei einer Ergänzung des § 959 BGB nicht stehen, sondern nimmt entsorgte Sachen „ohne das Ziel einer weiteren oder zum Zwecke einer nur energetischen Verwertung“ vom Begriff der fremden Sache nach § 242 StGB in einem dritten neuen Absatz explizit aus. Diese Ausnahmeregelung ist mit Blick auf eine gesetzliche Konkretisierung der zivilrechtlichen Dereliktion überflüssig und durch diverse Erweiterungen z.B. auf „der Zerstörung ausgesetzt(e)“ Sachen weit über den Lebensmittelbereich hin anwendbar. Gerade die oben aufgezeigte differenzierende Rechtsprechung bzgl. der Müllentsorgungsfällen macht aber deutlich, dass hier nicht für jeglichen weggeworfenen Gegenstand eine Eigentumsaufgabe anzunehmen ist. Dies soll zwar durch die subjektive Komponente, nach der der bisherige Besitzer die Sache weder weiter nutzen noch aufbewahren will, wieder relativiert werden. Allerdings bleibt zu bedenken, dass dann doch wieder eine Auslegungsunsicherheit dergestalt begründet wird, dass nach dem Verzichtswillen geforscht werden muss. Insofern könnte trotz der expliziten Erweiterung der zivilrechtlichen Dereliktion auf weggeworfene Lebensmittel hier eine Rückausnahme und Strafbarkeit greifen – zumal wie gesehen die Supermarktinhaber ggf. ein Aufbewahrungsinteresse geltend machen können, um den Abfall der ordnungsgemäßen Entsorgung zuzuführen. Die in Abs. 4 verankerte Irrtumsregelung ist ebenfalls überflüssig, da sie nur das konkretisiert, was sich durch die allgemeinen Irrtumsvorschriften der §§ 16, 17 StGB ohnehin ergibt.

Folglich ist von einer verwirrenden Ergänzung des § 242 StGB, die auch der Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen fordert, dringend abzuraten. Aber auch der Antrag von Die Linke, nach der die Ergänzung des § 959 BGB gefordert wird, hat nicht die gewünschte Wirkung, zu einer Entkriminalisierung der Containern-Fälle zu kommen. Denn auch wenn eine Strafbarkeit wegen Diebstahls gem. § 242 StGB so verhindert werden kann, steht doch je nach Fallkonstellation noch eine Strafbarkeit wegen Sachbeschädigung gem. § 303 StGB und Hausfriedensbruch gem. § 123 StGB im Raum. Auch wenn hier wiederum Ausnahmeregelungen denkbar wären, ist es doch bedenklich, im Rahmen einzelner Straftatbestände spezielle Ausnahmetatbestände zu kreieren, nur um – und seien sie

noch so ehrenwert – Einzelphänomenen Rechnung zu tragen.<sup>62</sup> Meines Erachtens wäre es sinnvoller, hier bundesländerübergreifend einer entsprechenden strafprozessualen Einstellungspraxis zu folgen.

Daneben bestehen andere Möglichkeiten, die Flut weggeorfener Lebensmittel einzudämmen. 2016 hat beispielsweise Frankreich ein Gesetz zum Kampf gegen Lebensmittelverschwendung (*relative a la lutte contre la gaspillage alimentaire*) verabschiedet, nach dem die Lebensmittelmärkte mit über 400 Quadratmetern Ladenfläche Verträge mit gemeinnützigen Organisationen schließen und unverkaufte Lebensmittel verschenken müssen.<sup>63</sup> Auch in Tschechien dürfen Supermärkte unverkäufliche Lebensmittel nicht mehr in den Müll werfen, sondern müssen die Ware unentgeltlich karitativen Organisationen anbieten.<sup>64</sup> Zu bedenken ist allerdings, dass der Lebensmitteleinzelhandel in Deutschland ohnehin und auch ohne gesetzliche Verpflichtung schon seit langem zu den größten Unterstützern der mehr als 900 lokalen Tafeln zählt.<sup>65</sup> Dennoch landen Lebensmittel im Müll.

Insofern fordern Bündnis 90/Die Grünen in ihrem Antrag, dem Handel das Wegwerfen von noch zum menschlichen Verzehr geeigneten Produkten ordnungsrechtlich zu untersagen und stattdessen die kostenfreie Abgabe der Waren an interessierte Personenkreise oder gemeinnützige Einrichtungen vorzusehen. Diese Forderung setzt beim Kern des Problems an und würde Aktivisten die Grundlage entziehen. Denn nicht nur gemeinnützige Organisationen wie die Tafel, sondern auch interessierte Private kämen hier als Abnehmer in Betracht. Allerdings ist es mit einem nicht unerheblichen organisatorischen Aufwand verbunden, die zum Verzehr geeigneten Produkte noch einmal von den nicht zum Verzehr geeigneten Produkten zu trennen. Und was hat eine fehlerhafte Entscheidung über die Eignung zum Verzehr für haftungsrechtliche Konsequenzen für einen Supermarkt? Der Supermarkt würde sich dann in jedem Fall bußgeld- oder haftungsrechtlichen Risiken gegenübersehen. Einmal, weil er bußgeldbewehrt keine oder zu wenig Produkte für die kostenfreie Abgabe vorsieht und einmal, weil er ggf. Produkte abgibt, die nicht zum Verzehr geeignet sind. Praktisch dürfte das alles nur schwer umsetzbar sein und die Supermarktinhaber über Gebühr belasten.

Eine Lösung des Problems könnte ganz unkompliziert dadurch erreicht werden, dass die Lebensmittelmärkte ihren noch genießbaren Lebensmittelabfall nicht mehr auf ihrem Gelände wegsperren, sondern erreichbar an die Straße stellen. Auch ein entsprechendes verpflichtendes Gesetz wäre denkbar.<sup>66</sup> Änderungen im LFBG und KrWG könnten dafür sorgen, dass sich der Supermarktbetreiber durch das unverschlossene Bereitstellen der Müllcontai-

<sup>61</sup> Der Beschluss ist abrufbar unter: [https://www.schleswig-holstein.de/DE/Schwerpunkte/JUMIKO2019/Downloads/TO-PII\\_11.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.schleswig-holstein.de/DE/Schwerpunkte/JUMIKO2019/Downloads/TO-PII_11.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (zuletzt abgerufen am 8.7.2019).

<sup>62</sup> Ebenso Lorenz, jurisPR-StrafR 10/2019 Anm. 1.

<sup>63</sup> Vgl. hierzu Malkus (Fn. 34), Magazin für Restkultur, S. 5; Lorenz, jurisPR-StrafR 10/2019 Anm. 1.

<sup>64</sup> Vgl. Handrik, tagesschau.de vom 16.1.1019, abrufbar unter: <https://www.tagesschau.de/ausland/tschechien-lebensmittel-101.html> (zuletzt abgerufen am 26.5.2019).

<sup>65</sup> Vgl. Ehrenstein, welt.de vom 5.3.2018, abrufbar unter: <https://www.welt.de/politik/deutschland/article174210707/Streit-um-Essener-Tafel-Sollten-Supermaerkte-aussortierte-Waren-spenden-muessen.html> (zuletzt abgerufen am 26.5.2019)

<sup>66</sup> So Malkus (Fn. 34), Magazin für Restkultur S. 5.

ner nicht seinerseits Haftungs-, Bußgeld- oder gar Strafbarkeitsrisiken ausgesetzt sieht.

## V. Fazit

Containern ist in Deutschland trotz der nationalen Strategie zur Reduzierung der Lebensmittelverschwendung nach wie vor strafbar. Daran werden auch gut gemeinte Gesetzesanträge, die primär auf eine Strafflosstellung wegen Diebstahls abzielen, nichts ändern. Differenzierende Ausnahmeregelungen für Containern-Fälle in §§ 242, 303 und 123 StGB liefen auf eine nicht wünschenswerte Einzelfallkasuistik im Strafrecht hinaus. Über eine klarstellende, ergänzende Regelung der Dereliktion bei Lebensmittelabfällen kann man dagegen nachdenken, auch wenn

es an den Strafbarkeitsrisiken im Hinblick auf die Sachbeschädigung und den Hausfriedensbruch nichts ändert. Sinnvoller ist es, ganz im Sinne der nationalen Strategie zur Reduzierung der Lebensmittelverschwendung, Supermärkten ohne Haftungsrisiken die rechtliche Möglichkeit einzuräumen, entsorgte Lebensmittel in entsprechenden Behältnissen so zu platzieren, dass Mülltaucher sich ohne Strafbarkeitsrisiken daraus bedienen können. Änderungen im Strafgesetzbuch sind dann unnötig.

Solange die Politik nicht entsprechende Maßnahmen ergreift, sei zumindest an die Staatsanwaltschaften appelliert, die Containern-Verfahren einzustellen. Die Supermarkthaber ihrerseits sollten auf die Stellung von Strafanträgen großzügig verzichten.

## Datenschutzrechtliche Schattengewächse in den Ländern – Herausforderungen bei der Umsetzung der JI-Richtlinie für die Polizei –

von Dr. Sebastian J. Golla\*

### Abstract

*Dieser Beitrag untersucht die Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 (JIRL) durch die neuen Polizei- und Datenschutzgesetze der Länder. Er gibt einen kurzen Überblick über die abgeschlossenen und laufenden Verfahren hierzu und untersucht einige Problemschwerpunkte bei der Umsetzung. Defizite weisen die Regelungen zur Einwilligung, den Ausnahmen von Betroffenenrechten sowie zu den Befugnissen der Datenschutzaufsicht auf.*

*This article examines the implementation of the Directive (EU) 2016/680 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 (JIRL) through the new police laws and data protection laws in the German federal Länder. It provides a short overview of the completed and ongoing proceedings and analyzes several key problems that occurred in the implementation process. Deficits become apparent in the rules about consent to data processing, the exceptions from individual rights and the competences of data protection authorities.*

### I. Polizeilicher Datenschutz im Wandel

Der Umgang mit personenbezogenen Daten ist das tägliche Brot der Polizei. Er erfuhr in den 1980er- und 1990er-Jahren infolge des Volkszählungsurteils des *BVerfG*<sup>1</sup> erstmals eine ausführliche gesetzliche Normierung. Aktuell befinden sich die betreffenden Regelungen im Umbruch. Eine wesentliche Ursache hierfür ist die Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 (JIRL).<sup>2</sup> Sie macht umfassende Vorgaben für die Verarbeitung von personenbezogenen Daten zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung, einschließlich des Schutzes vor und der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit, durch die hierfür zuständigen Behörden (Art. 2 Abs. 1

i.V.m. Art. 1 Abs. 1 JIRL). Damit erfasst die JIRL unter anderem die polizeiliche Datenverarbeitung zu präventiven und repressiven Zwecken.<sup>3</sup> Dies legt auch ErwGr 12 S. 1 JIRL nahe, nach dem die Tätigkeiten der Polizei „hauptsächlich auf die Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten ausgerichtet“ sind, auch wenn „nicht von vornherein bekannt ist, ob es sich um Straftaten handelt oder nicht.“

Die Umsetzung der JIRL hat damit eine potentiell hohe Relevanz für die polizeiliche Praxis. Dennoch findet sie momentan verhältnismäßig wenig Beachtung in der Öffentlichkeit und Fachkreisen. Dies liegt auch daran, dass die Umsetzung der JIRL gleich doppelt im Schatten steht: Zum einen ist die JIRL neben der gleichzeitig verabschiedeten Verordnung (EU) 2016/679 (DSGVO) der weniger beachtete Part der europäischen Datenschutzreform.<sup>4</sup> So wird die JIRL auch als „kleine Schwester“<sup>5</sup> der DSGVO bezeichnet. Die mit hohen Bußgeldandrohungen und einer unmittelbaren Geltung ausgestattete DSGVO erhielt besonders zu ihrem Geltungsbeginn massive öffentliche Aufmerksamkeit, wenn auch diese zum Teil von unpräzisen Informationen begleitet war. Die JIRL hingegen spielte in der Berichterstattung kaum eine Rolle und wurde teilweise auch mit der DSGVO verwechselt.<sup>6</sup>

Der zweite Schatten, der sich über die Umsetzung der JIRL gelegt hat, sind die hiervon unabhängig laufenden Reformen der Polizeigesetze der Länder. Die hier eingeführten oder diskutierten Änderungen sind äußerst grundrechtssensibel und ungleich öffentlichkeitswirksamer als die von der JIRL vorgesehenen Änderungen. Es ist kein Wunder, dass etwa die Einführung neuer Befugnisse zur Quellen-Telekommunikationsüberwachung und Online-Durchsuchung, die stärkere Bewaffnung der Polizei sowie die Präventivhaft für Gefährder mehr Aufmerksamkeit er-

\* Der Verfasser ist wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz.

<sup>1</sup> BVerfGE 65, 1.

<sup>2</sup> Eine weitere Triebkraft der aktuellen Reformen der Regelungen zum polizeilichen Datenschutz ist das Urteil des *BVerfG* zum BKAG; BVerfGE 141, 220. Allerdings ist insbesondere zweifelhaft, inwiefern dieses eine Umstellung der polizeilichen Informationsordnung erfordert.

<sup>3</sup> Nicht von der JIRL erfasst erscheint hingegen die sonderordnungsbehördliche Gefahrenabwehr. Der Zusatz „einschließlich des Schutzes vor und der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit“ lässt sich so verstehen, dass Datenverarbeitungen zu diesen Zwecken nur dann vom Anwendungsbereich der JIRL erfasst sind, wenn ein Bezug zu den zuvor genannten „Zwecken der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung“ besteht; vgl. *Bäcker*, in: Hill/Kugelman/Martini, Perspektiven der digitalen Lebenswelt, 2017, S. 63 (66 f.); *Hornung/Schindler/Schneider*, ZIS 2018, 566 (572); *Schwabenbauer*, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 6. Aufl. (2018), Kap. G Rn. 376.

<sup>4</sup> Vgl. *Aden*, vorgänge 2018, 93 (94); *Bäcker*, in: Hill/Kugelman/Martini, S. 63 f.; *Hornung/Schindler/Schneider*, ZIS 2018, 566.

<sup>5</sup> *Schwichtenberg*, DuD 2016, 605.

<sup>6</sup> Vgl. etwa <http://www.bpb.de/politik/hintergrund-aktuell/269454/neue-polizeigesetze> (zuletzt abgerufen am 14.5.2019).

regen als die von der JIRL vorgesehenen Vorgaben an Datenstrukturen und Betroffenenrechte. Zumindest unglücklich ist aber, dass die Umsetzung der JIRL bei einer Umsetzung gleichzeitig mit diesen Reformen zum unbeachteten Annex gerät.

## II. Stand der Umsetzung der JIRL

Die JIRL war zum 6. Mai 2018 umzusetzen. Allerdings haben im Frühjahr 2019 nur etwa die Hälfte aller Bundesländer<sup>7</sup> die Umsetzung der JIRL aus ihrer Sicht vollständig abgeschlossen. Aus manchen Ländern sind hingegen noch keinerlei konkrete Entwürfe zur Umsetzung der JIRL (öffentlich) bekannt – so etwa aus Bremen und dem Saarland. Soweit die Umsetzung bereits erfolgt oder konkret angegangen ist, lassen sich unterschiedliche gesetzgeberische Ansätze nachvollziehen. Einige Länder haben die Umsetzung der JIRL zunächst im Wesentlichen in den allgemeinen Datenschutzgesetzen geplant bzw. vollzogen.<sup>8</sup> Andere Länder nehmen die Umsetzung über spezielle Fachgesetze bzw. eigene JIRL-Gesetze in Angriff.<sup>9</sup>

Mit Blick auf den polizeilichen Bereich haben die unterschiedlichen Ansätze verschiedene Vor- und Nachteile. Soweit die Umsetzung der JIRL im Wesentlichen in den allgemeinen Datenschutzgesetzen erfolgt, werden diese neben den Polizeigesetzen heranzuziehen sein, wenn es um die Verarbeitung personenbezogener Daten geht. Die Polizeigesetze werden in diesen Fällen regelmäßig Verweise auf die allgemeinen Datenschutzgesetze enthalten. Der polizeiliche Anwender muss in diesem Fall also mit zwei Gesetzen nebeneinander arbeiten. Für den Gesetzgeber besteht gleichzeitig die Herausforderung, die Schnittstellen zwischen dem allgemeinen Polizeirecht und dem Datenschutzrecht sauber auszugestalten.

Ähnliches ergibt sich, soweit die Umsetzung in speziellen „JIRL-Gesetzen“ erfolgt, die die Umsetzung der JIRL nicht in einem Zug mit der Nutzung von Spielräumen der DSGVO regeln. Zwar begünstigt diese Form der Umsetzung eine gründliche und konsistente Umsetzung der Vorgaben der JIRL, da die Gefahr geringer ist, dass diese mit Regelungen zur Nutzung der Spielräume der DSGVO vermengt werden. Auch hier wird der Anwender aber in der Regel zusätzlich spezielle Fachgesetze zu Rate ziehen müssen. Ein dritter Weg der Regelung wäre, die Umsetzung der JIRL (fast) ausschließlich in den Fachgesetzen vorzunehmen. Dies könnte allerdings zu einem massiven Anwachsen dieser Gesetze führen. Soweit ersichtlich hat sich kein Bundesland für letzteren Weg der Umsetzung entschieden.

## III. Ausgewählte Probleme der Umsetzung

Im Folgenden betrachtet der Beitrag einige zentrale Probleme bei der Umsetzung der JIRL für den polizeilichen Bereich im Landesrecht.<sup>10</sup> Die Gesetzgebungsverfahren in den Ländern offenbaren hier unterschiedliche Probleme, teils aber auch Gemeinsamkeiten. Die folgenden Ausführungen sind nicht abschließend, sondern beziehen sich auf drei zentrale „Baustellen“ bei der Umsetzung der JIRL, die in gleich mehreren Ländern Schwierigkeiten bereiten.

### 1. Die Einwilligung als Verarbeitungsgrund

Probleme werfen zunächst jene Vorschriften der Gesetze zur Umsetzung der JIRL auf, die die Einwilligung der betroffenen Person als Rechtsgrundlage einer Datenverarbeitung im polizeilichen Bereich vorsehen.<sup>11</sup>

#### a) Das Grundproblem der Freiwilligkeit

Die Einwilligung ist als Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung im polizeilichen Bereich grundsätzlich problematisch. Dies beruht auf ihrer Voraussetzung der Freiwilligkeit. Die Einwilligung ist Ausdruck der informationellen Selbstbestimmung des Betroffenen.<sup>12</sup> Wird eine Person jedoch mit behördlichen Maßnahmen zur Strafverfolgung, Kriminalprävention oder Gefahrenabwehr konfrontiert, befindet sie sich regelmäßig in einer Drucksituation. Sie muss damit rechnen, dass sie, wenn sie nicht in eine Datenverarbeitung einwilligt, zu deren Duldung oder aktiver Mitwirkung verpflichtet wird und ihr durch die Weigerung Nachteile drohen. Das Verhältnis zwischen Polizei und Bürger ist nicht von freien Entscheidungsspielräumen und einvernehmlichem Handeln, sondern einseitiger Hoheitsausübung geprägt.<sup>13</sup>

Dem Umstand, dass die Freiwilligkeit der Einwilligung gegenüber öffentlichen Stellen besonders problematisch ist, trägt auch die – für die Polizei weitestgehend nicht anwendbare<sup>14</sup> – DSGVO Rechnung. Nach ErwGr 43 DSGVO ist die Einwilligung keine gültige Rechtsgrundlage, wenn sie gegenüber einer Behörde abgegeben wird und es deshalb in Anbetracht aller Umstände des konkreten Falls unwahrscheinlich ist, dass sie freiwillig erteilt wurde. Die Möglichkeit einer Einwilligung birgt auch das Risiko, dass Behörden die Voraussetzungen, die Ermächtigungsgrundlagen an eine Datenverarbeitung stellen, umgehen oder Maßnahmen ergreifen, die gesetzlich gerade nicht vorgesehen sind.<sup>15</sup> Damit verbunden ist die Gefahr, dass Behörden ihre Machtposition gegenüber dem Bürger nutzen, um eine Einwilligung zu erlangen, auch wenn diese nur unter Zwang abgegeben wird. Dieses Miss-

<sup>7</sup> Bayern, Berlin, Hessen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Schleswig-Holstein und Thüringen.

<sup>8</sup> Bayern, Berlin, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Schleswig-Holstein und Thüringen.

<sup>9</sup> Baden-Württemberg, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Saarland, Sachsen und Sachsen-Anhalt.

<sup>10</sup> Vgl. vorwiegend zu der Umsetzung der JIRL im BDSG *Aden*, vorgänge 2018, 93 (98 ff.).

<sup>11</sup> Dazu ausführlich *Golla/Skobel*, GSZ 2019 (im Erscheinen).

<sup>12</sup> *Geiger*, NVwZ 1989, 35 (37); *Ingold*, in: Sydow, DSGVO, 2. Aufl. (2018), Art. 7 Rn. 40.

<sup>13</sup> *Eßer*, in: Auernhammer, DSGVO/BDSG, 6. Aufl. (2018), Art. 4 DSGVO Rn. 98; *Aden*, vorgänge 2018, 93.

<sup>14</sup> Vgl. Art. 2 Abs. 2 lit. c DSGVO.

<sup>15</sup> *Stief*, StV 2017, 470 (470 f.).

brauchspotential spricht dafür, dass eine gegenüber Polizei und Strafjustiz erteilte Einwilligung in vielen Fällen nicht als freiwillig anzusehen ist.

#### b) Vorgaben der JIRL

Die beschriebene Problematik kommt auch in der JIRL zum Ausdruck. Diese nennt die Einwilligung in ihrem verfügbaren Teil nicht als möglichen Erlaubnistatbestand zur Datenverarbeitung. Nach Art. 8 Abs. 1 JIRL ist eine Datenverarbeitung nur dann rechtmäßig, wenn sie zur Erfüllung einer Aufgabe der zuständigen Behörde erforderlich ist und auf der Grundlage des Unionsrechts oder des Rechts der Mitgliedsstaaten erfolgt. Die Vorschrift muss nach Art. 8 Abs. 2 JIRL zumindest die Ziele der Verarbeitung, die personenbezogenen Daten, die verarbeitet werden sollen, und die Zwecke der Verarbeitung angeben.<sup>16</sup>

Dass die Einwilligung als Verarbeitungsgrund nicht vollständig ausgeschlossen ist, legen ErwGr 35 und 37 JIRL nahe. Dabei stellt ErwGr 35 zunächst die Situationen, in denen eine Einwilligung nicht erteilt werden kann, in den Vordergrund und erweckt den Eindruck, dass die Einwilligung als Grundlage der Verarbeitung in weiten Bereichen ausgeschlossen ist.<sup>17</sup> Nach ErwGr 35 S. 6 JIRL sollen die Mitgliedstaaten jedoch nicht daran gehindert sein, „durch Rechtsvorschriften vorzusehen, dass die betroffene Person der Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten für die Zwecke dieser Richtlinie zustimmen kann, beispielsweise im Falle von DNA-Tests in strafrechtlichen Ermittlungen oder zur Überwachung ihres Aufenthaltsorts mittels elektronischer Fußfessel zur Strafvollstreckung.“ Nach ErwGr 37 S. 5 JIRL kann eine Rechtsvorschrift die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten erlauben, wenn die betroffene Person ausdrücklich zugestimmt hat.

#### aa) Ausdrückliche und spezifische Regelung

Daraus ist zu folgern, dass die Einwilligung im Anwendungsbereich der JIRL nur bei einer ausdrücklichen Regelung Rechtsgrundlage einer Datenverarbeitung sein kann. Es bedarf einer gesetzlichen Vorschrift, die die Polizei zu der Einholung einer Einwilligung ermächtigt. Sie kann Datenverarbeitungen, die gesetzlich nicht vorgesehen sind oder für die die gesetzlichen Voraussetzungen nicht vorliegen, nicht auf eine Einwilligung der betroffenen Person stützen.<sup>18</sup>

Zweitens deuten ErwGr 35 S. 6 und ErwGr 37 S.5 JIRL

darauf hin, dass die Einwilligung im Anwendungsbereich der JIRL nur bezüglich spezifischer Fälle und Maßnahmen als Rechtsgrundlage der Datenverarbeitung geregelt werden kann, nicht aber als übergreifender Erlaubnistatbestand.<sup>19</sup> Der Gesetzgeber darf demnach nicht allgemein festlegen, dass eine Datenverarbeitung durch die Polizei zur Erfüllung ihrer Aufgaben zulässig ist, wenn die betroffene Person eingewilligt hat.

Zum Teil finden sich in den Polizei- und Landesdatenschutzgesetzen in Umsetzung der JIRL (bzw. Entwürfen hierzu) aber Regelungen, nach denen die Polizei umfangreich Daten auf Grundlage einer Einwilligung verarbeiten kann. So ist nach der neuen polizeilichen Generalklausel zur Datenerhebung in § 9 Abs. 1 Nr. 2 PolG NRW eine Datenerhebung nach Einwilligung der betroffenen Person grundsätzlich zulässig. Diese Vorschrift ist nicht spezifisch genug. Ähnlich unspezifisch ist Art. 28 Abs. 2 Nr. 2 BayDSG, der unter anderem Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO im Geltungsbereich der JIRL für anwendbar erklärt und damit die Einwilligung zum allgemeinen Verarbeitungsgrund erhebt. Dies ist mit den beschriebenen Vorgaben der JIRL nicht vereinbar.

Allgemeine Vorschriften, die die Anforderungen an eine Einwilligung regeln, aber eine weitere Rechtsvorschrift für die Einwilligung erfordern, sind hingegen weniger problematisch – so etwa § 36 Abs. 1 BlnDSG, § 46 Abs. 1 HDSIG, § 33 Abs. 1 DSG RP, § 27 Abs. 1 LDSG SH, § 39 Abs. 1 ThürDSG sowie § 7 Sächsisches Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 (SächsDSUG). Diese Vorschriften sind andererseits nur eingeschränkt hilfreich, da sie lediglich einen allgemeinen Rahmen für die Voraussetzungen der Einwilligung regeln können.

#### bb) Inhaltliche Anforderungen

Die inhaltlichen Anforderungen an die Wirksamkeit einer Einwilligung müssen im Anwendungsbereich der JIRL mindestens so streng sein wie im Anwendungsbereich der DSGVO, da der Richtlinienggeber gegenüber Einwilligungen wesentlich skeptischer war als der Verordnungsgeber.<sup>20</sup> Dass die Datenschutzgesetze für die Einwilligung im Anwendungsbereich der JIRL auf die Vorschriften der DSGVO (Art. 4 Nr. 11 und Art. 7 DSGVO) zurückgreifen,<sup>21</sup> ist vor diesem Hintergrund grundsätzlich sinnvoll.

Die Voraussetzung der Freiwilligkeit bedarf allerdings im Anwendungsbereich der JIRL einer weiteren Konkretisierung. Grenzen setzt der Freiwilligkeit zunächst ErwGr 35

<sup>16</sup> Dabei ist unklar, worin der Unterschied zwischen „Ziel“ und „Zweck“ der Verarbeitung bestehen soll; vgl. *Bäcker*, in: Hill/Kugelmann/Martini, S. 63 (69). Beide Worte sind Synonyme (ebenso in der englischen Fassung „objective“ und „purpose“ und in der französischen „objektives“ und „finalités“). Es ergibt sich auch nicht aus ErwGr 33 oder sonst im Zusammenhang mit der JIRL, dass zwischen Ziel und Zweck einer Verarbeitung zu unterscheiden wäre.

<sup>17</sup> *Johannes/Weinhold*, Das neue Datenschutzrecht bei Polizei und Justiz, 2018, § 1 Rn. 154.

<sup>18</sup> *Bäcker/Hornung*, ZD 2012, 147 (150).

<sup>19</sup> Ähnlich *Bäcker*, in: Hill/Kugelmann/Martini, S. 63 (71); vgl. ebenfalls spezifische Regelungen befürwortend *Johannes/Weinhold*, § 1 Rn. 157.

<sup>20</sup> *Spiecker gen. Döhmann*, Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU und Bündnis 90/Die Grünen für ein Hessisches Gesetz zur Anpassung des Hessischen Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) Nr. 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) Nr. 2016/680 und zur Informationsfreiheit – LT-Drs. 19/5728, S. 33; a.A.: BR-Drs. 110/17 (B), S. 43.

<sup>21</sup> Dies erfolgt durch eine (abgeänderte) Übernahme des Wortlauts dieser Normen in den Umsetzungsvorschriften (§ 36 BlnDSG; § 46 HDISG; § 33 NDSG; § 38 DSG NRW; § 33 RPDSG; § 7 SächsDSUG; § 27 SHDSG; § 39 ThürDSG) oder dadurch, dass sie im Anwendungsbereich der JIRL für anwendbar erklärt werden (Art. 28 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BayDSG; § 2 Abs. 6 BbgDSG; § 3 DSG-MV).

S. 3 und 4 JIRL. Demnach soll die Einwilligung „keine rechtliche Grundlage für die Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden darstellen“, wenn „die zuständigen Behörden natürliche Personen auffordern oder anweisen [können], ihren Anordnungen nachzukommen“. Bei der Aufforderung, einer rechtlichen Verpflichtung nachzukommen, bestehe keine Wahlfreiheit und daher kein Spielraum für eine freiwillige Einwilligung (ErwGr 35 Satz 5 JIRL). Im Falle einer Duldungs- oder Mitwirkungspflicht bei der Datenverarbeitung ist eine Einwilligung damit kategorisch ausgeschlossen.<sup>22</sup>

Um im Einzelfall abzusichern, dass eine Einwilligung freiwillig erteilt wird, ist vor allem wichtig, dass die betroffene Person präzise und vollständig über die Freiwilligkeit der Einwilligung, die Folgen ihrer Verweigerung und die Möglichkeit eines Widerrufs belehrt wird. Dieses Erfordernis hängt mit der Voraussetzung der Informiertheit der Einwilligung zusammen. Vorschriften, die die Einwilligung der betroffenen Person als Rechtsgrundlage der Datenverarbeitung vorsehen, müssen danach sicherstellen, dass die betroffene Person darüber informiert wird, dass sie frei über die Erteilung der Einwilligung entscheiden und diese jederzeit widerrufen kann sowie dass ihr keine Nachteile daraus entstehen, wenn sie die Einwilligung verweigert oder widerruft.

Die in den Gesetzen zur Umsetzung der JIRL vorgesehenen Pflichten genügen dem teilweise nicht. So ist beispielsweise in § 7 Abs. 4 S. 3 SächsDSUG vorgesehen, dass die Aufklärung über die Folgen einer Verweigerung der Einwilligung nur ausnahmsweise zu erfolgen hat. Dies ist unzureichend, da nicht davon auszugehen ist, dass die betroffene Person ihre Einwilligung regelmäßig in der Vorstellung erteilt, ihr stehe eine Wahlmöglichkeit gegenüber der Polizei zu. § 36 Abs. 4 S. 4 BlnDSG hingegen sieht den Hinweis auf die Folgen der Verweigerung einer Einwilligung grundsätzlich vor.

Auch sonst muss die betroffene Person über die für ihre Einwilligung bedeutenden Umstände informiert sein und die Auswirkungen ihrer Einwilligung zum Zeitpunkt der Abgabe erfassen können. So muss sie vor der Einwilligung in eine Datenverarbeitung mindestens wissen, welche ihrer Daten von wem zu welchem Zweck wie verarbeitet werden sollen.<sup>23</sup> Darüber hinaus muss der betroffenen Person ausreichend Zeit eingeräumt werden, um sich die Entscheidung zu überlegen und ggf. Rechtsrat einzuholen.<sup>24</sup> Dies kann nötig sein, da die betroffene Person häufig nicht einschätzen können wird, ob rechtliche Ausführungen der Behörde zu den Voraussetzungen der Datenerhebungsmaßnahme richtig sind. Im Anwendungsbereich der JIRL ist es stets im Sinne der entsprechenden

Vorschriften der Umsetzungsgesetze notwendig, die betroffene Person über die Folgen der Verweigerung der Einwilligung zu belehren und sie zu informieren, ob die Maßnahme auch zwangsweise angeordnet werden kann.<sup>25</sup> So wird verhindert, dass diese eine Einwilligung erteilt, weil sie davon ausgeht, dass ihr ansonsten Sanktionen drohen oder sie zur Duldung der Maßnahme verpflichtet wird, obwohl dafür keine Rechtsgrundlage besteht bzw. die Voraussetzungen der Rechtsgrundlage nicht erfüllt sind.

## 2. Ausnahmen zu den Betroffenenrechten

Weitere Probleme bestehen im Zusammenhang mit der Umsetzung der Betroffenenrechte. Die JIRL enthält – ähnlich wie die DSGVO – weitreichende Rechte, über Datenverarbeitungsvorgänge informiert zu werden sowie auf diese einwirken zu dürfen.<sup>26</sup> Bei der Umsetzung der Regelungen im polizeilichen Bereich begegnen vor allem die im Zusammenhang mit den Betroffenenrechten vorgesehenen Ausnahmen Bedenken.

### a) Ausnahmen zu Sicherheitszwecken

Die JIRL erlaubt die Regelung von Ausnahmen von Betroffenenrechten unter anderem, wenn die Einschränkung dieser Rechte zur Gewährleistung unbehinderter behördlicher Ermittlungen sowie Verfahren oder zum Schutz der öffentlichen oder nationalen Sicherheit notwendig ist.<sup>27</sup> Teilweise erscheinen die in den Gesetzen zur Umsetzung der JIRL zu diesen Zwecken vorgesehenen Ausnahmen allerdings zweifelhaft. Dies gilt etwa für Regelungen, die die Wahrung von Betroffenenrechten bei der Übermittlung von Daten an Verfassungsschutzbehörden, den Bundesnachrichtendienst oder den Militärischen Abschirmdienst pauschal von einer Zustimmung dieser Stellen abhängig machen. So stehen in § 12 Abs. 3 SächsDSUG die Benachrichtigungspflicht und in § 13 Abs. 3 SächsDSUG das Auskunftsrecht unter entsprechenden Vorbehalten. Zwar können in vielen Fällen der Übermittlung an die genannten Stellen Sicherheitsbelange die Beschränkung der Betroffenenrechte rechtfertigen. Dies aber ohne weitere Prüfung grundsätzlich anzunehmen und die Wahrung der Betroffenenrechte in entsprechenden Fällen von der Regel zur Ausnahme zu machen, erscheint aber als zu weitgehend.

Eine Prüfung, ob Sicherheitsbelange der Wahrung der Betroffenenrechte entgegenstehen, ist auch bei Übermittlung von Informationen an Nachrichtendienste nicht entbeh-

<sup>22</sup> Schwichtenberg, DuD 2016, 605 (606).

<sup>23</sup> Gierschmann, in: Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil, DSGVO, 2018, Art. 7 Rn. 77 ff.

<sup>24</sup> Schwichtenberg, DuD 2016, 605 (607).

<sup>25</sup> Schwichtenberg, in: Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG, 2. Aufl. (2018), § 51 BDSG Rn. 6; Stief, StV 2017, 470 (476).

<sup>26</sup> Im Unterschied zur DSGVO enthält die JIRL aber kein Widerspruchsrecht (Art. 21 DSGVO) sowie kein Recht auf Datenübertragbarkeit (Art. 20 DSGVO). Letzteres würde im polizeilichen Bereich auch kaum Sinn ergeben, da Betroffene etwa wenig Interesse daran haben dürften, über sie gespeicherte Informationen aus einer Polizeidatenbank in eine andere Datenbank zur Strafverfolgung übertragen zu lassen.

<sup>27</sup> Vgl. Art. 13 Abs. 3 (Benachrichtigungspflicht), Art. 15 Abs. 1 (Auskunftsrecht) und Art. 16 Abs. 4 JIRL (Recht auf Berichtigung oder Löschung personenbezogener Daten und Einschränkung der Verarbeitung).

lich. Dies gebietet die fundamentale Bedeutung der Betroffenenrechte für das Datenschutzrecht.<sup>28</sup> Auch die Datenschutzaufsichtsbehörden dürften im Übrigen regelmäßig in der Lage sein, eine Abwägung zwischen den Belangen des Datenschutzes und der öffentlichen Sicherheit vorzunehmen, so dass die Prüfung dieser Voraussetzung nicht ausschließlich auf die Nachrichtendienste verlagert werden sollte.

#### b) Bevormundende Ausnahmen

Während die zuvor betrachteten Ausnahmen zu Betroffenenrechten zumindest in ihrer Grundausrichtung noch nachvollziehbar sind, sehen die Gesetze zur Umsetzung der JIRL teilweise auch Ausnahmen vor, deren Zielrichtung schon überaus zweifelhaft ist. So enthalten einzelne Regelungen Ausnahmen von den Betroffenenrechten, die zumindest ihrem Wortlaut nach dazu dienen sollen, die Interessen der betroffenen Person, die selbst ein Recht geltend macht, zu schützen. So sieht eine Ausnahme von dem Recht auf Löschung in § 14 Abs. 2 S. 2 SächsDSUG vor, von einer verlangten Löschung abzusehen, „wenn Grund zu der Annahme besteht, dass durch eine Löschung schutzwürdige Interessen der betroffenen Person beeinträchtigt würden“.

Diese Regelung ist nicht von der JIRL gedeckt. Art. 16 Abs. 3 JIRL beschränkt die Möglichkeit, eine Einschränkung der Verarbeitung statt einer Löschung vorzusehen, im Wesentlichen auf die Fälle, dass die betroffene Person die Richtigkeit der personenbezogenen Daten bestreitet und die Richtigkeit oder Unrichtigkeit nicht festgestellt werden kann (Art. 16 Abs. 3 lit. a JIRL) sowie dass die personenbezogenen Daten für Beweiszwecke weiter aufbewahrt werden müssen (Art. 16 Abs. 3 lit. b JIRL). Hier findet sich die in § 14 Abs. 2 S. 2 SächsDSUG vorgesehene Ausnahme nicht wieder.

Wie sich aus ErwGr 47 S. 4 JIRL<sup>29</sup> ergibt, sollen zusätzlich berechnete Interessen betroffener Personen Ausnahmen von den Löschungspflichten ermöglichen. Dies findet in Art. 16 JIRL zwar nicht direkt Ausdruck, lässt sich aber aus Art. 4 und Art. 8 JIRL als Legitimierung der weiteren Verarbeitung herleiten. Verstünde man § 14 Abs. 2 S. 2 SächsDSUG so, dass dieser die Interessen eines dritten Betroffenen schützen soll, der die Löschung nicht verlangt hat, könnte dieser noch von der JIRL gedeckt sein. Datensätze können unterschiedliche Personen betreffen, von denen manche ein Interesse an einer Löschung haben, während dies bei anderen nicht der Fall ist.<sup>30</sup>

Allerdings bezeichnet der Wortlaut der Regelung allem Anschein nach mit „der betroffenen Person“, deren Interessen der Löschung entgegenstehen können, die Person, die selbst die Löschung verlangt. Diese Person hat durch ihr Lösungsbegehren aber gerade zum Ausdruck gebracht, dass die Löschung in ihrem Interesse ist. Der Löschung entgegenzuhalten, die Person würde sich damit selbst schaden, erscheint als unzulässige Bevormundung, die dem Sinn und Zweck des Betroffenenrechts zuwiderläuft. Auch wenn § 14 Abs. 2 S. 2 SächsDSUG irrtümlich falsch formuliert sein sollte, erscheint die Regelung nicht mit Art. 16 Abs. 3 JIRL vereinbar. Noch mit der JIRL vereinbar erschiene die Regelung, würde sie unbestimmt auf die Interessen einer betroffenen Person<sup>31</sup> oder ausdrücklich auf die Interessen einer anderen Person abstellen.

#### c) Unverhältnismäßiger Aufwand

Zum Teil sehen die Gesetze zur Umsetzung der JIRL im polizeilichen Bereich noch weitere Ausnahmen von den Betroffenenrechten vor, deren Vereinbarkeit mit den Vorgaben der Richtlinie zumindest zweifelhaft ist. Ein „Klassiker“ sind hierbei Regelungen, die aufgrund eines unverhältnismäßigen Aufwandes bei der Wahrung von Betroffenenrechten Ausnahmen von diesen vorsehen.<sup>32</sup>

So soll etwa nach § 44 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BlnDSG, § 32 Abs. 3 S. 1 PolG NRW in Verbindung mit § 50 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 DSGVO NRW, § 53 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 HDSIG sowie § 34 Abs. 3 Satz 3 LDSG Schleswig-Holstein ein unverhältnismäßiger Aufwand eine Ausnahme von dem grundsätzlichen Recht auf Löschung personenbezogener Daten begründen. Diesen Fall nennt Art. 16 Abs. 3 JIRL allerdings nicht als mögliche Ausnahme.<sup>33</sup> Die Regelung ist so zu verstehen, dass ein ökonomischer oder administrativer Aufwand nicht vorgebracht werden kann, um das Lösungsrecht einzuschränken.<sup>34</sup> Die genannten Regelungen sind damit mit der JIRL unvereinbar.

### 3. Befugnisse der Datenschutzaufsicht

Schließlich enthalten mehrere Landesregelungen zur Umsetzung der JIRL keine ausreichenden Befugnisse für die Datenschutzaufsicht.

#### a) Vorgaben der JIRL

Grundlage für die Befugnisse der Datenschutzaufsicht ist im Anwendungsbereich der JIRL deren Art. 47. Nach Abs. 1 S. 1 der Vorschrift haben die Mitgliedstaaten vorzusehen, dass jede Aufsichtsbehörde über wirksame Untersuchungsbefugnisse verfügt. Nach Art. 47 Abs. 2 JIRL sind zusätzlich wirksame Abhilfebefugnisse vorzusehen.

<sup>28</sup> Vgl. zum Recht auf Auskunft Art. 8 Abs. 2 S. 2 GRCh.

<sup>29</sup> „Insbesondere sollte statt der Löschung personenbezogener Daten die Verarbeitung eingeschränkt werden, wenn in einem konkreten Fall berechtigter Grund zu der Annahme besteht, dass eine Löschung die berechtigten Interessen der betroffenen Person beeinträchtigen könnte.“

<sup>30</sup> Vgl. BVerfGE 109, 279 (365).

<sup>31</sup> So etwa §§ 43 Abs. 3 i.V.m. 35 Abs. 3 Nr. 1 ThürDSG, § 44 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BlnDSG, § 34 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 LDSG SH, § 46 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 LDSG RP, § 53 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 HDSIG.

<sup>32</sup> Vgl. hierzu die ebenfalls hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit der JIRL problematischen §§ 57 Abs. 2, 58 Abs. 3 S. 1 Nr. 3, 66 Abs. 3 Nr. 3 BDSG.

<sup>33</sup> Vgl. ähnlich zu den Ausnahmetatbeständen in Art. 15 Abs. 1 JIRL *Bäcker*, in: Hill/Kugelmann/Martini, S. 63 (82).

<sup>34</sup> Vgl. *Schantz*, in: Schantz/Wolff, Das neue Datenschutzrecht, 2017, Rn. 1244; *Schwichtenberg*, in: Kühling/Buchner, BDSG, § 58 Rn. 7.

Dazu können nicht nur Befugnisse zur (Ver-)Warnung gehören (Art. 47 Abs. 2 lit. a JIRL), sondern auch weitgehende Anweisungsrechte einschließlich des Rechtes, Verarbeitungsvorgänge einzuschränken oder zu verbieten (Art. 47 Abs. 2 lit. b und c JIRL).

Art. 47 JIRL erfordert zwar nicht, die in Abs. 2 der Vorschrift genannten Rechte wortlautgetreu umzusetzen. Das Gebot der Wirksamkeit dürfte aber zumindest minimale Befugnisse zu einer verbindlichen Einwirkung auf Datenverarbeitungen erfordern, die es ermöglichen, die unionsrechtlichen Vorgaben des Datenschutzrechtes zu schützen und eine gewisse Präventionswirkung gegenüber den Datenverarbeitern zu entfalten. Insofern lassen sich Parallelen zu dem Gebot der Wirksamkeit von Sanktionen zur Ahndung von Verstößen gegen unionsrechtliche Verhaltensnormen ziehen.<sup>35</sup> Eine funktionsfähige und mit ausreichenden Befugnissen ausgestattete Datenschutzaufsicht ist essentiell, um die Einhaltung und Durchsetzung des Datenschutzrechtes zu gewährleisten. Dies ist auch dem Umstand geschuldet, dass die Betroffenen selbst oftmals nicht über die Mittel verfügen oder ausreichende Anreize haben, um Datenschutzverstöße selbst zu verfolgen.

Für die Notwendigkeit, konkrete Rechte der Aufsichtsbehörden zur Einwirkung auf Datenverarbeitungsvorgänge vorzusehen, spricht auch Art. 46 Abs. 1 lit. a JIRL, wonach jeder Mitgliedstaat vorsieht, „dass jede Aufsichtsbehörde in seinem Hoheitsgebiet die Anwendung der nach dieser Richtlinie erlassenen Vorschriften sowie deren Durchführungsvorschriften überwacht und durchsetzt“. Eine Durchsetzung im engeren Sinne ist ohne verbindliche Einwirkungsbefugnisse nicht vorstellbar.

Im Ergebnis müssen die Aufsichtsbehörden nach Art. 47 Abs. 2 JIRL damit zumindest das Recht haben, konkrete Weisungen bezüglich einzelner Datenverarbeitungsvorgänge zu erteilen.<sup>36</sup> Auch die Art. 29-Datenschutzgruppe hat sich auf den Standpunkt gestellt, dass wirksame Abhilfebefugnisse im Sinne von Art. 47 Abs. 2 JIRL „verbindliche Befugnisse der Datenschutzaufsichtsbehörden, um bestimmte korrigierende Maßnahmen anzumahnen, zu verhängen oder anzuordnen und verbindliche Entscheidungen gegenüber Verantwortlichen zu erlassen“<sup>37</sup> erfordern.

Da auch in der polizeilichen Arbeit Potentiale zum Missbrauch personenbezogener Daten bestehen und entsprechende Fälle – etwa im Zusammenhang mit polizeilichen Datenbanken – bekannt sind, erschiene es naheliegend, die Datenschutzaufsicht in diesem Bereich mit ähnlichen Befugnissen auszustatten wie im Anwendungsbereich der DSGVO (nach deren Art. 58). Dies ist allerdings nicht

durch alle Umsetzungen der JIRL geschehen.

#### b) *Abgeschwächte Befugnisse in Rheinland-Pfalz*

So sind etwa in der Umsetzung der JIRL in Rheinland-Pfalz nur abgeschwächte Befugnisse der Datenschutzbefugten vorgesehen. Die Befugnis des LfDI Rheinland-Pfalz, nach § 42 Abs. 2 LDSG RP Anordnungen zur Beseitigung von Datenschutzverstößen zu treffen, ist auf Fälle beschränkt, in denen „dies zur Beseitigung eines erheblichen Verstoßes gegen datenschutzrechtliche Vorschriften erforderlich ist.“

Dies genügt einer wirksamen Abhilfebefugnis nicht. Das Erfordernis eines erheblichen Verstoßes schränkt die Handlungsmöglichkeiten der Datenschutzaufsicht zu stark ein. Es ist unklar, ab welcher Schwelle ein erheblicher Verstoß vorliegen soll. Mit dem Kriterium der „schwerwiegenden Persönlichkeitsbeeinträchtigung“ fand sich in einzelnen Regelungen des BDSG a.F.<sup>38</sup> ein ähnlich unklarer Begriff, zu dem sich spezifisch in Bezug auf das Datenschutzrecht keine klare Handhabe in Literatur und Rechtsprechung herausbildete.<sup>39</sup> Die Erheblichkeit eines Verstoßes festzustellen wird auch bei klaren Datenschutzverstößen eine zusätzliche Einzelfallbetrachtung erfordern, die eine wirksame Tätigkeit der Datenschutzaufsicht erschweren dürfte. Dass nicht erhebliche Verstöße gewissermaßen als „Kavaliersdelikte“ hingenommen werden müssen, ohne dass für die Aufsicht eine Abhilfemöglichkeit besteht, genügt der Voraussetzung der Wirksamkeit im Sinne von Art. 47 Abs. 2 JIRL nicht.

#### c) *„Zahnlose“ Regelungen in Hessen, Thüringen und Berlin*

Sogar noch weiter eingeschränkt sind die Befugnisse der Aufsicht im Anwendungsbereich der JIRL in den Regelungen von Hessen,<sup>40</sup> Thüringen<sup>41</sup> und Berlin<sup>42,43</sup> Nach § 7 Abs. 6 Satz 1 ThürDSAnpUG-EU hat der LfDI Thüringen bei Verstößen gegen das Datenschutzrecht außerhalb des Anwendungsbereiches der DSGVO zunächst eine Beanstandung auszusprechen und eine Stellungnahme von dem Verantwortlichen einzuholen. Nach Satz 5 der Vorschrift kann er erst weitere Maßnahmen von der obersten Landesbehörde und der Aufsichtsbehörde einfordern (aber nicht selbst treffen), wenn der Verstoß auf die Beanstandung nicht behoben wird. Eine ähnliche Regelung findet sich in § 13 Abs. 2 BlnDSG. Auch hiernach ist die Berliner LfDI im Anwendungsbereich der JIRL im Grunde auf das Instrument der Beanstandung beschränkt. So werden der Datenschutzaufsicht im polizeilichen Bereich die Zähne gezogen. Die Beanstandung selbst hat noch keine Sanktionswirkung und führt lediglich dazu,

<sup>35</sup> Vgl. hierzu Golla, in: Auernhammer, DSGVO/BDSG, 6. Aufl. (2018), Art. 84 DSGVO Rn. 4 f. m.w.N.

<sup>36</sup> Zurückhaltender, aber im Ergebnis ebenfalls Einwirkungsbefugnisse befürwortend Bäcker, in: Hill/Kugelman/Martini, S. 63 (83 f.).

<sup>37</sup> Art.-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme zu einigen grundlegenden Fragestellungen der Richtlinie Justiz/Inneres, EU 2016/680, WP 258, angenommen am 29. November 2017, S.30.

<sup>38</sup> §§ 42a Satz 1, 14 Abs. 2 Nr. 8, 38 Abs. 5 S. 2.

<sup>39</sup> Golla, Die Straf- und Bußgeldtatbestände der Datenschutzgesetze, 2015, S. 208 f.

<sup>40</sup> § 14 Abs. 3 HDSIG.

<sup>41</sup> § 7 Abs. 6 ThürDSAnpUG-EU.

<sup>42</sup> § 13 Abs. 2 BlnDSG.

<sup>43</sup> In dem Entwurf des LDSG Schleswig-Holstein bestand zunächst ein ähnliches Problem, das aber durch Einfügung des § 64 Abs. 4 LDSG Schleswig-Holstein behoben wurde; vgl. LfDI Hamburg, Schriftliche Anhörung des Innen- und Rechtsausschusses des schleswig-holsteinischen Landtags zum Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Datenschutzrechtes an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680, S. 6 ff.

dass der Adressat dazu verpflichtet wird, sich mit ihrem Gegenstand zu befassen. Eine echte Einwirkungsmöglichkeit hat der Datenschutzbeauftragte damit nicht. Es fehlt an wirksamen Abhilfebefugnissen im Sinne von Art. 47 Abs. 2 JIRL und damit an einer ausreichenden Umsetzung der Vorschrift.<sup>44</sup>

#### **IV. Fazit: Bedarf zur Nachbesserung**

Die bisherigen Erfahrungen mit der Umsetzung der JIRL im polizeilichen Bereich zeigen einige strukturelle Regelungsfehler auf diesem Gebiet. Diese betreffen unter anderem zentrale Themen wie die Tauglichkeit der Einwilligung als Grundlage von Datenverarbeitungen im polizei-

lichen Bereich und die Aufsichtsbefugnisse der Landesdatenschutzbeauftragten. Diese Aspekte haben mehrere Landesgesetzgeber fehlerhaft umgesetzt bzw. sind dabei, dies zu tun. Auch angesichts der Risiken und Missbrauchspotentiale, die mit den immensen polizeilichen Datenbeständen verbunden sind, verdient dieser Regelungsbereich eine größere Aufmerksamkeit und sorgfältigere Regelungen. Der polizeiliche Datenschutz darf im Schatten von DSGVO und anderweitigen Polizeirechtsreformen nicht vernachlässigt werden. Es ist zu hoffen, dass in den noch laufenden Gesetzgebungsverfahren sowie in Ergänzung der abgeschlossenen Verfahren Nachbesserungen zumindest in den zentralen Bereichen erfolgen.

---

<sup>44</sup> So auch Thüringer LfDI, Stellungnahme zum Gesetzentwurf Thüringer Datenschutz-Anpassungs- und Umsetzungsgesetz EU, S. 23 f.

## BUCHBESPRECHUNGEN

### **Frank Schmidt: Polizeiliche Videoüberwachung durch den Einsatz von Bodycams**

von *Rechtsanwalt und Fachanwalt  
für Strafrecht Arno Glauch*

2018, Nomos, Baden Baden, ISBN: 978-3-8487-5106-8,  
S. 520, Euro 119,00

#### **I. Einleitung**

Aufgrund der bestehenden technischen Möglichkeiten kommt zunehmend der Einsatz von Bodycams durch Polizeibeamte in Betracht. Anknüpfungspunkt der Untersuchung ist die von den Gesetzgebern zur Begründung behaupteten präventiven Wirkungen zur Deeskalation von Konflikten. Dabei stellen sich die Fragen nach der rechtlichen Zulässigkeit und den damit verbundenen Grenzen. In diesem Rahmen werden die verfassungsrechtlichen Anforderungen auch unter Berücksichtigung des zu schützenden Kernbereichs privater Lebensgestaltung geprüft.

Bei vorliegendem Werk handelt es sich um eine Dissertation an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität des Saarlandes aus dem Wintersemester 2017/2018. Betreut wurde die Arbeit von *Guckelberger*; Zweitgutachter war *Gröpl*.

#### **II. Ziele des Einsatzes von Bodycams**

Dem Vorwort ist zu entnehmen, dass das Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat den Druck der Arbeit gefördert hat. Diese Klarstellung ist erfreulich. Beginnt doch bereits der erste Satz der Untersuchung mit einem Zitat des damaligen Bundesinnenministers *de Maiziere*, der 2016 von einer Besorgnis erregenden Entwicklung in Bezug auf Gewalttaten gegen Polizeivollzugsbeamte sprach (S. 27). Zum Schutz von Polizeibeamten solle neben dem Strafrecht mit seinen spezial- und generalpräventiven Wirkungen über die Einführung verschiedener neuer Einsatzelemente im präventiv-polizeilichen Bereich diskutiert werden. Die Untersuchung bezieht sich unmittelbar auf die Vorschriften saarländischen Landesrechts, wobei die Vorschriften anderer Bundesländer im Einzelfall Erwähnung finden. Die Arbeit gliedert sich in 7 Kapitel.

Nach einer Einführung (1. Kapitel) wendet sich *Schmidt* im 2. Kapitel (S. 31 – 67) zunächst den Begriffsbestimmungen zu (S. 31 – 34) zu. Danach ist unter „Bodycam“ wörtlich eine „Körperkamera“ zu verstehen, wobei sie teilweise wegen ihrer Tragweise an der Schulter von Polizeibeamten auch als „Schulterkamera“ bezeichnet werde (S. 33).

Als Gründe für den Einsatz der Bodycam werden von den Gesetzgebern eine zunehmende Gewalt gegen Polizeibe-

amate genannt, wobei Bild- und Tonaufzeichnungen deeskalierende Wirkungen auf potentielle Angreifer zukommen soll. Auch der Schutz Dritter, insbesondere von Rettungskräften, komme in Betracht. Daneben sei Ziel, die nachgelagerte Verfolgung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten durch Einführung von Videosequenzen als Beweismittel in Straf- und Ordnungswidrigkeitsverfahren zu verbessern (S. 39).

Dazu abgegrenzt wird das sogenannte „Pre-Recording“, welches bereits das Entstehen von Gefahrensituationen dokumentieren soll.

#### **III. Gewalt und Polizeibeamte**

Das Phänomen von Gewalt gegen Polizeibeamte wird unter Zugrundelegung von Statistiken aus den Jahren 2011 bis 2016 dargestellt, wobei signifikante Steigerungen allein im Beobachtungszeitraum 2016 festzustellen sind (S. 41). Das Phänomen Gewalt durch Polizeibeamte findet nur kurz Erwähnung. In Deutschland fehle es dazu bislang an systematischen Untersuchungen. Zudem sei die legitimierte Ausübung unmittelbaren Zwanges von einer rechtswidrigen Gewaltanwendung abzugrenzen. Die Erhebungen des Statistischen Bundesamtes für den Zeitraum 2012 bis 2015 ließen beim Thema Polizeigewalt kein einheitliches Bild erkennen. *Schmidt* merkt an, dass auch die von Polizeigewalt Betroffenen ein Interesse an Videoaufnahmen haben könnten (S. 47 f.). Er stellt fest, dass der Schwerpunkt der bisherigen Überlegungen zur Einführung der Bodycam im Bereich der situativen Kriminalprävention liege (S. 48 – 52), wobei ein Hinweis auf die angebliche Akzeptanz von (stationären) Videoüberwachungsmaßnahmen durch die Bevölkerung erfolgt (S. 53 f.). Erfahrungen mehrerer Pilotprojekte in Hessen, Rheinland-Pfalz, dem Saarland und der Bundespolizei werden dargestellt (S. 54 – 59), ebenso internationale Untersuchungen zu den Wirkungen der Bodycam (S. 59 – 64).

Als Zwischenergebnis erfolgt die mit Fakten wenig unterlegte „Feststellung“, Gewalt gegen Polizeibeamte nehme „nicht nur quantitativ, sondern auch qualitativ besorgniserregende Ausmaße an“ (S. 65). Derartige Angriffe seien affektive Taten. Daher bestünden berechtigte Zweifel daran, ob durch den Einsatz der Bodycam Angriffe von nicht rational agierenden Tätern verhindert werden könnten (S. 65 f.).

#### IV. Videoüberwachung und der Schutz von Polizeibeamten

Im 3. Kapitel (S. 68 – 105) wendet sich *Schmidt* der von ihm definierten Ausgangslage der Untersuchung zu, nämlich der Frage des Schutzes von Polizeibeamten und Dritten in den Polizeigesetzen und Videoüberwachungsmaßnahmen.

Anhand der Polizeigesetze der Länder wird die Rechtslage zur Durchsuchung von Personen, die ortsbezogene Videoüberwachung bzw. bei öffentlichen Veranstaltungen dargestellt. Dabei finden auch die selbsttätigen Bildaufnahmegeräte bei der Bundespolizei gem. § 27 BPolG Erwähnung, welche den Einsatz von Videotechnik bereits im Vorfeld konkreter Gefahren zulassen (S. 89). Die Vorschriften nach den Versammlungsgesetzen und Datenschutzgesetzen werden erläutert, bevor der *Verfasser* die Neuartigkeit der polizeilichen Videoüberwachung durch den Einsatz von Bodycams darlegt (S. 93 – 105). *Schmidt* differenziert zwischen ortsbezogener Videoüberwachung, öffentlichen Veranstaltungen, Kontrollvorgängen, selbstständigen Bildaufnahmegeräten und der technischen Neuerung des Pre-Recordings. Letztes bedürfe wegen seiner Eingriffsqualität der gesetzlichen Ermächtigung.

Der Einsatz der Bodycam zur Abwehr einer konkreten Gefahr an öffentlich zugänglichen Räumen wird auf Grundlage von § 27 Abs. 2 Nr. 1 SPolG problematisiert. Mit der Anknüpfung an eine konkrete Gefahr werde in Abgrenzung an dauerhafte Videoüberwachungen eher an mobile und kurzfristige Maßnahmen gedacht. Insoweit fehle es an einer gesetzlichen Ermächtigung für Tonaufzeichnungen und Pre-Recording. Zudem verweist *Schmidt* auf die repressiven Einsatzmöglichkeiten aus § 100h Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StPO und § 81b 1. Alt. StPO. Er sieht die Bodycam als neues polizeiliches Einsatzinstrument an, welches eine rechtliche Neubewertung erforderlich mache.

#### V. Verfassungsrechtliche Anforderungen

In seinem 4. Kapitel als Hauptteil des Werkes befasst sich der *Verfasser* mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen an den Einsatz von Bodycams (S. 106 – 361).

##### 1. Recht auf informationelle Selbstbestimmung und Eingriffsqualität

Er beleuchtet die Gesetzgebungskompetenz sowie den Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Dazu wird die Dogmatik zum Eingriff beim Recht auf informationelle Selbstbestimmung in Bezug auf die Videobeobachtung, das Pre-Recording einschließlich der damit verbundenen Aufzeichnungs- und weiteren Datenverarbeitungsvorgänge dargestellt (S. 144 – 165). Im Weiteren untersucht *Schmidt* eine mögliche Rechtfertigung dieser Eingriffe. Dabei geht er auf den Gesetzesvorbehalt und die bisherigen landesrechtlichen Regelungen für den präventiv-polizeilichen Einsatz von Bodycams ein.

Im Einzelnen werden anhand der Kriterien des Bundesverfassungsgerichtes<sup>1</sup> zur Eingriffsintensität die verschiedenen technischen Vorgänge der Bild- und Tonaufzeichnungen, der Videobeobachtung, des Pre-Recordings sowie möglicher Einschüchterungseffekte unter dem Grundsatz der Normenklarheit und Bestimmtheit erörtert (S. 184 – 201). Der *Verfasser* gelangt zu dem Ergebnis, bei der Anfertigung von Bild- und Tonaufnahmen handle es sich um eine mittlere Eingriffsqualität, wobei eine mögliche Speicherung der Videosequenzen zur Verfolgung von Straftaten und Ordnungswidrigkeit die Eingriffsintensität weiter erhöhe. Allein die Videobeobachtung beeinträchtige Grundrechtspositionen nur geringfügig. Auch dem Pre-Recording komme „nur“ ein begrenztes Eingriffsge- wicht zu, wobei sich im Falle verdeckten Einsatzes die Eingriffsintensität erhöhe (S. 201). Die Begründung dieser Wertungen erscheint zweifelhaft, weil die ihnen zu Grunde gelegten sachlichen Kriterien nicht offengelegt werden.

##### 2. Bestimmtheit der Eingriffsnormen

Die Bestimmtheit des § 27 Abs. 3 SPolG und vergleichbarer landesrechtlicher Regelungen zum Einsatz von Bodycams werden näher untersucht. Dabei geht *Schmidt* konkret auf die Eingriffsschwelle der konkreten Gefahr, die Erforderlichkeit und die tatsächliche Geeignetheit der Bodycam als Maßnahme der Gefahrenvorsorge ein (S. 211 – 221). Er kommt zu dem Ergebnis, die gesetzliche Eingriffsgrundlage sei mit dem „Bestimmtheitsverbot“ vereinbar. Der Bürger könne hinreichend klar vorhersehen, dass eine Bodycam zur Gefahrenvorsorge zum Einsatz kommen kann. Dies gelte vor allem auch zur Verhütung nicht konkret drohender Straftaten (S. 222). Neben dem verzeihlichen Druckfehler („Bestimmtheitsverbot“) ist zu kritisieren, dass die Überlegungen zur Geeignetheit der Bodycam zur Deeskalation potenzieller Konfliktsituationen, ihre Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit nur schlagwortartig erfolgen, ohne in die gebotene dogmatische Tiefe zu gehen. Die Geeignetheit der Maßnahme wird nicht untersucht und auch nicht statistisch oder in sonstiger Weise belegt. Damit bewegen sich die Überlegungen außerhalb eines hinreichend gesicherten tatsächlichen Umfeldes.

In Bezug auf das Pre-Recording und die dauerhafte Aufzeichnung sieht *Schmidt* die saarländische Regelung als nicht sinnvoll an, während Regelungen anderer Bundesländer und des Bundes als hinreichend bestimmt angesehen werden (S. 240).

##### 3. Verhältnismäßigkeit des Einsatzes

Es folgen Ausführungen zur Verhältnismäßigkeit (S. 240 – 361). Hier finden die Kriterien der Geeignetheit und Erforderlichkeit nochmals Erwähnung.

##### a) Geeignetheit der Bodycam zur Deeskalation

Im Rahmen der Untersuchung zur Geeignetheit gibt

<sup>1</sup> BVerfGE 65, 1 (46 ff.); 112, 304 (315); 118, 168 (186), 120, 274 (315 f.); BVerfG, NVwZ 2007, 688 (691).

*Schmidt* den Hinweis, der Zweck einer deeskalierenden Wirkung könne durch die tatbestandliche Anknüpfung an eine konkrete Gefahr unterlaufen werden. Es stehe zu befürchten, dass eine deeskalierende Wirkung in dieser Situation gerade nicht mehr erreicht werden könne. Andererseits erscheine es aber auch nicht ausgeschlossen, dass von der Bodycam in konkreten Gefahrensituationen ein Beitrag zur Entspannung geleistet werden könne (S. 261 f.). Diese Gedanken hätten der Vertiefung bedurft. Denn wenn das vorgeschlagene Instrument zur Deeskalation eines Konfliktes und dem Schutz von Polizeibeamten bereits nicht geeignet ist, fehlt dem Eingriff von Anfang an eine verfassungsrechtliche Grundlage.

*b) Erforderlichkeit und Angemessenheit unter Berücksichtigung des Schutzes des Kernbereiches privater Lebensgestaltung*

Im Rahmen der Untersuchung zur Erforderlichkeit werden durch den *Verfasser* auch alternativ in Betracht kommende Mittel wie erhöhter Personaleinsatz, Kameraattrappen, Verzicht auf Tonaufnahmen, die Beschränkung auf bestimmte Zeiten und Orte sowie Verstärkung des strafrechtlichen Schutzes der Polizeibeamten erörtert. Zuletzt erfolgt die Untersuchung der Angemessenheit unter Berücksichtigung der zu schützenden Rechtsgüter und der Einschreiteschwellen. Der Kernbereichsschutz privater Lebensgestaltung (S. 324 – 327) wird dargestellt. Dabei wird zutreffend festgestellt, dass der Kernbereichsschutz sich nicht auf Wohnungen beschränkt (S. 326).<sup>2</sup> Für die Erforderlichkeit einer gesetzlichen Regelung sei allerdings maßgebend, ob eine Überwachungsmaßnahme typischerweise zur Erlangung kernbereichsrelevanter Informationen führen kann. Aufgrund ihres Einsatzes im öffentlichen Raum als Wesensmerkmal der Bodycam sieht *Schmidt* keine Anhaltspunkte dafür, durch die Bodycam könnten überhaupt kernbereichsrelevante Informationen erlangt werden.

Auch hier wäre geboten gewesen, tiefer zu schürfen. Denn der Einsatz im öffentlichen Raum garantiert nicht, dass keine kernbereichsrelevanten Informationen erlangt werden. Kernbereichsrelevantes Leben findet naturgemäß auch außerhalb von Wohnungen statt. Zudem ergeben sich Folgefragen dahingehend wie mit gewonnenen Informationen weiter zu verfahren ist.

*c) Zweckbindung und Zweckänderung: repressive Verwendung der erhobenen Daten*

Letztlich werden die Grundsätze der Zweckbindung und Zweckänderung erörtert (S. 335 – 360). Die Verwendung präventiv erhobener Daten in Straf- und Disziplinarverfahren steht insoweit im Vordergrund. Dabei geht es auch um die Verwendung rechtswidrig erhobener Daten und die Vereinbarkeit mit dem Nemo-Tenetur-Grundsatz in Bezug auf Strafverfahren gegen kameratragende Polizeibeamte. Die Verpflichtung von Polizeibeamten zum Einsatz der Bodycam könne danach als Verstoß gegen die Freiheit zur Selbstbelastung gewertet werden. Im Ergebnis sieht der *Verfasser* den Grundsatz nicht verletzt, weil

der Einsatz der Bodycam im Ermessen des Polizeibeamten stehe und er nicht zur Aktivierung der Bodycam verpflichtet sei. Er habe keine Mitwirkungspflichten. Allenfalls bei einer Ermessensreduzierung auf Null könne sich die Problematik überhaupt stellen (S. 351).

Weitergehende Überlegungen hätten auch hier nahegelegen, weil der Polizeibeamte im Zeitpunkt der Aktivierung der Bodycam nicht wissen kann, was in der Zukunft geschehen wird. *Schmidt* unterstellt ihm eine Blankozustimmung zur Verwertung aller Daten betreffend zukünftiger Handlungsabläufe und macht ihn damit zu einem Objekt staatlichen Handelns.

## VI. Europarechtliche Anforderungen

Im 5. Kapitel (S. 362 – 410) werden die europarechtlichen Anforderungen an den Einsatz von Bodycams untersucht. Dabei wird der Eingriff in den Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 EMRK und in Art. 8 GRCh erörtert und festgestellt, dass die Regelungen zur polizeilichen Videoüberwachung durch den Einsatz von Bodycams damit vereinbar sind. *Schmidt* sieht den Einsatz von Bodycams „in weiten Teilen“ (S. 410) mit den Vorgaben der Datenschutzrichtlinie EU2016/680 als vereinbar an. Insoweit bestehe allerdings noch Anpassungsbedarf in den gesetzlichen Datenschutzregelungen.

## VII. Einsatz in Wohnungen und Versammlungen

Im 6. Kapitel (S. 411 - 463) werden die verfassungsrechtlichen Vorgaben für den Einsatz von Bodycams in Wohnungen und Versammlungen untersucht.

### 1. Der absolute Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung

Der Einsatz in Wohnraum bedürfe gem. Art. 13 Abs. 5 GG einer gesetzlichen Ermächtigunggrundlage. Dabei sei der absolute Schutz des Kernbereiches privater Lebensgestaltung zu beachten. Unter Bezugnahme auf das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 20.04.2016<sup>3</sup> wird klargestellt, dass Bild- und Tonaufzeichnungen in den zur Wahrung der Menschenwürde und Entfaltung besonders zu schützenden räumlichen Rückzugsbereich fallen und grundsätzlich strenge Anforderungen gelten. Im Gegensatz zu verdeckten Überwachungsmaßnahmen in Wohnungen unterscheide sich der offene Einsatz der Bodycam durch uniformierte Polizeibeamte dadurch, dass sich Betroffene auf eine Videoüberwachung einstellen und deren Umfang abschätzen könnten. Bestehe dennoch die Wahrscheinlichkeit, dass kernbereichsrelevante Informationen erfasst werden, müsse die Anfertigung audiovisueller Aufzeichnungen unterlassen werden. Komme es wider Erwarten zur Erfassung hochsensibler Situationen, sei die Kamera unverzüglich abzuschalten. Im Übrigen gelte ein Verwertungsverbot (S. 429).

### 2. Verwertung gewonnener Daten

Werde der Einsatz der Bodycam ausschließlich auf den

<sup>2</sup> BVerfGE 113, 348 (391); 141, 220 (278 f.).

<sup>3</sup> BVerfGE 141, 220 (299).

Schutz der in der Wohnung tätigen Polizeibeamten gestützt, sei es unter Berufung auf eine Kommentarstelle von *Papier* nicht ausgeschlossen, dass etwa bedeutsame Erkenntnisse für die Strafverfolgung gewonnen werden.<sup>4</sup> Insoweit handele es sich daher um einen Zufallsfund, dessen Verwertung gem. Art. 13 Abs. 5 S. 2 GG zur Strafverfolgung gestattet sei. Die Verwendung in Ordnungswidrigkeitsverfahren sei jedoch ausgeschlossen.<sup>5</sup> Leider wird nicht untersucht, ob der Ansatz von *Papier* den verfassungsrechtlichen Anforderungen entspricht, da in vielen Fällen eine spätere repressive Verwertung von Zufallsfunden von Anfang an vorhersehbar und durch die Behörden auch gewünscht ist. *Schmidt* stellt fest, dass eine Verwertung in jedem Fall die Feststellung der Rechtmäßigkeit durch das Gericht voraussetze, so dass eine Überprüfung durch einen gem. Art. 13 Abs. 3 GG mit drei Richtern zu besetzenden Spruchkörper zu erfolgen habe. Die Annahme von Gefahr in Verzug, die allein eine unverzügliche Nachholung der richterlichen Entscheidung ermöglichen, komme für die Praxis nicht in Betracht. Deshalb untersucht *Schmidt*, ob Art. 13 Abs. 4 GG in Betracht gezogen werden kann, welcher im Gegensatz zu Art. 13 Abs. 5 GG den Einsatz technischer Mittel in Wohnungen zum Zwecke der Gefahrenabwehr über die Eigensicherung der dort eingesetzten Personen hinaus zulasse. Zwar handele es sich auch hier um einen besonders schwerwiegenden Grundrechtseingriff, der gem. Art. 13 Abs. 1 GG eine vorherige richterliche Anordnung als Regelfall vorsehe. An dieser Stelle kommt *Schmidt* zu dem Schluss, wegen der regelmäßig gebotenen zeitlichen Dringlichkeit sei in der Regel Gefahr in Verzug anzunehmen. Die polizeiliche Anordnung wegen Gefahr in Verzug im Regelfall laufe allerdings dem verfassungsrechtlich normierten Richter vorbehalt zuwider. Diese Situation sei mit dem Gewaltenteilungsgrundsatz nicht vereinbar und unterliege deshalb erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken (S. 436). Ein Rückgriff auf Art. 13 Abs. 7 GG komme wegen der abschließenden Regelungen von Art. 13 Abs. 5 GG nicht in Betracht (S. 440).

### 3. Versammlungsrecht und Recht auf informationelle Selbstbestimmung

Der Einsatz von Bodycams im Rahmen von Versammlungen ist anhand von Art. 8 Abs. 1 GG und dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung zu prüfen. Die Bild- und Tonaufzeichnungen mittels Bodycam haben danach als faktische Maßnahmen Eingriffsqualität, wenn sie „imperativen“ Maßnahmen gleichstehen und eine abschreckende Wirkung entfalten (S. 446).<sup>6</sup> Zum Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG gehöre auch die Entschlussfreiheit in freier Selbstbestimmung, an einer Versammlung teilzunehmen (innere Freiheit). Entscheidend sei, wann die Schwelle zum Grundrechtseingriff überschritten werde. Dabei gehe es auch um den „Abschreckungseffekt“ (S. 447), der Einschüchterungseffekte begründen könne, die dann den Einzelnen zum Verzicht auf die Ausübung seiner Versammlungsfreiheit veranlassen kann (S. 448).<sup>7</sup>

Es müsse diskutiert werden, ob der vorrangige Zweck der polizeilichen Eigensicherung der Annahme eines Eingriffes in den Schutzbereich von Art. 8 GG entgegenstehe. Das Landesverfassungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt habe im Urteil vom 11.11.2014 festgestellt, dass in Bezug auf das Versammlungsrecht von Bildaufzeichnungen zum Zwecke der Eigensicherung von Polizeibeamten keine spezifische Abschreckungswirkung ausgehe.<sup>8</sup> Es handele sich lediglich um einen Reflex. *Schmidt* versucht diese Argumentation auf den Einsatz von Bodycams zu übertragen. Dabei sei allerdings zu berücksichtigen, dass für den Betroffenen oftmals nicht ersichtlich sei, zu welchem Zweck die Polizei Videoaufzeichnungen mittels Bodycam anfertige (S. 449).<sup>9</sup> Letztlich sei es nicht entscheidend, ob die einschüchternden Wirkungen im Hinblick auf die Versammlungsfreiheit das Ziel des Einsatzes der Bodycam sei. Maßgeblich sind die von einer Videoüberwachung ausgehenden Wirkungen auf die Versammlungsteilnehmer, weshalb von einem Eingriff in Art. 8 Abs. 1 GG auszugehen sei (S. 450). Zudem sei der Gesetzesvorbehalt aus Art. 8 Abs. 2 GG bei Versammlungen unter freiem Himmel zu beachten. Es bedürfe neben den tatbestandlichen Voraussetzungen für die Anfertigung von Bild- und Tonaufnahmen auch der Einhaltung der verfassungsrechtlichen Vorgaben aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Neben einem legitimen Zweck, der Geeignetheit und Erforderlichkeit bedürfe es im Rahmen der Angemessenheitsprüfung auch einer Interessensabwägung zwischen den persönlichen Interessen des Betroffenen und den staatlichen Interessen (S. 456 – 460).

### VIII. Schlussfolgerungen der Untersuchung

Die Untersuchung schließt mit dem 7. Kapitel (S. 464 – 476). *Schmidt* sieht die Bodycam als einen Teil zur Verbesserung des Schutzes von Polizeibeamten im Gesamtkomplex der polizeilichen Eigensicherungsmaßnahmen an, die auch eine Verbesserung der Beweissituation in Straf- und Ordnungswidrigkeitsangelegenheiten herbeiführen kann. Ausgehend von einer mittleren Eingriffsinintensität mittels Bodycam angefertigter Bild- und Tonaufnahmen komme es für die Verfassungsmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage auf deren konkrete gesetzliche Ausgestaltung an. Zukünftig werde es um die Vernetzung und Koordinierung polizeilicher Einsätze mit der Bodycam über LTE-Netze gehen. Für die Bewertung der Gefahrenpotentiale für die Betroffenen sei zu berücksichtigen, dass in der Zukunft „mit intelligenten Kameras oder Software zu einer Gesichtserkennung“ (S. 464) ein automatischer Abgleich mit polizeilichen Beständen erfolgen wird. Aus der Kumulation solcher Daten aus dem öffentlichen und privaten Raum ergeben sich nach Ansicht des *Verfassers* Risiken, die der Gesetzgeber aufmerksam zu beobachten und in einem angemessenen Ausgleich zu bringen habe (S. 465).

<sup>4</sup> *Papier*, in: Maunz Dürig, GG, 80. EL (2017), Art. 13 Rn. 108.

<sup>5</sup> *Ziekoff/Guckelberger*, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum GG, 52. EL (2016), Art. 13 Rn. 111.

<sup>6</sup> *BVerfG*, NVwZ-RR 2016, 241 (242).

<sup>7</sup> BVerfGE 122, 342 (369).

<sup>8</sup> LVerfG LSA – LvG 9/13 –, Rn. 170.

<sup>9</sup> *Tomerius*, NVwZ 2015, 412 (413 f.).

Abschließend stellt der *Verfasser* 50 Thesen zu seiner Untersuchung auf, die er den jeweiligen Kapiteln seiner Untersuchung zuordnet (S. 466-476).

### IX. Fazit

Die umfangreiche Untersuchung zeigt die wesentlichen dogmatischen Probleme verdientvoll auf. Die zukünftigen technischen Entwicklungen und die sich daraus ergebenden rechtlichen Probleme werden am Ende kurz aufgeworfen. Allerdings sind einige Kritikpunkte zu nennen. So wird der Bereich der von Polizeibeamten ausgehenden Gewalt nicht untersucht, obwohl dies ebenso für die Rechtfertigung des Einsatzes von Bodycams in Betracht kommt. Die Ausgangsthese zunehmender qualitativer und quantitativer Gewalt gegen Polizeibeamte wird nicht überzeugend belegt. Die Ergebnisse zur Eingriffsqualität beim Recht auf informationelle Selbstbestimmung sind mangels klarer Kriterien nicht nachvollziehbar. Auch die Behauptung, der Bürger könne unproblematisch erken-

nen, dass Bodycams zur Gefahrenabwehr eingesetzt werden, ist zweifelhaft und wird nicht belegt. Gleiches gilt für die behauptete Geeignetheit der Bodycam zur Deeskalation tatsächlicher oder bevorstehender Konflikte. Zutreffend erfolgt der Hinweis, dass zukünftige Konflikte nicht auf einer gesetzlichen Grundlage deeskaliert werden können, die an einer konkreten Gefahr anknüpft. Solange es sich nicht um eine konkrete Gefahr handelt, fehlt es an einer präventiven Grundlage zum Eingriff. Die Einschätzung des *Verfassers*, im öffentlichen Raum gebe es keine Anhaltspunkte für das Vorliegen kernbereichsrelevanter Informationen, teile ich nicht. Seine Überlegungen zu in Betracht kommenden Verwertungen von „Zufallsfunden“ im Wohnraum überzeugen nicht. Die Untersuchung von *Schmidt* dehnt die derzeitigen verfassungsrechtlichen Zulässigkeitsgrenzen für den Einsatz von Bodycams aus. Dies erstaunt auch deshalb, weil ihm bewusst ist wie polizeilich gewonnenen Daten zukünftig verknüpft und genutzt werden.

## **Benno Zabel (Hrsg.): Strafrechtspolitik**

### Über den Zusammenhang von Strafgesetzgebung, Strafrechtswissenschaft und Strafgerechtigkeit

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2018, Nomos, Baden-Baden, ISBN: 978-3-8487-4706-1, S. 263, Euro 69,00.

Obwohl der Tagungsband erst 2018 erschienen ist, sind die darin enthaltenen Beiträge aus einer Tagung hervorgegangen, die bereits im Juni 2016 an der Universität Bonn stattfand. Da es sich aber um grundlegende Aufsätze rund um das Thema Strafrechtspolitik und nicht um die Aufarbeitung von – damals – aktuellen kriminalpolitischen Gesetzesvorhaben handelt, kommt ihnen auch aktuell Bedeutung zu.

Im ersten Beitrag skizziert *Zabel* unter der Überschrift „Strafrechtspolitik unter dem Grundgesetz“ einen Begriffs- und Deutungsrahmen, der dem „Übergangsstrafrecht“ Konturen verleihen soll. Ziel ist es, kriminalpolitische, gesetzliche und dogmatische Argumentationsmuster aufeinander zu beziehen, „um ein Verständnis von Freiheit herauszuarbeiten, das dem Kraftfeld von strafendem Staat und liberaler, aber sicherheitsbedürftiger Gesellschaft gerecht zu werden verspricht“ (S. 9 f.). Hierzu nimmt *Zabel* die Neuordnung des Strafrechts unter dem Grundgesetz in den Blick. Da das Strafrecht immer auch Produkt seiner Zeit sei, sei es an eine Gesamtrechtsordnung gebunden, die beständig Einfluss auf Gesetze, Institutionen und Akteure nehme. Markenzeichen des Strafrechts sei es nun, Kohärenz in einer zunehmend inhomogenen Gesellschaft mit vergleichsweise wenigen gemeinsamen Wertüberzeugungen zu erzeugen. Ich bin mir nicht sicher, ob die Wertüberzeugungen in unserer Gesellschaft tatsächlich so divergieren, wie es der Autor mutmaßt. Jedenfalls basale Werte sind auszumachen. Zuzustimmen ist *Zabel* aber, dass es einen Kern normativer Orientierung gibt. Dennoch werden in einer Gesellschaft, so *Zabel*, Werte auch (neu) erzeugt. Wenn Straf- und Strafverfahrensrecht gesellschaftliche Kohärenzen erzeugen soll, dann führe dies zu einer Ausweitung des strafrechtlichen Normenbestands.

*Zabel* macht hier eine gesetzlich und dogmatisch zu beobachtende Drift weg von einem strikten Tatbezug hin zu einem funktional begründeten Interessenausgleich aus. Zwar sei nach wie vor die Tat Anknüpfungspunkt der Unrechtsbewertung, sie werde aber durch diverse „tatgelöste“ Aspekte aufgelockert. Das Konfliktparadigma sei insofern multipolar und multiperspektivisch.

Beispielhaft hierfür stehe die verstärkte Einbeziehung des Opfers in das Strafrecht. Allerdings sei unklar, wo die Grenzen tatgerechter Opfereinbeziehung zu ziehen sind. Es sei bisher nicht geklärt, wie der personale Kern der

Verantwortungszuweisung seine unrechtskonstitutive Eigenständigkeit bewahren kann.

Daher nähert sich *Zabel* der Multiperspektivität der Interessen, indem er sich der Idee gegenseitiger Anerkennung als konstitutivem Merkmal jeder Rechtsordnung widmet. Die Reaktion des Strafrechts müsse als Wiederherstellung der Anerkennungsbeziehung begriffen werden. Die Multiperspektivität werde dabei aus der Binnenperspektive entwickelt und die Interessen stärker in ihrer kommunikativen Wechselbezüglichkeit und Abhängigkeit verortet. Der Verfasser plädiert dafür, von einer Norm- und Güterzentrierung abzusehen und stattdessen ein lebensweltlich gesättigtes Verhaltensschema in den Mittelpunkt strafrechtlicher Verantwortungszuordnung zu stellen.

Der normative Rahmen der Verantwortungszuweisung darf nach Auffassung *Zabels* nicht durch die konkret empirischen Interessen der Konflikt- und Verfahrensbeteiligten ersetzt werden. Der normative Rahmen bestimme vielmehr die Koordinaten, innerhalb derer erst sinnvoll über anerkenbare Interessen konkreter Personen gesprochen werden könne. Die tatgerechte Wiederherstellung der Anerkennungsordnung – also das Vertrauen in das geltende Recht – müsse im Fokus des täterbezogenen Zuschreibungsschemas stehen. Der Schuldspruch sei dabei die normative Referenzgröße des Strafrechts, allerdings keineswegs eine absolute Referenzgröße.

*Zabel* geht von einem institutionellen Freiheitsverständnis aus, da sich moderne Freiheits- und Rechtesicherung grundsätzlich in institutionellen Strukturen abspiele. Ein moderner Begriff institutioneller Freiheit sei aber weder staats-, noch gesellschafts- oder individuenzentriert. Vielmehr sollten Institutionen als soziale Netzwerke betrachtet werden. Recht sei eine besondere „Institutionenkultur“ der Normverwirklichung, Normstabilisierung, der Tat- und Konfliktbewältigung usw. Die Organisationsstrukturen seien dabei sehr dynamisch.

Dabei mache der institutionelle Freiheitsbegriff zum einen auf die notwendige Abhängigkeit zwischen objektiven und subjektiven sowie kollektiven und individuellen Legitimationsinteressen aufmerksam. Zum anderen bedeute institutionelle Freiheit, dass autonome Interessen notwendig eines Rahmens bedürfen. Institutionelle Freiheit verweise auf eine in den Formen des Strafrechts ausgemittelte Autonomie der betroffenen Beteiligten. Freiheit und Autonomie seien dabei immer wieder neu zu verhandelnde Orientierungspotentiale und Reflexionselemente jeder Strafrechtsordnung.

Das Problem sei die Bestimmung der Grenzen des Strafrechts. Gerade bei abstrakten Gefährdungsdelikten gerate man zunehmend in einen Sog grundsätzlich akzeptierter Logik der Gefahren- und Unsicherheitsbeherrschung. Dies bewege sich an der äußersten Grenze dessen, was legitimierbar sei. Hier hätte *Zabel* durchaus mutiger sein, und meiner Meinung nach zumindest bei einigen der neu kreierten Unsicherheitsbeherrschungsdelikte ein Überschreiten der äußersten Grenze anmahnen können. Allerdings wirft er im Anschluss zu Recht die Frage auf, welches Maß an strafrechtlicher Angst- und Sicherheitsbeherrschung eine Gesellschaft zulassen möchte. Genau hier wird der Finger in die Wunde des vom Gesetzgeber stetig bedienten Sicherheitsbedürfnis der Gesellschaft gelegt. Sicherheit geht immer zu Lasten der Freiheit. Die von *Zabel* aufgezeigte institutionelle Freiheit muss sich insoweit auf der einen Seite diesem Sicherheitsbedürfnis stellen, auf der anderen Seite aber die Grenzen justieren, ab denen ein Sicherheitsbedürfnis durch Strafrechtsnormen als ultima ratio nicht mehr abgebildet werden kann.

*Beck* stellt dann in dem zweiten Beitrag die Frage, was ein gutes Strafgesetz ist. Zur Beantwortung der Frage widmet sie sich zunächst dem Zustandekommen eines Gesetzes. Positiv sei ein Gesetzgebungsprozess dann zu bewerten, wenn er sich als angemessene Reaktion auf das gesellschaftliche Problem darstellt, wenn alle verfassungsrechtlichen Vorgaben beachtet, alle relevanten Stimmen einbezogen und die bestehende Expertise – insbesondere die kriminologische Expertise – hinreichend berücksichtigt wurde. Zudem sollte eine gute Formulierung der Strafnorm es dem Bürger ermöglichen, die allermeisten Fälle verbotenen Verhaltens direkt dem Wortlaut der Vorschrift zu entnehmen. Auch unter systematischen Gesichtspunkten sollte eine sinnhafte Einordnung der Norm vorgenommen und sich an bestehenden Begrifflichkeiten orientiert werden. Schwierig sei schließlich die Beurteilung des Ziels und der Zielerreichung einer Vorschrift und inwieweit dieses überhaupt mit dem Mittel des Strafrechts als ultima ratio verfolgt werden darf.

Zwischen all diesen Aspekten gibt es, so *Beck*, zahlreiche Wechselwirkungen, was eine klare Trennung bei der Bewertung erschwere. Auf ein Strafgesetz könne man aus rechtsinterner und rechtsexterner Perspektive blicken. Dabei sei die traditionelle Perspektive des Rechtswissenschaftlers die rechtsinterne, d.h. er (be)wertet die Normen insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Verfassungsmäßigkeit und Europarechtskonformität als Recht oder Unrecht und beurteilt ihre Rationalität, Funktionalität und Effektivität im Hinblick auf die vom Gesetzgeber vorgegebene Funktion und betrachtet unter Rechtsanwendungsgesichtspunkten ihre Praktikabilität.

Der Rechtswissenschaftler dürfe aber auch die rechtsexterne Perspektive einnehmen – gleichwohl sich selbstverständlich auch Experten anderer Disziplinen aus rechtsexterner Perspektive einem Strafgesetz nähern. Der Rechtswissenschaftler gehe aus rechtsexterner Perspektive der Frage nach, ob das jeweilige Strafgesetz alle Interessen in angemessenen Ausgleich bringt, die sozialen Konflikte nachhaltig löst und dabei insgesamt für die Gesellschaft

mehr Vor- als Nachteile birgt. Hierzu werde auf verschiedene Bezugsrahmen wie Politik, Kultur, Philosophie und Ethik zurückgegriffen. *Beck* plädiert insofern für eine nachträgliche Überprüfung von Gesetzen, um ggf. nachjustieren zu können.

Die Verfasserin zeigt im weiteren Verlauf anhand von – ihrer Meinung nach misslungenen – Strafgesetzen auf, wie eine Bewertung von Strafgesetzen beispielhaft systematisiert werden kann. Sie nimmt dazu die Strafbarkeit des Stalkings (§ 238 StGB), der Datenhehlerei (§ 202d StGB) und der Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat u.a. (§§ 89a ff. StGB) in den Blick.

Die Bewertung eines Strafgesetzes soll nach *Beck* folgendermaßen systematisiert werden: „Die verschiedenen Aspekte der Norm, d.h. die Grammatik bzw. Formulierung, die Systematik, der Gesetzgebungsprozess und schließlich der Telos sind aus rechtsinterner oder aus rechtsexterner Perspektive zu analysieren. Von entscheidender Bedeutung für eine gelungene Bewertung ist, dass stetig überprüft und kommuniziert wird, welchen Aspekt man gerade betrachtet und vor welchem Bewertungshorizont, welche Kriterien man ansetzt und welche Prämissen diesen Kriterien zugrunde liegen“ (S. 69). Diese Systematik ist nicht neu, letztlich legt man den Auslegungsmaßstab als Gradmesser an die Vorschrift. Wo (gute) Auslegung nicht möglich ist, versagt die Norm. Zudem muss sie sich stets im verfassungsrechtlich legitimierbaren Rahmen bewegen.

Recht zu geben ist *Beck* darin, dass Strafrechtswissenschaft neben einer Gesetzesanalyse und -bewertung Kriterien und Maßstäbe liefern sollte, die den Rahmen für Strafrechtsnormen abstecken. Eine (grobe) Systematisierung dieses Rahmens hat die Verfasserin geliefert und regt selbst an, diesen Rahmen im Detail inhaltlich aufzufüllen. Hier muss man meines Erachtens ansetzen und inhaltlich auch das an Expertise bemühen, was notwendig ist. Das ist zum einen die – auch von *Beck* angemahnte – kriminologische Expertise, zum anderen aber auch die Sättigung mit anderen Erfahrungswissenschaften, um eine Strafnorm neben den verfassungsrechtlichen Vorgaben auch an deren Erforderlichkeit und Praxistauglichkeit zu messen.

Im folgenden Beitrag spürt *Sánchez* der Beziehung zwischen Strafgesetzgebung und Strafgerechtigkeit nach. Zunächst kritisiert er den globalen Trend einer Kriminalpolitik, die die Furcht und den Abscheu vor den Außenseitern der Gesellschaft produziert und ausbeutet. Insofern könne es sein, dass auch die Existenz einer demokratischen Strafgesetzgebung es nicht ausschließe, dass diese auch Straf-Unrecht hervorbringe. Der Schutz hiervoor müsse von den Strafgerichten und in letzter Instanz des Verfassungsgerichts oder *EGMR* gewährleistet werden. Letztlich sollte Rechtssicherheit nicht durch das Strafgesetz selbst, sondern durch die Beständigkeit der Auslegung durch die Gerichte gewährleistet werden. Diese Forderung ist meiner Meinung nach nur bedingt tauglich, wird doch die Beständigkeit der Auslegung schon durch die Offenheit mancher Straftatbestände erschwert. Zudem

macht es durchaus Sinn, Straftatbestände offen zu formulieren, um sie so auch in einer modernen Zukunft anwendbar sein zu lassen und nicht ständig nachjustieren zu müssen – man denke beispielsweise an die Technikoffenheit der Ehrverletzungsdelikte, die so auch moderne Formen des Cybermobbings erfassen können.

Der Verfasser widmet sich dann dem Verfassungsrecht und der Verfassungsgerichtsbarkeit. Seiner Auffassung nach können die Überlegungen über die Beziehung zwischen Strafgesetzgebung und Verfassung eine Stütze und einen Anstoß in der Lehre des Neokonstitutionalismus finden. Diese Lehre geht von der Anerkennung der normativen Kraft der Verfassung und der Einbeziehung eines dichten materiellen Inhalts in die Verfassung aus.

Zunächst sei auf einer ersten Ebene zu bestimmen, ob ein Verhalten einer strafrechtlichen Sanktion würdig, ob diese Sanktion verhältnismäßig sei. Falle das Ergebnis dieser Würdigung negativ aus, so müsse auch die Entscheidung über eine mögliche Kriminalisierung vorbehaltlos negativ sein. Falle das Urteil über die Strafwürdigkeit dagegen positiv aus, so müsse dennoch die Entscheidung über eine mögliche Kriminalisierung nicht notwendiger Weise gleichlauten. Denn nicht jedes strafwürdige Verhalten bedürfe einer strafrechtlichen Sanktion.

*Sánchez* verweist im Folgenden auf eine Entscheidung des spanischen Verfassungsgerichts im Hinblick auf das Verhältnismäßigkeitsgebot. Dies hatte geurteilt, dass das Verhältnismäßigkeitsprinzip als kriminalpolitische Begrenzung in die Kompetenz des Gesetzgebers fällt und abhängig von seinen kriminalpolitischen Zielen ist, soweit keine Unverhältnismäßigkeit solchen Ausmaßes besteht, dass das Rechtsstaatsprinzip, das Gerechtigkeitsprinzip, die Menschenwürde und das Schuldprinzip verletzt werden. Demnach kann – zumindest in Spanien – nur in Fällen extremer Unverhältnismäßigkeit eine Verletzung der Verfassung angenommen werden. Auch wenn man auf deutsche Gerichte blickt, so ist die Tendenz zu erkennen, Gesetze als „gerade noch“ verfassungsgemäß anzusehen und insofern die Stellschraube in punkto Unverhältnismäßigkeit ebenfalls sehr hoch anzusetzen.

Der Verfasser sieht die Strafrechtslehre in der Pflicht, auf der strengen Gültigkeit der Begrenzungsprinzipien und deren bindenden Charakter zu pochen. Es gelte, Kriterien für die Systematisierung von Fällen zu entwickeln, in denen die Kriminalisierung einer Handlung oder der dazugehörige abstrakte Strafrahmen keine gravierende Ungerechtigkeit darstelle. *Sánchez* plädiert dafür, innerhalb der Strafrechtslehre einen Konsens darüber zu finden, was Strafgerechtigkeit ist. Zentraler Bestandteil müsse die Strafwürdigkeit sein. Letztlich müsse die Diskussion über den verfassungsrechtlichen Rahmen hinausgehen und auch die philosophische Perspektive beleuchten.

*Kubiciel* zeigt in einem weiteren Aufsatz zu „Kriminalpolitik und Strafrechtswissenschaft“ die rasante gesetzgeberische Entwicklung der letzten Jahre auf – „die Bundesregierung (habe) in der 18. Legislaturperiode nichts Gerin-

geres vollzogen als die größte Strafrechtsreform der letzten zwanzig Jahre“ (S. 99). Dabei folgten die jüngsten Änderungen im StGB keinem erkennbaren kriminalpolitischen Leitbild, sondern seien von ganz unterschiedlichen Gründen getragen gewesen. Habe der Gesetzgeber auf ganz unterschiedliche Impulse zu reagieren, so könne er nicht systematisch arbeiten. Daher beklage die Strafrechtswissenschaft einen pragmatischen Gesetzgeber, der Strafrecht als wahlkampforientierte Symbolik nutze.

*Kubiciel* mahnt im Folgenden eine unzureichende Fundierung dieser Kritik an, zumal es so scheine, die Wissenschaft selbst folge auch keinem kriminalpolitischen Konzept, sondern ihrer Intuition. Letztere sollte man zwar nicht geringschätzen, jedoch habe dann die Einschätzung der Wissenschaft keinen größeren legitimationstheoretischen Wert als die Entscheidung des demokratischen Gesetzgebers. Die Strafrechtswissenschaft verfüge gegenwärtig über keine *idée directrice*, mit der sie den Gesetzgeber anleiten und Strafgesetze bewerten könne. Der Rechtsgutbegriff sei hier zu vage und der *ultima-ratio*-Gedanke zu grobschlächtig.

Daher nimmt der Verfasser im Folgenden einen Perspektivwechsel vor und sucht im neu geschaffenen Recht nach Entwicklungslinien, die auch in Zukunft die Kriminalpolitik prägen könnten. Er macht als Tendenz zunächst eine Expansion des Strafrechts aus, die ihren Grund auch in der Internationalisierung der Kriminalpolitik habe. Zudem sei festzustellen, dass das Strafrecht in gesellschaftliche Bereiche vordringe, die zuvor der Selbstregulierung überlassen waren, wie z.B. der Bereich des Sports. Hier kompensiere das Strafrecht das Versagen gesellschaftlicher Selbstregulierung.

Weiteres Beispiel für die Expansion des Kriminalrechts sei das Sexualstrafrecht. Im Gegensatz zu einigen Strafrechtswissenschaftlern, die den Grund der Ausweitung darin sehen, dass das Strafrecht zunehmend die schwindenden Normen der Sozialmoral als Mittel zur Lösung sozialer Konflikte ersetze, geht *Kubiciel* davon aus, dass das Strafrecht hier vielmehr die zugeschärften Anforderungen der Sozialmoral spiegele. Es sei Reaktion auf eine gewachsene Sensibilität – gleiches gelte für die Ausweitung des Wirtschafts- und Korruptionsstrafrechts.

*Kubiciel* stellt fest, dass in den letzten vier Jahren nicht nur der Umfang des Strafrechts, sondern auch die Zahl einzelfallorientierter bzw. sektorspezifischer Tatbestände zugenommen habe, man denke nur an § 315d StGB zur Bestrafung illegaler Autorennen oder den Sportwettbewerb. Diese Strategie sei vor allem deshalb attraktiv, weil sich für punktuelle Ergänzungen des Strafrechts viel leichter politische Mehrheiten finden ließen als für umfassende Novellierungen. Die Folge seien jedoch gesetzesästhetisch unbefriedigende Wucherungen innerhalb der Legalordnung und Konkurrenzprobleme.

Eine dritte Tendenz zeige sich durch die Wirkungen, die beispielsweise die Vorschriften gegen die Bestechung im Gesundheitswesen entfaltet hätten. Hier gäbe es nur eine überschaubare Zahl an Ermittlungsverfahren, allerdings

habe die Compliance-Beratung und der Ausbau von Compliance-Management-Systemen erheblich zugenommen. Insofern initiierten Straftatbestände private Regelungen. *Kubiciel* rechnet mit einer Zunahme solch reflexiver Tatbestände, da diese das Ordnungs- und Rationalitätsversprechen des Governance betreibenden Staates mit dem Wunsch der Bürger und Unternehmen nach Freiraum für eine flexible Umsetzung staatlicher Vorgaben verbände. Zudem entlaste die staatlich initiierte private Regulierung auch den überlasteten Apparat staatlicher Rechtsdurchsetzung.

Die Strafrechtswissenschaft, so *Kubiciel*, müsse sich auf weitere Veränderungen des Strafrechts einstellen, die keiner systematischen Idee folgten, sondern sich entlang der aufgezeigten Tendenzen bewegen. Insofern müsse sie die Weite des politischen Ermessensspielraums sowie die Wandelbarkeit des Strafrechts anerkennen und sich bei der Beratung stärker auf die Ausgestaltung der Gesetze konzentrieren. Dem würde ich zumindest in Teilen widersprechen. Denn der Weite des politischen Ermessensspielraums und der Wandelbarkeit des Strafrechts sind Grenzen gesetzt. Diese können nicht allein mit Blick auf die Ausgestaltung der Gesetze gewahrt werden. Vielmehr hat hier die Strafrechtswissenschaft auch ein theoretisches Verständnis dessen an den Gesetzgeber heranzutragen, wieviel Wandel und Ermessen zulässig und notwendig ist. Insofern muss sich der Weg einer gesetzgebungskritischen oder gesetzgebungsberatenden Wissenschaft auch nicht untrennbar gabeln, sondern kann auf einer breiteren Straße beides beinhalten.

Zuzustimmen ist *Kubiciel* aber darin, dass die Strafrechtswissenschaft ein theoretisches und methodisches Instrumentarium benötigt, das vielschichtiger ist als die in der Vergangenheit bemühten Rechtsguts- und Ultima-ratio-Faustformeln. Nur dann kann sie sich im kriminalpolitischen Diskurs – auch gesetzgebungskritisch – Gehör verschaffen. Der Verfasser mahnt zu Recht an, dass deutlich verstärkt auch die Expertise der Sozialwissenschaften und der Institutionenökonomie ebenso wie die der empirisch-kriminologische Forschung in die kritische Auseinandersetzung mit der Strafgesetzgebung einzubeziehen ist. Größere Bedeutung solle auch der strafrechtliche Grundlagenvergleich in Form eines Vergleichs von Rechtsprinzipien und Maximen der Kriminalpolitik haben. Daneben dürfe auch die Politikwissenschaft nicht ausgeblendet werden.

Schließlich fordert *Kubiciel*, die Strafrechtswissenschaft solle ihren Begriffsapparat erneuern, insbesondere über einen Ersatz des Rechtsgutsbegriffs nachdenken. Zudem solle die Strafrechtswissenschaft Alternativen zum Strafrecht suchen, d.h. z.B. zu Formen einer diversionellen Erledigung kommen. Strafrechtswissenschaft heute sei auf die Herausforderungen der zu beobachteten Umgestaltung des Strafrechts weder konzeptionell noch methodisch ausreichend vorbereitet. *Kubiciel* gibt in seinem Aufsatz viele Impulse, konzeptionell und methodisch weiterzudenken und die Auseinandersetzung der Strafrechtswissenschaft mit der Kriminalpolitik auf ein theoretisches Fundament zu setzen. Hier ist aber noch viel Grundlagenforschung erforderlich.

*Morsch* nähert sich in ihrem Beitrag dem Verhältnis von Wissenschaft und Gesetzgebung auf deskriptive Weise. Hierzu beginnt sie mit einer Bestandsaufnahme. Neben der Wissenschaft als Impulsgeberin in Bezug auf Gesetzgebungsverfahren – man denke an die Alternativprofessoren – gäbe es umgekehrt auch die gezielte Mobilisierung der Wissenschaft durch die Einsetzung von Expertenkommissionen zu bestimmten geplanten Reformvorhaben oder für dauerhafte Beratungsarbeit oder interne und externe Anhörungen. Zudem käme dem Deutschen Ethikrat eine Art „Vordenkerrolle“ in ethischen Grundfragen zu.

Es bedürfe aber schließlich einer Analyse jedes einzelnen Gesetzgebungsverfahrens, um Art und Form der Interaktion zwischen Wissenschaft und Gesetzgebung und das diesbezügliche Gestaltungspotential der Wissenschaft auszumachen. Dies erläutert die Verfasserin anhand des Gesetzes zur Erweiterung der Medienöffentlichkeit in Gerichtsverfahren, dem Entwurf eines Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens und dem (bislang gescheiterten) Gesetzgebungsvorhaben zur Reform der Tötungsdelikte. Diese Beispiele verdeutlichen laut *Morsch*, dass Rechtspolitik ohne das Zusammenspiel von Wissenschaft und Gesetzgebung kaum denkbar sei.

Daher stellt *Morsch* abschließend vier Thesen auf. Erstens müsse Rechtspolitik sowohl professionell als auch demokratisch vermittelbar sein, so dass in dem Wechselspiel der Interaktion von Wissenschaft und Gesetzgeber das notwendige Zusammenwirken von Professionalität und Partizipation zum Ausdruck komme. Zweitens komme der Wissenschaft im Rahmen der Gesetzgebung vor allem im Stadium der Impulsgebung und der Gesetzesvorbereitung eine bedeutende Rolle zu. Kritisch stellt die Verfasserin zutreffend fest, dass dagegen im parlamentarischen Verfahren der Einfluss der Wissenschaft am geringsten ist. Grundlegende Weichen seien hier bereits gestellt. Daraus folgt die dritte These, dass die politische und die wissenschaftliche Arbeit von einer gewissen „Ungleichzeitigkeit“ geprägt sei. Daher fordert *Morsch* in einer vierten These, dass sich die Wissenschaft, sofern sie verstärkt gehört werden will, mit der Politik vernetzen müsse.

Den Thesen von *Morsch* kann sicher in Gänze zugestimmt werden, allerdings ist die Vernetzung mit der Politik unter den Vorbehalt zu stellen, dass dies nicht einseitig dazu führen kann, die Wissenschaft(ler) als Alibi für eine gewünschte kriminalpolitische Position zu missbrauchen. Dies knüpft an das an, was die Verfasserin zuvor in These zwei kritisiert hat, nämlich dass im parlamentarischen Verfahren der Einfluss der Wissenschaft gering ist. Hier dient die Sachverständigenanhörung einem Schauauftritt, um die von der einladenden Fraktion favorisierte kriminalpolitische Linie bestätigen oder ablehnen zu lassen. Zu diesem Zeitpunkt kommt die Stellungnahme des Wissenschaftlers deutlich zu spät. Insofern sollte bereits der Koalitionsvertrag und in Zukunft geplante Gesetzesvorhaben stärker in den Blick der Wissenschaft rücken oder – dem europäischen Einfluss Rechnung tragend – bereits Verordnungs- und Richtlinienvorschläge kritisch beleuchtet

werden, um so überhaupt noch gegensteuern zu können. Ist die Verordnung oder Richtlinie erst einmal beschlossene Sache, ist auch die Kritik hieran ein wirkungsloses Unterfangen.

Im nächsten Aufsatz „Hybrides Präventionsstrafrecht und Determinismus“ kritisiert *Mona* die Unterwerfung des (schweizerischen) Strafrechts unter das Dogma des Präventionismus und eine zunehmende Auslagerung des Strafrechts in Bereiche außerhalb des Kernstrafrechts. Es sei ein vielschichtiges Präventionsrecht gegen das „Fremde“ geschaffen worden. Insofern kann man sicher Parallelen zum deutschen Strafrecht ziehen.

*Mona* mahnt den definitiven Niedergang des Schuldstrafrechts an, nachdem die Grenzen eines rechtsstaatlich vertretbaren Strafrechts ausgereizt und hybride Formen eines Fremdenstrafrechts ausgebaut worden seien. Als Ersatz des klassisch repressiven Schuldstrafrechts werde die Prävention zunehmend mit strafenden Eingriffen betrieben, die nach der schlankeren Logik des Polizeirechts oder Verwaltungsrechts funktionierten. Dadurch werde das Strafrecht als rückwirkende Ahndung begangenen Unrechts in einem hybriden Präventionsrecht gänzlich überflüssig. Nach dem präventiven Dogma sei es wichtiger, eine Tat zu verhindern als eine begangene Tat zu vergelten.

Der Schutz der Gesellschaft mittels schuldunabhängigen Maßnahmen und Eingriffen in einem hybriden Präventionsrecht dürfe vor allem dann unaufhaltsam sein, wenn die Akteure in Wissenschaft, Politik und Praxis sich bewusst oder unbewusst vom Determinismus und der Negation der Willensfreiheit leiten ließen. Daher fordert der Autor, in allen politischen Entscheidung von der Willensfreiheit des Individuums auszugehen. *Mona* versteht Freiheit als Gegenteil von Zwang aber nicht als Gegenteil von Notwendigkeit. Zwar könne der Mensch aufgrund bestimmter Beweggründe, Motive und Präferenzen nicht anders handeln, als er es tut. Der Mensch könne aber anders handeln, wenn er andere Gründe hätte und sich anders entscheiden würde. Insofern versteht der Verfasser – Bezugnehmend auf *Frankfurter* – unter Willensfreiheit, dass der Mensch frei ist, das zu wollen, was er wollen möchte. Es sei hingegen eine Frage der Handlungsfreiheit, ob er auch die Möglichkeit habe, das umzusetzen, was er will. Determinismus beschränke also lediglich unsere Handlungsfreiheit, nicht aber unsere Willensfreiheit.

Die – nicht aufzulösende – Debatte über die Willensfreiheit treibe aber, so mahnt *Mona* an, das hybride präventionsrecht mächtig voran. Wenn Straftäter neurobiologisch determiniert seien und keine Willensfreiheit hätten, so die Behauptung der Deterministen, könnten sie nicht anders als eben deliktisch handeln und seien nicht verantwortlich für ihre Taten. Daher sollten gegen Straftäter Maßnahmen ergriffen werden, mit denen man ihre determinierte Gefährlichkeit in Schach halten und sie durch Erziehungsprogramme und Therapien zu legalem Verhalten zwingen könne. Diese gefährliche Tendenz degradierere Subjekte zu Gefahrenquellen und entmenschliche sie.

Zudem treffe der vermeintliche Angriff der Neurowissenschaftler auf das Schuldstrafrecht in Wahrheit eine ganze Reihe von weiteren Grundkategorien wie beispielsweise den strafrechtlichen Handlungsbegriff, Vorsatz, Einwilligung und dergleichen. Auch auf das Zivilrecht, wie z.B. gegenseitige Willensäußerungen der Vertragsparteien, hätte der Angriff Einfluss. Daher plädiert *Mona* für eine Eindämmung der Ideologie der Negierung der Willensfreiheit.

*Bung* spürt im nächsten Beitrag Strafgesetzgebung und Strafgerechtigkeit im materiellen Strafrecht nach. Hierzu bestimmt er zunächst den Begriff des materiellen Strafrechts, um ihn dann auf jenen der Strafgerechtigkeit zu beziehen. Materielles Strafrecht wird vom Verfasser als Zurechnungs- oder Zumessungsrecht definiert. Er verweist hierzu auf die Strafbegründungs- und die Strafzumessungsschuld. Gerechtigkeit der Zurechnung müsse also wesentlich mit einem Dafürkönnen zusammenhängen. Ebenso erscheine es nicht richtig, eine Person in einem Umfang rechtlich zur Verantwortung zu ziehen, der die festgestellte Verantwortlichkeit übersteigt. Daher sei nur ein Strafrecht, das Schuldzurechnung und schuldangemessene Bestrafung ermögliche, ein gerechtes Strafrecht.

Zur Verdeutlichung nimmt uns *Bung* mit zu einem Gedankenexperiment, in dem wir uns einen Gesetzgeber vorstellen, der die Abschaffung des Schuldprinzips beschließt. Es stelle sich sodann die Frage, ob die Umgestaltung des Strafrechts nach dem Modell des Rechts der Besserung und Sicherung ein Strafrecht wäre, das sich vom Gerechtigkeitsproblem verabschiedet hätte. Denn wenn Strafgerechtigkeit wesentlich mit Schuldfeststellung und schuldangemessener Bestrafung zusammenhänge, könne doch ein von der Schuld abgekoppeltes Strafrecht ein Recht sein, in dem sich die Frage der Strafgerechtigkeit nicht mehr stelle. Allerdings habe das *BVerfG* klargestellt, in welchem Sinne auch Sanktionen nach dem Maßregelrecht Gerechtigkeitserwägungen zu folgen hätten und hierfür den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit herangezogen.

Das Gedankenexperiment, so der Verfasser, zeige, dass Strafgerechtigkeit zwar wesentlich, aber nicht unauflöslich mit dem Schuldprinzip verbunden ist. Es gäbe ein Kernkriterium des Strafrechts, etwas Elementares, das für keinen Gesetzgeber zur Disposition stehe. Richtiges Strafrecht müsse einen gerechten Ausgleich finden zwischen den Interessen des Bestraften und der Allgemeinheit.

Strafrechtspolitik könne die Strafgerechtigkeit verletzen, indem sie auf gesellschaftliche Strafbedürfnisse gar nicht reagiere oder nicht angemessen reagiere. Resultat dieser Unangemessenheit könnten unangemessen Strafgesetze sein. Daher müsse Strafrechtspolitik auch sensibel auf den Wechsel bzw. die Verschiebung von Kriminalität reagieren. Das Konzept eines einzig wahren Strafrechts, so *Bung*, sei die falsche Antwort auf die Frage nach dem richtigen Strafrecht. Verschiebungen des gesellschaftlichen Kriminalisierungsbedürfnisses entstünden durch eine gesteigerte Empfindlichkeit gegenüber einer bestimmten Art von Ungerechtigkeit – so bspw. wenn jemand, der sich nicht an die Regeln hält, mehr bekommt als jemand, der

dies tut. Dieses Gespür für den ungerechten Vorteil nennt der Verfasser eine soziale Tatsache und eine soziale Universalie. Damit aus der Empfindung des ungerechten Vorteils ein Strafbedürfnis erwachse, sei lediglich erforderlich, dass man das Bewusstsein der Ungerechtigkeit graduell steigere.

Die Aufgabe der Strafgesetzgebung sei es nun, sensibel zu sein für die Empfindung des ungerechten Vorteils, ohne Ressentiments zu bedienen. Dies bedeutet für *Bung* zweierlei. Zum einen verfehle der Gesetzgeber seine Aufgabe dann, wenn er diesen Volkswillen nicht ernstnimmt oder ignoriert. Er verfehlt ihn aber auch dann, wenn er nicht einen gewissen Abstand zu ihm hält, wenn er sich mit dem Volkswillen unmittelbar identifiziert. Insofern ist dem Verfasser recht zu geben, dass es eines klugen, rationalen Gesetzgebers bedarf, der nicht dem Volksempfinden unhinterfragt nachgibt und Gesetze erlässt, die dieses Gerechtigkeitsgefühl bedienen, ohne für Gerechtigkeit zu sorgen. *Bung* fordert zu recht, dass ein kluger Gesetzgeber kritische Distanz wahren und prüfen muss, welche gesellschaftlichen Befindlichkeiten tatsächlich mit dem Strafrecht bedient werden müssen und welche nicht. Distanzlosigkeit führe zu populistischer Strafgesetzgebung, die unangemessenes und damit ungerechtes Strafrecht nach sich ziehe.

*Haverkamp* beleuchtet in ihrem nächsten Beitrag Kriminalpolitik im Spannungsverhältnis von Strafgerechtigkeit und Sanktionenrecht. Kriminalpolitik versteht sie unter Rückgriff auf eine Definition von *Schwind* als „die Gesamtheit aller staatlichen und außerstaatlichen (also nicht nur strafrechtlichen) Maßnahmen..., die zum Schutz der Gesellschaft und des einzelnen Bürgers auf Verhütung und Bekämpfung von Kriminalität gerichtet sind“ (S. 198). Die tatsächliche Wirksamkeit solcher kriminalpolitischen Maßnahmen sei Ausdruck einer rationalen Kriminalpolitik. In der Realität sei demgegenüber eine evidenzbasierte Kriminalpolitik nicht selbstverständlich. Vielmehr sei Kriminalpolitik geprägt von aktuellen Fällen der Medienberichterstattung. Zudem würde der Blick auf eine sicherheitsorientierte Perspektive verengt, so dass übergreifende und langfristige Problemlösungen in einem gesamtgesellschaftlichen Kontext erschwert würden. Daher plädiert die Verfasserin für eine rationale Kriminalpolitik, die durch eine unabhängige wissenschaftliche Evaluation der kriminalpolitischen Maßnahmen und Programme auf dem Prüfstand ihrer Effizienz stünde. Dem ist in Gänze zuzustimmen. Leider sehen neue Gesetze häufig eine Evaluation überhaupt nicht vor, so dass eine generelle Evaluation jedes neuen (Straf-)Gesetzes – finanziert durch das jeweils federführende Ministerium – dringend zu fordern ist, um eine evidenzbasierte Kriminalpolitik zu ermöglichen. Noch besser wäre es, im Vorfeld eines geplanten Gesetzes wissenschaftlich zu überprüfen, ob dieses erforderlich und geeignet ist, um die angestrebten kriminalpolitischen Ziele zu erreichen.

Im Folgenden stellt *Haverkamp* Kriminalität im Spiegel der polizeilichen Kriminalstatistik, Strafverfolgungsstatistik und Strafvollzugsstatistik vor und zeigt Aussagege-

halt und Schwächen auf. Am Beispiel des Wohnungseinbruchsdiebstahls zeigt sie schließlich auf, dass die Reform fragwürdig ist, da die Abschreckung durch Bestrafungsschwere dadurch nachrangig würde, dass das Entdeckungsrisiko gering sei. Erst wenn das Entdeckungsrisiko hoch sei, spiele auch die Bestrafungsschwere eine Rolle. Hier ist allerdings meiner Meinung nach zu berücksichtigen, dass das Entdeckungsrisiko angesichts einer polizeilichen Offensive zur Bekämpfung von Wohnungseinbruchsdiebstahls in den letzten beiden Jahren ebenfalls erheblich gestiegen ist.

*Haverkamp* umreist anschließend die Straftheorien und die Strafzumessungserwägungen unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten, um dann Schlussfolgerungen für die Kriminalpolitik zu ziehen. Sie stellt fest, dass der Begriff der Gerechtigkeit im kriminalpolitischen Diskurs nicht auftauche, allenfalls in Bezug auf das Opfer. Richtschnur politischen Handelns seien vielmehr die General- und Spezialprävention. Dabei würde aber dem Entdeckungsrisiko nicht ausreichen Bedeutung zukommen. Die kriminalpolitische Forderung nach Unnachgiebigkeit gegenüber Kriminalität und konsequenter Strafverfolgung verkenne sowohl die Normalität der Anomie als auch die vielfach unbemerkte Deliktsbegehung durch den Durchschnittsbürger. Kriminalpolitik sollte daher das Bewusstsein für die wiederherstellende Gerechtigkeit sensibilisieren, jedoch nicht zur Unterstützung einer härteren Gangart missbraucht werden.

Im vorletzten Beitrag des Bandes stellt *Höffler* die Fragen nach einer „evidence based“ Kriminalpolitik. Kriminalpolitik sei keinesfalls eine alleinige Aufgabe der Legislative, sondern werde auch im Bereich der Exekutive beispielsweise durch eine unterschiedliche Strafverfolgungsintensität betrieben. Die Verfasserin nennt hier die unterschiedliche Einstellungspraxis in den Bundesländern in Bezug auf den unerlaubten Besitz von Betäubungsmitteln. Bereits im Vorfeld eigentlicher Ermittlungen in Strafsachen stünde häufig die Frage, wer, wo und wie oft kontrolliert würde. Zudem nähme die Judikative durch die Rechtsprechung in Form der Auslegungspraxis von Gesetzen kriminalpolitischen Einfluss. Schließlich fänden sich kriminalpolitische Aktivitäten beispielsweise auch in der Ausgestaltung des Strafvollzugs. Deutlich werde also eine Ausgestaltung der Kriminalpolitik in allen drei Gewalten.

Als Methode, Gesetzgebungsprozesse kritisch zu hinterfragen, sei neben oder anstelle der (alten) Rechtsgutslehre die verfassungsrechtliche Legitimationsüberprüfung getreten. Neben dieser theoretischen Fundierung müsse sich aber die Wissenschaft, so *Höffler*, in eine aktivere Rolle begeben, um Kommunikation mit der Politik einzufordern. Problematisch am Austausch von Wissenschaft und Politik seien drei Aspekte. Zum ersten habe Politik wenig Zeit, so dass Wissenschaftler als Sachverständige erst dann gehört würden, wenn die Gesetze schon formuliert wurden. Zum zweiten würden regierungspolitische und wahltaktische Ziele bedient, so dass die politische Befürchtung bestehe, die populäre gesetzgeberische Entscheidung werde wissenschaftlich nicht bestätigt. Zum dritten gäbe es Kommunikationsprobleme, die allerdings

die Wissenschaft aufgreifen und so im Dialog mit dem Gesetzgeber beseitigen könne.

Diesen Weg der Kommunikation müsse die Wissenschaft auch im Bereich der Strafzwecke nutzen. Anzustreben sei eine rationale Kriminalpolitik. Es sei empirisch zu bestimmen, welche Strafgesetzgebung bzw. Kriminalpolitik sinnvoll ist und ob dieser Sinn erreicht wird. Insofern müsse sich Kriminalpolitik mit der Rechtstatsächlichkeit auseinandersetzen, um einerseits keine Ressourcen zu verschwenden und andererseits nur bei wirksamen Maßnahmen auch Strafgesetze mit entsprechender Eingriffsqualität zu schaffen. Exemplarisch greift *Höffler* die Ergänzung des § 89a StGB um einen neuen Abs. 2a auf. Hier sei in tatsächlicher Hinsicht völlig unklar, ob von der Norm mit Blick auf die spezielle Zielgruppe überhaupt eine gewisse Abschreckung ausgehe, ob damit wirklich gefährliche Personen „erwischt“ werden und ob diese Norm erforderlich ist bzw. das Ziel nicht auf anderem Wege, bspw. mit einem strafbewehrten Ausreiseverbot, zu erreichen wäre.

Positiv wertet *Höffler*, dass in der gesamten Strafrechtswissenschaft die Diskussion über die Grundlagen des Fachs zuletzt wiederbelebt worden ist. Nun gehe es weiter darum, die Energie der Debatte auch in wissenschaftlich fundierte kriminalpolitische Stellungnahmen umzusetzen. Ihrer Meinung nach sei das Modell einer rationalen Kriminalpolitik innerhalb des durch die Verfassung abgesteckten normativen Rahmens durch eine evidenzbasierte Kriminalpolitik zu ergänzen. Hier sieht die Verfasserin zu Recht insbesondere die Kriminologie berufen.

Im letzten Beitrag nimmt *Goeckenjan* eine Positionsbestimmung von Strafgesetzgebung und Kriminologie vor und schließt an das an, womit *Höffler* endet, nämlich mit der These, dass die Kriminologie zu vielen Vorhaben der Strafgesetzgebung Substantielles beizutragen habe. Resignierend stellt sie aber fest, dass die Kriminologie zu meist leider nicht gehört werde. Dabei stelle das Strafrecht seine Legitimation gleichsam selbst auf den Prüfstand, seitdem es nicht mehr zweckfreie Vergeltung, sondern sozial nützliche Wirkungen zu erzielen sucht. Ob diese erstrebten sozialen Wirkungen eintreten, ließe sich empirisch untersuchen. Eine Kriminalpolitik, die nach effizienten Lösungen für soziale Problemlagen im verfassungsrechtlichen Rahmen suche, habe somit einen Bedarf an kompetenter erfahrungswissenschaftlicher Beratung. Im Idealfall gäbe die Kriminalpolitik Anstöße zu kriminologischer Forschung, deren Ergebnisse wiederum rezipiert und zu Änderungen der Maßnahmen führen könnten, die dann ihrerseits wieder untersucht würden. Diese gegenseitige Beeinflussung von Kriminalpolitik und Kriminologie sei Teil eines sog. forschungspraktischen Regelkreises.

Leider, so *Goeckenjan*, sehe die Wirklichkeit anders aus, da Kriminalpolitik und Kriminologie nicht im zeitlichen Einklang agierten, sondern wissenschaftliche Studien

häufig über eine Legislaturperiode hinwegdauerten, sich dann aber das Interesse an den Ergebnissen wegen anderer Regierungsverhältnisse erledigt hätte. Zudem sei Kriminalpolitik zumeist an einer Bestätigung der eigenen Sichtweise und weniger an (konträren) wissenschaftlichen Aussagen interessiert. Daher wahre die derzeitige Kriminalpolitik häufig nicht einmal mehr den Schein der Rationalität.

Es gäbe daher eine starke Position in der Kriminologie, die auf einer kritischen Distanz zur offiziellen Kriminalpolitik bestehe und die Strafgesetzgebung selbst zum zentralen Forschungsgegenstand mache. Dessen Relevanz ergäbe sich schon daraus, dass der Gesetzgeber durch die Festlegung von Straftatbeständen maßgeblich über die qualitative Struktur der Kriminalität entscheide. Welche gesellschaftlichen Gruppen auf welche Weise welche Interessen im Strafgesetzgebungsprozess durchsetzen würden, sei damit eine zentrale kriminologische Fragestellung.

Nach dem Verständnis von *Goeckenjan* ist die Kriminologie keine Hilfswissenschaft der Kriminalpolitik und insofern nicht darauf beschränkt, Verbesserungsvorschläge bei strafrechtlichen Anwendungsproblemen zu machen. Vielmehr sei sie eine Grundlagenwissenschaft, die autonom über ihren Forschungsgegenstand und ihre Methoden entscheiden könne. Dies schließe auch eine kritisch-distanzierte Haltung gegenüber der offiziellen Kriminalpolitik ein. Daneben könne Kriminologie aber auch überprüfen, ob bestehende kriminalpolitische Instrumentarien die erstrebten Wirkungen entfalten oder wie sie verbessert werden können. Insofern schaffe Kriminologie die Voraussetzungen für eine rationalere Kriminalpolitik.

Die Verfasserin mahnt die extensive Strafgesetzgebung in den letzten Jahren an. Jede Erweiterung des Strafrechts sei als zusätzliche Freiheitsbeschränkung begründungsbedürftig, dieser Begründungspflicht komme die Legislative aber nicht nach. Sie verlege sich in ihrer Begründung auf Sicherheits- und Abschreckungsgesichtspunkte und bemühe eine „Bekämpfungsrhetorik“, um die strafrechtlichen Änderungen zu rechtfertigen. Die heutige Strafgesetzgebung zeichne sich daher durch einen immer expansiveren Kurs aus. Kriminalpolitik greife reflexhaft zu neuen und erweiterten Kriminalisierungen, um vermeintliche Handlungsfähigkeit zu signalisieren. Rationale Strafgesetzgebung finde kaum noch statt. Daher sei eine kritische Begleitung der Vorgänge in der Kriminalpolitik durch die Kriminologie heute mehr denn je erforderlich.

Wie bereits anfangs betont, hat der Tagungsband zur Strafrechtspolitik auch 2019 nichts an Aktualität verloren. Er kann zudem jenseits der kleinteiligen wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit einzelnen Strafgesetzen dazu beitragen, ein theoretisches Fundament weiterzudenken, auf dem sich die Strafrechtswissenschaft kriminalpolitisch positionieren kann.

## **Martin Schäfer: Der Amtsträger als Beschuldigter – Eine Untersuchung zur Rechtfertigung des Bruchs der Verschwiegenheitspflicht als Mittel der Verteidigung im Strafverfahren**

*von Anke Arkenau*

2018, Duncker & Humblot GmbH, Berlin, ISBN: 978-3-428-15457-9, S. 343, Euro 89,90.

Der Titel „Der Amtsträger als Beschuldigter“ der vorliegenden Dissertation von *Schäfer* mutet auf den ersten Blick beinahe paradox an, eröffnet bei einem zweiten, intensiveren Blick jedoch ein rechtlich wie tatsächlich spannendes und bereits bis zur höchstrichterlichen Rechtsprechung durchgedrungenes Themenfeld, dessen potenzieller Adressatenkreis auf allen Seiten denkbarer Beteiligter zu suchen und zu finden sein dürfte. Die Initialzündung zur thematischen Befassung verortet *Schäfer* in einem Aufsatz von *Bohnert*<sup>1</sup> und dessen Fazit „Manche sitzen zwischen den Stühlen, der beschuldigte Amtsträger zwischen den Grundsätzen. Es geht ihm dort nicht gut. Noch schlechter dem Bestimmtheitsgrundsatz“<sup>2</sup>. Das Spannungsfeld zwischen der strafrechtlich relevanten Pflicht zur Verschwiegenheit und dem mit Verfassungsrang ausgestatteten Recht auf umfassende Verteidigung im Strafverfahren beschreibt *Schäfer* schlicht aber treffend als „missliche[n] Lage“ (S. 21), aus der er den Amtsträger<sup>3</sup> am Ende seiner Arbeit eindeutig befreien wird. *Schäfer* beansprucht für sich eine besondere Vielschichtigkeit des zu führenden Diskurses (S. 21 f.), um „überraschend klar“ zu münden (S. 22). Er fokussiert dabei auf den „Geheimnisbruch[s] zu Verteidigungszwecken“ der Verschwiegenheit im öffentlichen Interesse, allenfalls flankierend hinsichtlich individueller Drittinteressen und der Frage einer etwaigen Rechtfertigung und/oder Entschuldigung derselben (S. 23).

Das Gesamtwerk gliedert sich in fünf Kapitel, welche von einer prägnanten und problemorientierten Einleitung (S. 21-25) und einer stichhaltigen Zusammenfassung (S. 310-316) eingerahmt werden. Zunächst beleuchtet *Schäfer* den facettenreichen Begriff des Amtsträgers gem. § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB (S. 26-58). Was an dieser Stelle als zwar umfassende, dennoch lediglich allgemeine Begriffsbestimmung anmutet, stellt im Fortgang die differenzierte Basis für alle weiteren Untersuchungsschritte dar. Daran anknüpfend werden die spezifischen rechtlichen Grundlagen der Verschwiegenheitspflicht erläutert (S. 58-89). Mit dem zweiten Kapitel leitet *Schäfer* „zum gegenständlichen Konflikt der Ausgangsfrage“ (S. 23) über, indem die Stellung des Amtsträgers als Zeuge und im Wesentlichen als Beschuldigter im Strafverfahren diskutiert wird (S. 90-143). Das thematisch einschlägige

Spezifikum der Aussagegenehmigung findet eine exklusive Position. Der Diskurs über potentielle Rechtsschutzmöglichkeiten im Falle der Versagung einer Aussagegenehmigung wird kurz und knapp im dritten Kapitel geführt (S. 144-156). Denkbare Sanktionsmöglichkeiten (S. 157-240) strafrechtlicher (S. 161-223) wie außerstrafrechtlicher (S. 224-237) Natur schließen sich relativ umfassend, jedoch in einer logisch schlüssigen Abfolge des Untersuchungsverlaufs an. Um mit den Worten von *Schäfer* zu sprechen, „wendet sich das letzte Kapitel [S. 241-309] der entscheidenden Frage zu, ob sich der beschuldigte Amtsträger in dieser Situation auf Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe berufen kann“ (S. 24), um auf der fundierten Basis der bisherigen Ausführungen eine konkrete Lösung anzubieten.

Um den Begriff des Amtsträgers in seinen Details zu erhellen, nutzt *Schäfer* die durch § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB vorgegebene Struktur. Ein besonderes Augenmerk liegt hierbei auf dem spezifischen Dienst-, Amts- bzw. Anstellungsverhältnis zum jeweiligen Dienstherrn als Fundament der Folgediskussion. Nach *Schäfer* „[hängt] die Beantwortung der zentralen Frage der Untersuchung [...] maßgeblich von diesem Befund ab“ (S. 26). Dass die Begriffe Beamter und Richter deutlich mehr Aspekte umfassen, wie die Einfachheit der Begrifflichkeiten selbst den Eindruck erweckt, überrascht hierbei nicht. *Schäfer* führt die innewohnende Komplexität derselben detailgetreu vor Augen (S. 28-32). Die relative Klarheit, mit der die vorstehenden Begrifflichkeiten unmissen werden können, wird im Folgenden zu dem darüberhinausgehenden Diskurs einer etwaigen Amtsträgereigenschaft gem. § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) und c) zutreffend aufgegeben (S. 32 ff.). So hätten sich die Inhaber eines sonstigen öffentlich-rechtlichen Amtes in Anlehnung an die Rechtsprechung des BVerwG (S. 33) zumindest kasuistisch herausgebildet (S. 35). Nach Aufzählung zutreffender und Abgrenzung unzutreffender Konstellationen stellt *Schäfer* letztendlich die „Vielzahl an Einzelfällen“ fest (S. 36). Mit dem Folgediskurs um die Amtsträgereigenschaft im Rahmen der Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung scheint die Unschärfe der begrifflichen Bestimmtheit nochmals zuzunehmen, die *Schäfer* im Rahmen einer ausdifferenzierten Erörterung von Grundsätzlichem und Speziellem in gelungener Art und Weise wiederherstellt (S. 36-58). Aus Sicht der Rezensentin gelingt es *Schäfer*

<sup>1</sup> Der Aufsatz ist zu finden unter *Bohnert*, NStZ 2004, 301.

<sup>2</sup> *Bohnert*, NStZ 2004, 301 (309).

<sup>3</sup> Allein aus Gründen der besseren Lesbarkeit werden ausschließlich männliche Begriffsbezeichnungen verwendet. Diese sind so zu verstehen, als dass sowohl weibliche, als auch männliche Personen sowie diverse Geschlechtsformen gemeint sind.

sehr gut, aus der relativ diffusen und durchlässigen Materie ein durchaus greifbares Verständnis von der Amtsträgereigenschaft herzustellen, um im Weiteren auf die erarbeiteten Charakteristika abzustellen.

Je nach Rechtsverhältnis, in dem der Amtsträger zu seinem Dienstherrn steht, ergebe sich eine spezifische Systematik und Reichweite der rechtlich verankerten Verschwiegenheitspflicht, die *Schäfer* nunmehr herausarbeitet (S. 58-89). Die Pflicht von Amtsträgern zur Verschwiegenheit im öffentlichen Interesse solle nicht mehr, aber insbesondere auch nicht weniger als die „Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung absichern“ (S. 58). Je nach Amtsträger konstatiert *Schäfer* die Einschlägigkeit „unterschiedliche[r] Regelwerke“ (S. 60), die er im Anschluss detailliert herausstellt. Hierzu bleibt *Schäfer* in der Systematik des § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB und stellt fest, dass die „Verschwiegenheitspflicht des Amtsträgers [...] nicht für alle vom Amtsträgerbegriff umfassten Personen einheitlich beurteilt werden“ könne (S. 88). Wirkt der Diskurs um die beamtenrechtlichen Regelungen zur Verschwiegenheitspflicht des Beamten nebst Ausnahmen relativ eindeutig (S. 69-74), sei selbiger in Bezug auf den Richter im Grundsatz übertragbar und dabei lediglich um das Beratungsgeheimnis zu erweitern (S. 74-77). Die Verschwiegenheitspflicht der Inhaber eines sonstigen öffentlich-rechtlichen Amtes (S. 77-81) wird keiner erkennbaren Systematik zugeführt, was mangels derselben in der Natur der Sache begründet liegt. Hierzu betrachtet *Schäfer* einschlägige Einzelfälle, die eine thematische Orientierung ermöglichen, womit er in Teilen gleichsam eine Nähe zu den beamtenrechtlichen Vorschriften herstellt (S. 78/80). Die Diskussion um die sonstigen Amtsträger führt *Schäfer* im Wesentlichen in Bezug auf die vertraglichen Regelungen und der dort manifestierten oder niederzulegenden Verschwiegenheitspflicht (S. 81-86). Darüber hinausgehende spezielle Verschwiegenheitspflichten, die sich aus gesonderten Vorschriften, wie z. B. der Abgabenordnung oder dem Datenschutzrecht ergäben (S. 86/87), runden die sehr detaillierten Ausführungen an dieser Stelle ab.

Im zweiten Kapitel soll nunmehr die Stellung des Amtsträgers im Strafverfahren beleuchtet werden (S. 90-143). *Schäfer* selbst bezeichnet dieses Kapitel als „grundlegend für die zu untersuchende Frage, weil sie zum gegenständlichen Konflikt zwischen der Pflicht des Amtsträgers zur Wahrung der Amtsverschwiegenheit und der Stellung als Beschuldiger überleiten wird“ (S. 90). Ein Augenmerk legt *Schäfer* dabei auf diejenigen Rechte des Amtsträgers als Beschuldiger, die potenziell in den direkten Konflikt mit der Verschwiegenheitspflicht treten, namentlich der Anspruch auf rechtliches Gehör, das Recht auf ein faires Verfahren, das Recht auf den gesetzlichen Richter sowie das Recht auf effektive Verteidigung (S. 90).

Die einleitende und zur Abgrenzung gedachte Betrachtung des Amtsträgers als Zeuge im Strafverfahren mündet umgehend in Ausführungen zur Aussagegenehmigung (S. 92-103). Damit „wird der Exekutive die Möglichkeit eröffnet, auf das Strafverfahren Einfluss zu nehmen“

(S. 93), da der Zeuge zu den von der Aussagegenehmigung umfassten Aspekten im Grundsatz nicht vernommen werden dürfe (S. 94, 97, 98). Der personelle Anwendungsbereich bietet unter Bezugnahme auf die Darstellungen zu der Amtsträgereigenschaft dabei Anlass zur Diskussion (S. 94-98). Kern der Ausführungen sollen jedoch die Genehmigungsvoraussetzungen bilden (S. 100-102), um das Ergebnis im Weiteren sinngemäß in Bezug auf den Beschuldigten und der Frage einer Verweigerung einer Aussagegenehmigung zu dessen Lasten einbinden zu können. Diese Voraussetzungen sind im Grundsatz in § 37 Abs. 3 S. 1 BeamtStG und § 68 Abs. 1 BBG mit den dortigen Gefährdungstatbeständen umrissen und erfahren durch *Schäfer* vor dem Hintergrund einer grundsätzlich notwendigen Güterabwägung eine zutreffende generelle Auslegung.

Mit Augenmerk auf den Amtsträger als Beschuldiger im Strafverfahren (S. 104-141) führt *Schäfer* seine Untersuchung fort, um zunächst die Debatte um verfassungsmäßig garantierte Rechte und solche aus der EMRK zu führen. Der grundsätzliche und in seiner Bedeutung maßgebliche Anspruch auf rechtliches Gehör (S. 106-112) kollidiere mit der Verschwiegenheitspflicht des Amtsträgers. Soweit der Dienstherr die Verschwiegenheitspflicht des beschuldigten Amtsträgers nicht aufhebe, „kann sich [Zusatz der Rezensentin: der Amtsträger] somit nicht zu den Vorwürfen äußern, ohne sich gleichzeitig der Gefahr einer erneuten Sanktionsfolge auszusetzen“ (S. 110), zumal sich diese Problematik durch den gleichsam geltenden Mündlichkeitsgrundsatz nochmals verstärke (S. 110). Auch sei das verfassungsmäßig garantierte und zum Wesen des Rechtsstaates gehörende Recht auf Verteidigung tangiert, der Verteidigerkontakt gem. EMRK in seiner Ausgestaltung eingeschränkt (S. 112). Trotz fehlender ausgeschärfter Konturen des grundgesetzlich manifestierten Rechts auf ein faires Verfahren (S. 114) und deren Wirkungshorizont auch auf staatlicher Seite, sei für den Amtsträger als Beschuldiger eine solche „gleichberechtigte Verfahrensstellung“ zu fordern (S. 115). Einen Verstoß gegen das Recht auf den gesetzlichen Richter lehnt *Schäfer* nach kurzer Erörterung eindeutig ab (S. 116/117).

Den damit hergeleiteten grundsätzlichen Äußerungsrechten des Beschuldigten stellt *Schäfer* nunmehr die im Falle der Versagung einschränkende Aussagegenehmigung gegenüber (S. 118-136), deren Erfordernis sich mangels Regelungen in der StPO reinweg aus beamtenrechtlichen Vorschriften herleiten lasse (S. 118/119). Hierzu wird erneut auf die bereits herausgearbeiteten Amtsträgerbegriffe abgestellt. Die detailtiefe Erörterung des personellen Anwendungsbereichs der Aussagegenehmigung (S. 119-126) mündet in dem eindeutigen Ergebnis, „dass innerhalb des Amtsträgerbegriffs nur die Personengruppe der Beamten und Richter auf das Erfordernis der Aussagegenehmigung angewiesen“ seien (S. 126). Vorbehaltlich etwaiger vertraglicher Pflichtverletzungen seien die Amtsträger gem. § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) und c) StGB (im Folgenden nichtbeamtete Amtsträger genannt) nicht erfasst. Nochmal deutlich herauszustellen ist der Hinweis, dass die Rechte des Beschuldigten aus letztgenanntem Adressatenkreis auch vertraglich nicht einschränkbar seien

(S. 126). Zudem sei vor dem Hintergrund der Selbstbelastungsfreiheit des Beschuldigten bedenklich, dass der Beamte bzw. Richter zur Einholung der Aussagegenehmigung verpflichtet sei, was den unmittelbaren Anlass zur Einleitung eines Disziplinarverfahrens darstellen könne (S. 127). Versagensgründe der Aussagegenehmigung für den Beschuldigten seien deutlich strenger als bei Zeugen (S. 127/128). Über die bekannten Versagensgründe hinaus, „müssen im Fall des Beschuldigten dienstliche Rücksichten die Versagung unabweisbar erfordern“ (S. 128), wobei der Begriff der dienstlichen Rücksicht nur eingeschränkt bestimmt sei und die Voraussetzungen in diesem Kontext „nur mit größter Vorsicht anzunehmen“ seien (S. 131). Die Folgen einer Versagung der Aussagegenehmigung seien je nach Amtsträger, Wirkung und Strafverfahrensbezug differenziert zu betrachten, wobei sich letztes Kriterium unmittelbar auf die Frage der Rechtfertigung auswirke (S. 132/133). Gleichgelagerter Erörterungen um strafbewehrte Verschwiegenheitspflichten von Unternehmensbeschäftigten und Berufsgeheimnistägern fügt sich als Exkurs mit erkennbaren Schnittmengen aber auch Unterschieden flüssig in die Untersuchung ein (S. 133-141).

Dass der Amtsträger der Ablehnung einer Aussagegenehmigung nicht rechtsschutzlos ausgeliefert ist, zeigt *Schäfer* im dritten Kapitel seines Werkes auf (S. 144-156). Hierzu sei zutreffend begründet der Verwaltungsrechtsweg zu beschreiten (S. 145-147). Erscheint das Rechtsmittel des Beamten mit der Verpflichtungsklage gem. § 42 Abs. 1 Alt. 2 VwGO in Form der Versagungsgegenklage klar umrissen (S. 147/148), gelingt es *Schäfer* gleichsam, die Grenzen der Darstellung der Versagungsgründe bis hin zum In-Camera-Verfahren im Sinne des Beamten praktikabel zu ziehen (S. 148-151). Für die Personengruppe der Inhaber eines sonstigen öffentlich-rechtlichen Amtes konstatiert *Schäfer* eine Nähe zum beamtenrechtlichen Dienstverhältnis mit einer daraus herzuleitenden Fürsorgepflicht, lässt die Frage nach einem eventuellen Anspruch nebst Rechtsweg jedoch offen (S. 151-153). Die gleichgelagerte Frage sei in Bezug auf nichtbeamtete Amtsträger gem. § 11 Abs. 1 Nr. 2 c StGB hingegen klar zu beantworten (S. 153-155), um im Ergebnis der Frage um die Konsequenz einer etwaigen Aussetzung des Strafverfahrens relativ offen zu bleiben (S. 155-156).

Das nunmehr folgende vierte Kapitel nimmt den größten Raum im Zuge der Untersuchung von *Schäfer* ein (S. 157-240). Schon der Umfang der Ausführungen legt nahe, dass diese hier nicht umfassend dargestellt werden sollen, zumal die in den Erläuterungen von *Schäfer* erreichte Detailtiefe sich in einer punktuellen Wiedergabe nicht ansatzweise wiederfinden lassen würde. Mit einem besonderen Augenmerk auf die Sanktionsnormen des StGB, speziell § 353b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB (S. 158), versäumt es *Schäfer* indes keineswegs, über den strafrechtlich relevanten Tellerrand zu schauen und sich zudem auch außerstrafrechtlichen Sanktionsfolgen zu widmen, „die für ihn [Hinweis der Rezensentin: den Beamten] auch disziplinarrechtliche Folgen nach sich ziehen [kann], die für ihn sogar weitaus gravierender sein können als das Urteil im

Strafverfahren“ (S. 159). Die Differenzierung in Anlehnung an die spezifischen Amtsträger ist dabei obligatorisch.

Gleich zu Beginn stellt *Schäfer* fest, „dass spezielle Verschwiegenheitspflichten auch einen gesonderten strafrechtlichen Schutz erfahren“ (S. 161), um sich sogleich intensiv der Strafrechtsnorm § 353b Abs. 1 StGB zu widmen (S. 162-212), der unter Nr. 1 „auch und gerade die Gruppe der Amtsträger“ umfasse (S. 162). Einigkeit bestehe zumindest dahingehend, dass das Schutzgut der Norm in klarer Abgrenzung von § 203 Abs. 2 StGB – Verletzung von Privatgeheimnissen – nicht Individualinteressen, sondern ein Gemeingut umfasse (S. 165). Die von § 353b Abs. 1 StGB umfasste Tathandlung wird von *Schäfer* in Bezug auf den Untersuchungsgegenstand allumfassend kritisch beleuchtet (S. 166-212). Zu untersuchen sei insbesondere, „ob die Offenbarung eines Geheimnisses zu Verteidigungszwecken im Strafverfahren das Merkmal ‚unbefugt‘ erfüllt und ob in diesem Fall von einer konkreten Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen ausgegangen werden kann“ (S. 166). Es gelingt *Schäfer* aus Sicht der Rezensentin sehr gut, den einzelnen quasi Tatbestandsmerkmalen des § 353b Abs. 1 StGB stets mit Blick auf die zu Grunde liegende Untersuchung argumentationsstark und veranschaulichend klare Strukturen zu verleihen und die Diskussion an den Stellen zu vertiefen, die einer tiefergehenden Betrachtung tatsächlich auch bedürfen.

Das Merkmal „unbefugt“ erfährt eine erkennbar intensive Betrachtung (S. 170-202), die hier nur punktuell skizziert werden soll. Zunächst wird es durch *Schäfer* in den Stand eines Tatbestandsmerkmals gehoben (S. 172). Soweit eine Aussagegenehmigung als Beamtenspezifikum bzw. darüber hinaus eine Zustimmung des Berechtigten vorliege, sei dieses Tatbestandsmerkmal nicht gegeben, vielmehr liege ein tatbestandsausschließendes Einverständnis vor (S. 173). In Ermangelung einer Aussagegenehmigung bzw. Zustimmung sei die unbefugte Offenbarung im Grundsatz zu bejahen (S. 174). Auch wenn die Offenbarung im eigenen Verteidigungsinteresse des Amtsträgers liege, lasse sich dieses Tatbestandsmerkmal nicht derart einschränkend auslegen, als dass sich daraus eine legitimierende Verteidigungsbefugnis herleiten lasse (S. 174-181). *Schäfer* stellt zudem die Verwaltungsakzessorietät des Merkmals „unbefugt“ fest, um daran anknüpfend unterschiedliche Fallkonstellationen zu diskutieren und zu entscheiden (S. 182-184). Zudem verortet *Schäfer* nach treffender Erörterung ein legalisierendes Potenzial bei der aktiven behördlichen Duldung, spricht dieser aber zeitgleich die Praxisrelevanz ab (S. 195-201). Ein Hinweis der möglichen Einschränkung auf Rechtswidrigkeitsebene erfolgt auch an dieser Stelle (S. 202).

Auch das Tatbestandsmerkmal der Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen, welches aus der unbefugten Offenbarung eines Dienstgeheimnisses herrührt, erfährt eine umfassendere Betrachtung (S. 202-210). Es bedürfe einer gesondert festzustellenden konkreten Gefahr, das Institut der mittelbaren Gefährdung sei laut *Schäfer* abzulehnen (S. 204). Die Beurteilung des Merkmals der „wichtige[n]

öffentliche[n] Interessen“ laufe nach *Schäfer* „schlussendlich auf eine Wertungsfrage“ hinaus (S. 205), wobei reine Privatinteressen auszuschließen seien (S. 204). Je nach Amtsträger erfülle dieses Tatbestandsmerkmal vor dem Hintergrund, dass § 353b Abs. 1 StGB spezifisch eine Verhaltens- oder eine Verhaltens- und Sanktionsnorm darstelle, ein wichtiges Abgrenzungskriterium zur möglichen Strafbarkeit (S. 206/207). Soweit eine Versagung der Aussagegenehmigung möglich sei, indiziere dies das Vorliegen eines wichtigen öffentlichen Interesses (S. 207/208). Zwar könne ein Ausschluss der Öffentlichkeit unter bestimmten Voraussetzungen eine Strafbarkeit gem. § 353b Abs. 1 StGB abwenden, die Einschlägigkeit der zu Grunde liegenden Vorschrift gehe aber nicht zwingend mit denen der Versagung einer Aussagegenehmigung konform (S. 209/210), so dass hierin kein Patentrezept liegt.

Die sich anschließenden Ausführungen zu weiteren denkbaren Strafbarkeiten nach dem StGB bzw. dem BDSG fallen wünschenswert und angemessen kurz aus (S. 212-223), auch wenn eine thematische Nähe zu Verschwiegenheitspflichten und auch punktuelle Überschneidungen nicht abzustreiten sind. Auch *Schäfer* selbst bescheinigt diesen Darstellungen durch Formulierungen wie „soll im Rahmen dieser Darstellung nur sehr eingeschränkt eingegangen [werden]“ (S. 213), „in gebotener Kürze“ (S. 217) und „Auf diesen Tatbestand soll nur der Vollständigkeit halber hingewiesen werden“ (S. 220) eine Relevanz am äußersten Rande.

Mit Blick auf außerstrafrechtliche Sanktionsmöglichkeiten differenziert *Schäfer* wiederum nach den herausgearbeiteten Personengruppen der Amtsträger (S. 224-237). Die denkbaren Folgen „können für ihn [Hinweis der Rezensentin: den Amtsträger] unter Umständen sogar gravierender sein als die strafrechtlichen Rechtsfolgen der Tat“ (S. 224). Denkbare Rechtfertigungsgründe entfalten ihre Wirkung auch hier (S. 224). Ausschließlich Beamte und Richter können Adressat disziplinarrechtlicher Maßnahmen sein (S. 224). Der Beamte könne auch unterhalb der Strafbarkeitsgrenze seine Dienstpflicht verletzen (S. 225). Die Verschwiegenheitspflicht sei „selbstredend“ als solche einzustufen, gelte bei schuldhafter Verletzung auch für Ruhestandsbeamte, wirke in stets gleichem Maße auch außerdienstlich (S. 227), stelle eine Kernpflicht dar und besitze Verfassungsrang (S. 230). *Schäfer* stellt fest, dass einzelfallabhängig disziplinarrechtliche Maßnahmen bis hin zu einer Entfernung aus dem Beamtenverhältnis bei Vorliegen eines schweren Dienstvergehens gerechtfertigt sein können. Auch § 353b Abs. 1 StGB lege ab einer Verurteilung von mindestens sechs Monaten Freiheitsstrafe die Annahme desselben nahe (S. 230-232). Die Entscheidung über Disziplinarmaßnahmen gegen den Richter falle in die Zuständigkeit des jeweiligen Dienstgerichts (S. 234), ehrenamtliche Richter seien vom Disziplinarrecht nicht erfasst (S. 235). Der Inhaber eines sonstigen öffentlich-rechtlichen Amtes unterliege einer nicht generalisierbaren Einzelfallbetrachtung, die außerstrafrechtliche Konsequenzen in weiten Teilen verbiete (S. 235). Vertragliche bestellte oder beauftragte Amtsträger gem. § 11 Abs. 1 Nr. 2c) StGB seien den denkbaren

Konsequenzen einer Abmahnung, Vertragskündigung und ggf. sogar Schadensersatzforderungen ausgesetzt (S. 236).

Mit dem Hinweis, dass etwaige Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe sowohl im Strafrechtsurteil gleichsam im Rahmen der außerstrafrechtlichen Sanktionsoptionen Berücksichtigung zu finden haben, leitet *Schäfer* in das fünfte Kapitel über, in welchem er sich in logischer Abfolge seiner Untersuchung mit der „Rechtfertigung oder Entschuldigung des Bruchs der Verschwiegenheitspflicht“ befasst (S. 242-309). Der herausgearbeitet umfassende Schutz der Verschwiegenheitspflicht der Amtsträger soll nunmehr dahingehend geprüft werden, „ob sich der Amtsträger als Beschuldigter eines Strafverfahrens auf Rechtfertigungsgründe berufen kann, wenn er seine Verschwiegenheitspflicht im Strafverfahren bricht, um sich gegen die erhobenen Vorwürfe verteidigen zu können“ (S. 242). Bei zwar anderslautender Begründung sei das Ergebnis für alle Amtsträger gleichermaßen gültig und wirke sowohl auf die strafrechtlichen wie auf die außerstrafrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten (S. 242).

Prägnant aber dennoch präzise kommt *Schäfer* zu dem unkritischen Schluss, dass sowohl die Notwehr gem. § 32 StGB als auch die Wahrnehmung berechtigter Interessen gem. § 193 StGB nicht einschlägig seien, einen Bruch der Verschwiegenheitspflicht zu rechtfertigen (S. 245-250), um sich sodann intensiv dem potentiell einschlägigen rechtfertigenden Notstand gem. § 34 StGB zu widmen (S. 250-304).

Nach umfassender und durchaus horizontweiternder Erörterung rechtsphilosophischer Grundlagen des rechtfertigenden Notstandes gelangt *Schäfer* zu der Auffassung, dass sich aus dem Utilitätsprinzip bezüglich des Untersuchungsgegenstandes keine Rechtfertigung herleiten lasse (S. 258). Im Weiteren legt er das Solidaritätsprinzip zu Grunde, welches es erlaube, „weitere Erwägungen dahingehend anzustellen, ob der Amtsträger das Amtsgeheimnis brechen darf, um sich zu verteidigen“ (S. 262). Zur differenzierten Betrachtung bedient sich *Schäfer* derjenigen Fallkonstellationen, welche im Diskurs um das Tatbestandsmerkmal „unbefugt“ bereits Berücksichtigung fanden. In Voraussetzung des Vorrangs gesetzlicher Verfahren (S. 262-267) gelangt *Schäfer* diskursiv zu der Auffassung, dass die verfahrensrechtlich geregelten Rechtsmittel gegen die Versagung einer Aussagegenehmigung einen Rückgriff auf den rechtfertigenden Notstand ausschließen (S. 268/269). Gleiches gelte bei einer derart gelagerten gerichtlichen Entscheidung, die eine „institutionalisierte Duldungspflicht des Amtsträgers“ begründe (S. 269). Die Konstellation der noch fehlenden gerichtlichen Überprüfung der Aussagegenehmigung, die dem Beschuldigten nicht ermöglicht würde, sei als Verfahrenshindernis zu deklarieren, womit eine Rechtfertigung nicht von Belang sei (S. 271/272). Zur Frage der Voraussetzungen, unter denen dieses Verfahrenshindernis bestehe, stellt *Schäfer* sich gegen die falldifferenzierende Ansicht des *BGH*, welche er als „unzulässige Abwägung“ einstufe, um sodann eine generelle Annahme desselben zu konstatieren (S. 274). Das bewusste, entgegen besseren

Wissens um die Notwendigkeit, Absehen des Beschuldigten von der Einholung einer Aussagegenehmigung ermöglichen weder den Rückgriff auf das Notstandsrecht, noch stelle es ein Verfahrenshindernis dar (S. 275-277). Soweit der Beschuldigte es unterlasse, eine gerichtliche Überprüfung einer Versagung zu veranlassen, greife das Notstandsrecht ebenfalls nicht (S. 277/278). Mit gleichgelagertem Ergebnis in Ergänzung eines etwaigen Verfahrenshindernisses sei der Fall zu entscheiden, in dem die Behörde bei entsprechendem Antrag schlichtweg untätig bleibe (S. 278). Mangels Erfordernisses einer Aussagegenehmigung gelten die verfahrensrechtlichen Einschränkungen für nichtbeamtete Amtsträger als Beschuldigte mangels Konkurrenzsituation gerade nicht, auch ein Verfahrenshindernis lasse sich nicht herleiten (S. 279, 281).

Nach eingehender, multiperspektivisch abwägender und insbesondere auch untersuchungsspezifischer Prüfung der Voraussetzungen des § 34 StGB (S. 281-304) gelangt *Schäfer* zu der Einschätzung, dass der Amtsträger, namentlich der Beamte und der Richter, sich, mit Ausnahme der Fälle des Vorliegens eines Verfahrenshindernisses, auch nicht auf den rechtfertigenden Notstand berufen könne (S. 304). Bei abweichender Begründung gelte auch für die nichtbeamteten Amtsträger das gleichlautende Ergebnis (S. 309). Auch andere Rechtfertigungsgründe bzw. der entschuldigende Notstand seien nicht einschlägig (S. 304-309). Der Erwartung einer eindeutigen Antwort auf die Untersuchungsfrage wird *Schäfer* bei all den herausgearbeiteten Spezifika der einzelnen Amtsträgercharaktere mit der Feststellung „Der Amtsträger darf seine

Verschwiegenheitspflicht nicht verletzen, um sich zu verteidigen“ (S. 310) damit vollends gerecht. Zudem sei anzuführen, dass „die denkbaren Konstellationen, in denen die Frage tatsächlich Bedeutung erlangen wird, äußerst begrenzt sind“ (S. 316).

Aus Sicht der Rezensentin zeichnet sich die Arbeit von *Schäfer* durch einen erheblichen Grad an Facettenreichtum, Detailtiefe und Begründungsumfängen aus, die im Ergebnis aufgrund ausgeprägter Argumentationsstärke kaum ein anderes Ergebnis als das dargestellte zulassen. Zumindest bedürfte es einer intensiven Befassung mit der besprochenen Materie, um argumentativ gegenzuhalten, wofür keinerlei Anlass besteht. Zudem gelingt es *Schäfer* sehr gut, den Spannungsbogen seiner fachlich anspruchsvollen Darstellungen konsequent hochzuhalten, indem er punktuell wiederkehrend auf das zu erwartende Ergebnis reflektiert, ohne selbiges vorwegzunehmen. Die Leserschaft findet durch eine logische und aufeinander aufbauende Struktur stets Orientierung, die fortlaufende thematische Anknüpfung an vorangegangene und folgende Diskurse schafft eine in sich geschlossene Architektur. Dabei versäumt es *Schäfer* nicht, auch den Blick über den thematischen Tellerrand hinaus zu wagen, um sogleich zum Kern zurückzukehren und am Ende der Arbeit die Untersuchungsfrage mit einem Satz zu beantworten, der bei aller Komplexität des Diskussionsgegenstandes für den Amtsträger als Beschuldigter vielleicht nicht zufriedenstellend, im Ergebnis aber eindeutig ist. Insofern wird hier eine eindeutige Empfehlung für die thematische interessierte Leserschaft ausgesprochen.

## Bericht zur Tagung des Arbeitskreises Empirische Polizeiforschung

von Ass. iur. Maren Wegner, M.A.

### I. Einleitung

Vom 4. bis 6. Juli 2019 fand die 23. Fachtagung des Arbeitskreises der Empirischen Polizeiforschung<sup>1</sup> als interdisziplinäres Forum mit dem diesjährigen Themenschwerpunkt „Polizei und Migration“ statt. 80 Wissenschaftler\*innen aus Deutschland und Österreich diskutierten über aktuelle Forschungsprojekte und neueste Erkenntnisse zur Migrationsforschung mit polizeilichem Themenbezug. Als Gastgeber der in der Historie des Arbeitskreises teilnehmerreichsten Veranstaltung fungierte die Sicherheitsakademie des Bundesministeriums für Inneres (SIAK) – die Bildungs- und Forschungseinrichtung für die Bediensteten des Bundesministeriums in Österreich.<sup>2</sup>

### II. Begrüßung und Einführung in das Tagungsthema

Zunächst hießen Ministerialrat *Mag. Dr. Norbert Leitner*, Direktor der SIAK, sowie die Tagungsleitung, bestehend aus Dipl.-Pol. Dipl.-Psych. *Herrmann Groß*, Ministerialrat *Josef Pfaffenheimer* und LPD *Peter Schmidt*, die Referent\*innen und Teilnehmer\*innen herzlich willkommen. *Leitner* betonte sowohl die wesentliche Bedeutung als auch den enormen Mehrwert, den der Austausch und die Vernetzung von internationalen Wissenschaftler\*innen im wissenschaftlichen Diskurs der Polizeiwissenschaften einnimmt.

Einführende Worte verdeutlichten die Aktualität des Tagungsthemas, wonach Migration einen wichtigen Katalysator für gesellschaftliche und institutionelle Wandlungsprozesse darstelle, gleichzeitig jedoch auch mit permanenten gesellschaftlichen und nicht zuletzt staatlichen Herausforderungen verbunden sei.

Den inhaltlichen Auftakt übernahm Ministerialrat *Mag. Christian Semler* vom Institut für Wissenschaft und Forschung an der SIAK mit einem einführenden Impulsvortrag zum Thema „Polizei und Migration – im Kontext mit den Begriffen Recht und Gerechtigkeit, vor dem Hintergrund ständiger globaler, gesellschafts- und sozialpolitischer Veränderungen – eine philosophische Betrachtung“. Hierbei stellte er inhaltliche Bezüge zu Staats- und Gerechtigkeitstheorien im Kontext der Migration her.

Daran anknüpfend führte *Mag. Dr. Linda Jakubowicz*, ebenfalls vom Institut für Wissenschaft und Forschung an

der SIAK, theoretisch mit ihrem Vortrag „Migrationsforschung im BM für Inneres – weit mehr als die Sicherheitsperspektive“ in die Thematik ein. Sie schlug die Brücke zur polizeilichen Praxis, indem sie relevante Handlungsfelder wie den Menschenhandel, Ethnic Profiling und Hasskriminalität skizzierte. In diesen Rahmen bettete sie die Migrationsforschung des BMI ein, deren Ziel die evidenz- und wissensbasierte Politikgestaltung sei und abgeschlossene sowie aktuelle Forschungsprojekte vorstelle.

### III. Überblick über die Vortragsthemen am 1. Veranstaltungstag

*Daniel Church*, wissenschaftlicher Mitarbeiter beim Bundeskriminalamt, präsentierte in seinem Vortrag „Viktimisierungsrisiko und Anzeigeverhalten von Migrantinnen und Migranten [...]“ erste Ergebnisse des Deutschen Viktimisierungssurvey (DVS) von 2017<sup>3</sup> und stellte diese den Erkenntnissen des DVS von 2012 gegenüber. Hierbei konstatierte er, dass in Abhängigkeit von Herkunft und Deliktsbereich teilweise signifikante Unterschiede sowohl hinsichtlich des Viktimisierungsrisikos als auch des Anzeigeverhaltens bestehen.

Die „Vulnerabilität in migrantisch geprägten Quartieren“ bildete den Gegenstand des nächsten Vortrages von *Prof. Dr. Bernhard Frevel* und Dipl.-Soz. *Christiane Howe* von der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung Nordrhein-Westfalen. Die Referent\*innen stellten ein Teilvorhaben des Forschungsprojektes „Migration und Sicherheit in der Stadt – migsst“ vor, das vom Bundesministerium für Bildung und Forschung (BMBF) im Rahmen des Programms Forschung für die zivile Sicherheit gefördert wird.<sup>4</sup> Im Fokus des Teilprojektes, das ein ethnografisches Forschungsdesign aufweist, steht die Analyse stadtsociologischer Fragestellungen zur Segregation und damit einhergehenden Wechselwirkungen u.a. zur Vulnerabilität sowie Viktimisierung.

### IV. Überblick über die Vortragsthemen am 2. Veranstaltungstag

Die Eröffnung des zweiten Veranstaltungstages übernahmen *Prof. Dr. Hartmut Aden*, *Dr. Jan Fährmann* und *Alexander Bosch* von der Hochschule für Wirtschaft und Recht Berlin, die in ihrem Vortrag „Kontrollieren – aber wie? Können technische Innovationen die Akzeptanz für polizeiliche Personenkontrollen verbessern?“ aus einer

<sup>1</sup> Für weiterführende Informationen vgl. EPF, <http://www.empirische-polizeiforschung.de/Startseite.html> (zuletzt abgerufen am 8.7.2019).

<sup>2</sup> Vgl. Bundesministerium für Inneres, <https://www.bmi.gv.at/104/start.aspx> (zuletzt abgerufen am 8.7.2019).

<sup>3</sup> BKA, Erste Ergebnisse des Deutschen Viktimisierungssurvey 2017, <https://www.bka.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/Publikationsreihen/Forschungsergebnisse/2018ersteErgebnisseDVS2017.html> (zuletzt abgerufen am 8.7.2019).

<sup>4</sup> Zur Projektbeschreibung vgl. BMBF, [https://www.sifo.de/files/Projektumriss\\_migsst.pdf](https://www.sifo.de/files/Projektumriss_migsst.pdf) (zuletzt abgerufen am 8.7.2019).

rechts- und sozialwissenschaftlichen Perspektive Chancen, Risiken und Rahmenbedingungen technologischer Lösungen zur Erfassung personenbezogener Daten darstellten. Die Entwicklung mobiler technologischer Innovationen, die eine berührunglose Identitätsprüfung ermöglichen, bildet den Forschungsgegenstand des durch die Referenten vorgestellten Projektes „MEDIAN“, das ebenfalls im Rahmen des Programms Forschung für die zivile Sicherheit vom BMBF gefördert wird.<sup>5</sup>

*Dr. Carsten Dübbers* vom Polizeipräsidium Köln stellte im anschließenden Vortrag einen Praxisbericht zum „Umgang der Kölner Polizei mit den Ereignissen der Silvesternacht 2015/2016 und danach“ als Beispiel dafür dar, dass sich die polizeiliche Praxis und die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit polizeilichen Handlungspraktiken ergänzen. Er präsentierte Ergebnisse der „AG Silvester 2016“, welche im Nachgang an den polizeilichen Einsatz aufgrund eines selektiven Vorgehens auf dem Kölner Hauptbahnhof und eines abgesetzten Tweets und dem daran anknüpfenden medialen und politischen Interesse gebildet wurde.<sup>6</sup>

*Alina Christine Meier* von der Universität Regensburg knüpfte thematisch an das Thema mit ihrem Vortrag „Racial Profiling – praktiziert, empfunden oder gefordert? Perspektiven der Polizei“ an und stellte Erkenntnisse vor, die sie im Rahmen ihrer Masterarbeit gewonnen hat. Auf Grundlage teilstandardisierter Experteninterviews mit Polizeibeamt\*innen unterschiedlicher Funktionen näherte sie sich dem Forschungsgegenstand und identifizierte Faktoren, die polizeiliche Handlungspraktiken beeinflussen.

Im Anschluss daran widmete sich *Annelie Molapisi*, wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Akademie der Polizei Hamburg, in ihrem Vortrag „Zwischen ‚Wir-hier-in-der-Polizei‘ und ‚Der-Feind-in-den-eigenen-Reihen‘: Beamt\*innen mit Migrationsgeschichte in der Phase der beruflichen Sozialisation – aktuelle Befunde“ dem Thema der Interkulturalität in der Organisationskultur.<sup>7</sup> Sie stellte erste Erkenntnisse eines Arbeitspaketes des Verbundprojektes „MIGRATE“ vor, das insgesamt die Analyse der Prozesse des institutionellen Wandels, mit denen die Polizei auf Herausforderungen der zunehmenden Migration reagiert, intendiert und vom BMBF gefördert wird.

*Eva Brauer*, *Tamar Dangelmaier* und *Dr. Daniela Hunold* von der Deutschen Hochschule der Polizei referierten in ihrem Beitrag zur „Clankriminalität – Die diskursive Konstruktion eines Kriminalitätsphänomens im Polizeialltag“. Die Thematik knüpft an das Forschungsprojekt „KORSIT“<sup>8</sup>, einem von der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG) geförderten Projekt, an. KORSIT fokussiert die Analyse sozialer Prozesse, die zur institutionell gebundenen Produktion und Verwertung von sicherheitsrelevantem Wissen über städtische Räume und deren

Verknüpfung mit polizeilichen Handlungspraktiken führen. In ihrem Vortrag stellten die Referent\*innen heraus, dass über die diskursive Konstruktion ein Wissenskollektiv gebildet wird, das wiederum Wechselwirkungen zur Handlungspraxis aufweist.

Das Thema „Die ‚gefährliche und volatile‘ Rolle des Selbstwertgefühls für Helfer\*innen im Falle von massiven Migrationsbewegungen“, zu dem Kriminalpsychologe und Honorar Professor *Mag. Dr. Thomas Müller* referierte, schloss den zweiten, informativen Veranstaltungstag ab. In seinem Beitrag erläuterte er anhand eines 3-Säulenmodells „Work-Interaction-Ego“ Problemstellungen, die aus der Diversifizierung des Selbstwertgefühls dann resultieren, wenn ein Ungleichgewicht innerhalb dieser Säulen als Quellen für das Selbstwertgefühl entsteht. Er stellte konkrete Bezüge zu der Situation von Polizeibeamt\*innen und deren Einsatz im Rahmen der Migrationsbewegungen her.

### V. Überblick über die Vortragsthemen am 3. Veranstaltungstag

*Dr. Peter Faesel* von der Polizeiakademie Niedersachsen eröffnete den letzten Veranstaltungstag. In seinem Beitrag mit dem Titel: „Jetzt mal Klartext... Was halten Polizei und Fremde eigentlich wirklich voneinander? Und hat das was mit Kultur zu tun? Eine empirische Untersuchung zu impliziten Einstellungen von Migrant\*innen und Polizeibeamt\*innen“ thematisierte er unter Rückgriff auf seine Forschungsergebnisse implizite Einstellungsmuster von Migrant\*innen und Polizeibeamt\*innen. Auf Grundlage der Repertory Grid Technik, welche auf der Theorie der sozialen Konstrukte basiert, erhob er hierbei die individuellen Perspektiven der Befragten und führte sie einem Vergleich der unterschiedlichen Bezugsgruppen zu.

Einstellungsmuster innerhalb der Polizei fokussierten ebenfalls Dipl.-Psych. *Daniela Gutschmidt* und *Prof. Dr. Dr. Antonio Vera* von der Deutschen Hochschule der Polizei, die die „Cop Culture und gruppenbezogene Menschenfeindlichkeit in der Polizei [...]“ (GMF) mittels einer quantitativen Befragung von Polizei-/Kriminalratsanwärt\*innen erforschten. Sie stellten den entwickelten Fragebogen „CC-20“ vor, mit dem Einstellungsmuster der Cop Culture und der GMF operationalisiert werden können und präsentierten die Ergebnisse der Studie.

Über „Ansatzpunkte für ein Lernen der Polizei aus den Flüchtlingsbewegungen 2015/2016“ referierten *Jana-Andrea Frommer* von der Deutschen Hochschule der Polizei und *Malte Schönefeld* sowie *Patricia Schütte* von der Bergischen Universität Wuppertal. Sie stellten das vom

<sup>5</sup> Zur Projektbeschreibung vgl. BMBF, [https://www.sifo.de/files/Projektumriss\\_Median.pdf](https://www.sifo.de/files/Projektumriss_Median.pdf) (zuletzt abgerufen am 8.7.2019).

<sup>6</sup> Zu den Ergebnissen im Detail, Polizei NRW, Abschlussbericht AG Silvester 2016, [https://koeln.polizei.nrw/sites/default/files/2018-03/lstamb\\_170726\\_Abschlussbericht%20AG%20Silvester.pdf](https://koeln.polizei.nrw/sites/default/files/2018-03/lstamb_170726_Abschlussbericht%20AG%20Silvester.pdf) (zuletzt abgerufen am 8.7.2019).

<sup>7</sup> Für weiterführende Informationen zum Teilvorhaben vgl. Akademie der Polizei Hamburg, <https://akademie-der-polizei.hamburg.de/forschung/11933832/migrate/> (zuletzt abgerufen am 8.7.2019).

<sup>8</sup> Für weitere Informationen zum Forschungsprojekt vgl. Deutsche Hochschule der Polizei, <https://www.dhpol.de/korsit> (zuletzt abgerufen am 9.7.2019).

BMBF geförderte Projekt „SiKoMi“<sup>9</sup> vor, das sich zum Ziel gesetzt hat, ein Wissensmanagementkonzept zu entwickeln, das Akteure stärken soll. Hierzu werden Erfahrungen aus den Migrationsbewegungen in den 1990'er Jahren den Erfahrungen aus 2015/2016 gegenübergestellt, Good Practices sowie Verbesserungspotentiale u.a. aufgrund von Medieninhaltsanalysen identifiziert.

## VI. Die Poster-Session

Neben den Vorträgen bestand bei dieser Tagung die Möglichkeit, Forschungsvorhaben o.Ä. im Rahmen einer Poster-Session zu präsentieren.

Die Deutsche Hochschule der Polizei war mit drei Postern vertreten: *Stiven Tremaria* stellte das Fachgebiet Internationale Polizeiliche Beziehungen<sup>10</sup> vor; *Andrej Galic* thematisierte die sicherheitspolitische Rolle der Polizeigewerkschaften und deren Konkurrenzverhältnis. *Sabine Nowak und Nina Müller* erläuterten auf ihrem Poster ein weiteres Teilprojekt<sup>11</sup> von „MIGRATE“, das das Polizei-Bürger\*in-Verhältnis in multiethnischen Kontexten betrachtet. Das Teilprojekt „BüPoBez“ widmet sich hierbei der Frage, wie sich das Verhältnis der deutschen Polizei zu einer zunehmend ethnisch diversifizierten Wohnbevölkerung gestaltet. Im Mittelpunkt stehen die alltäglichen Routinen von Polizeiarbeit und ihre Wechselwirkungen mit der sozialen, ethnischen, religiösen und kulturellen Verschiedenheit der Bewohner\*innen sowie Chancen und Hürden, mit denen sich Polizeibeamt\*innen mit Migrationshintergrund in Polizei-Bürger\*in-Kontakten konfrontiert sehen.

*Prof. Dr. Wulf Köpke, Beate Hahn und Andre Schulz* von der Polizeiakademie Hamburg stellten das Institut für transkulturelle Kompetenz<sup>12</sup> vor, das Anfang 2016 als eigenständige Einrichtung gegründet wurde. Dieses hat sich auf die (Weiter-)Qualifizierung der Polizeibeamt\*innen im Bereich der inter/transkulturellen Kompetenzen spezialisiert und führt ebenfalls eigenständige Forschungsprojekte im Bereich Sicherheit und Migration durch.

*Josephine Jellen* vom Institut der Gesellschaftswissenschaften der Otto von Guericke Universität Magdeburg

präsentierte ein arbeits- und gesundheitssoziologisches Forschungsprojekt, das sich mit dem subjektiven Belastungs- und Beanspruchungserleben von Polizeibeamt\*innen angesichts der Migrationsbewegungen auseinandersetzt.

Den Wandel, den die bundesdeutsche Polizei hinsichtlich der Personal- und Ausbildungspolitik vollzieht, betrachtet das Verbundprojekt „ZuRecht – Die Polizei in der offenen Gesellschaft“. *Sabrina Ellebrecht und Laura Wissner* repräsentierten ein Teilvorhaben, das am Center for Security and Society der Albrecht-Ludwigs-Universität Freiburg angegliedert ist.<sup>13</sup>

*Alexandra Graevskaia, Benedikt Müller, Prof. Dr. Martin Brussig und Anja Weiß* von der Universität Duisburg Essen stellten mit ihrem Poster ein weiteres Teilprojekt „Personalpolitik und Diversity Management in der Polizei“ des Verbundprojektes MIGRATE dar. Das Teilprojekt untersucht, ob sich in der Polizei ein Diversity-Management, im Sinne eines systematischen personalpolitischen Umgang mit migrationsbedingter Vielfalt, finden lässt.<sup>14</sup>

## VII. Diskussion, Verabschiedung, Ausblick

An die 30-minütigen Vorträge schloss sich jeweils eine 30-minütige Diskussion an, in denen die ersten Forschungsergebnisse thematisiert sowie angewandte Forschungsmethoden reflektiert wurden. Die Diskussionen, an denen sich Teilnehmer\*innen der unterschiedlichsten Disziplinen beteiligten, trug somit zum Perspektivwechsel und -erweiterung bei.

Die Veranstaltung endete damit, dass die Organisatoren Zuwachs durch *Dr. Daniela Hunold* (Landeskriminal Bremen), *Dr. Nathalie Hirschmann* (Westfälische-Wilhelms-Universität Münster) und *Prof. Dr. Marschel Schöne* (Hochschule der sächsischen Polizei) verkündeten.

Darüber hinaus gaben die Organisatoren bekannt, dass die nächste Tagung vom 2. Juli bis zum 4. Juli 2020 in Aschersleben unter dem Thema „Polizei in Ost und West“ stattfinden wird und riefen dazu auf, eigene Referatsvorschläge einzubringen.<sup>15</sup>

<sup>9</sup> Zur Projektbeschreibung vgl. BMBF, [https://www.sifo.de/files/Projektumriss\\_SiKoMi.PDF](https://www.sifo.de/files/Projektumriss_SiKoMi.PDF) (zuletzt abgerufen am 11.7.2019).

<sup>10</sup> Vgl. DHPol, [https://www.dhpol.de/departements/departement\\_II/FG\\_II.6/profil-fg\\_II\\_6.php](https://www.dhpol.de/departements/departement_II/FG_II.6/profil-fg_II_6.php) (zuletzt abgerufen am 11.7.2019).

<sup>11</sup> Für weiterführende Informationen vgl. DHPol, [https://www.dhpol.de/departements/departement\\_1/FG\\_1.3/projekt\\_migrate.php](https://www.dhpol.de/departements/departement_1/FG_1.3/projekt_migrate.php) (zuletzt abgerufen am 11.7.2019).

<sup>12</sup> Für weiterführende Informationen vgl. *Andre Schulz*, <https://www.andreschulz.eu/t%C3%A4tigkeit/> (zuletzt abgerufen am 11.7.2019).

<sup>13</sup> Für weiterführende Informationen vgl. CSS, <https://www.css.uni-freiburg.de/de/projekte/zurecht/> (zuletzt abgerufen am 11.7.2019); DHPol, [https://www.dhpol.de/departements/departement\\_II/FG\\_II.5/zurecht.php](https://www.dhpol.de/departements/departement_II/FG_II.5/zurecht.php) (zuletzt abgerufen am 11.7.2019).

<sup>14</sup> Für weiterführende Informationen vgl. Universität Duisburg Essen, <https://www.iaq.uni-due.de/projekt/2018/migrate.php> (zuletzt abgerufen am 11.7.2019).

<sup>15</sup> Zum Call for Papers vgl. EPF, <http://www.empirische-polizeiforschung.de/Startseite.html> (zuletzt abgerufen am 11.7.2019).