

# 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. Dr. Markus Thiel  
Prof. Dr. Mark Zöller

### Redaktion international

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

### ALLGEMEINE BEITRÄGE | 137 – 172

- 137** | **Versuchsstrafbarkeit von Cybergrooming?**  
*von Prof. Dr. Anne Schneider, LL.M.*
- 144** | **Tätlichkeiten (§ 185 StGB) und tätliche Angriffe (§ 114 StGB) als unterschiedliche Ehrverletzungsmodalitäten?**  
*von Prof. Dr. Fredrik Roggan*
- 148** | **Coronavirus, Strafrecht und objektive Zurechnung**  
*von Wiss. Mit. Lukas Cerny und Wiss. Mit. Johannes Makepeace*
- 152** | **Die Herstellung von Waffengleichheit zwischen Justiz und Rechtsmittel-führer durch Verlängerung der Revisionsbegründungsfrist**  
*von RiOLG Prof. Dr. Matthias Jahn, RAin Stefanie Schott und RA Björn Krug*
- 155** | **Anmerkung zum „Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft“**  
*von RiBGH Renate Wimmer*
- 160** | **Big Data-Based Predictive Policing**  
*von Prof. Dr. Carsten Momsen and Cäcilia Rennert, Attorney at Law*

### AUSLANDSBEITRAG | 173 – 182

- 173** | **Die Vorratsdatenspeicherung in der türkischen Rechtsordnung**  
*von Dr. Çiler Damla Bayraktar*

### BUCHBESPRECHUNGEN | 183 – 193

- 183** | **Benjamin J Goold and Liora Lazarus: Security and Human Rights**  
*von Prof. Dr. Carsten Momsen, Cäcilia Rennert, Attorney at Law und Marco Willumat*
- 190** | **Till Zimmermann: Das Unrecht der Korruption**  
*von Prof. Dr. Anja Schiemann*
- 192** | **Sebastian Bauer: Soziale Netzwerke und strafprozessuale Ermittlungen**  
*von Prof. Dr. Anja Schiemann*

### TAGUNGSBERICHT | 194 – 198

- 194** | **Defence Counsel at the International Criminal Tribunals, Jan. 2020**  
*von RAin Pia Bruckschen*

## ALLGEMEINE BEITRÄGE

## Versuchsstrafbarkeit von Cybergrooming?

von Prof. Dr. Anne Schneider, LL.M.\*

## Abstract

Der Gesetzgeber hat 2020 den Versuch des sexuellen Missbrauchs von Kindern in Form von Cybergrooming unter Strafe gestellt, allerdings nur für den Fall, dass der Täter nicht mit einem Kind, sondern einem Erwachsenen kommuniziert. Die Strafbarkeit allein des beendeten untauglichen Versuchs von § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB ist ein Novum im deutschen Strafrecht. Der Beitrag zeigt, dass sie weder europarechtlich oder völkerrechtlich geboten ist, noch mit Blick auf die deutsche Dogmatik in der bestehenden Form legitimiert werden kann.

*In 2020, the legislator criminalized the attempt of cybergrooming in cases in which criminal liability failed because the perpetrator did not communicate with a child. The introduction of criminal liability only for ineffectual attempts of a crime, i.e. attempts that could never lead to success, is a novelty in German criminal law. The article shows that neither European Law nor International Law require the criminal liability of an attempted violation of § 176 para. 4 No. 3 German Criminal Code. Nor can the new law be justified in the light of criminal law doctrine.*

## I. Einleitung

„Hoffe, bin nicht zu alt (Oliver45)“, „Guten Tag, Hi, mag jüngere (Ruhrgebietler53)“, „Willst du mal was aufregendes sehen (Stefan1991)“ und „Bist du noch Jungfrau (Anaconda33)“ waren einige der Chatanfragen, die Ermittler des BKA innerhalb von vier Minuten erhielten, als sie sich mit dem Profil eines 13-jährigen Mädchens in einem Chatroom anmeldeten.<sup>1</sup> Der kurze Zeitraum, in dem dieses Stichprobe gesammelt wurde, lässt vermuten, dass entsprechende Chatverläufe in Deutschland an der Tagesordnung sind.<sup>2</sup> Der Gesetzgeber hat schon vor einiger Zeit darauf reagiert und das sog. Cybergrooming unter Strafe gestellt.

## II. Strafbarkeit von Cybergrooming

Unter Cybergrooming versteht man die Anbahnung von Kontakten zu Kindern über das Internet zur Vorbereitung von sexuellem Missbrauch.<sup>3</sup> Im deutschen Strafrecht findet sich eine entsprechende Strafbarkeitsregelung in § 176 StGB, der allgemein den sexuellen Missbrauch von Kindern regelt. Dabei ist die Regelung u.a. auf das Übereinkommen des Europarats zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch (sog. Lanzarote-Übereinkommen)<sup>4</sup> und die Richtlinie 2011/93/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI des Rates<sup>5</sup> zurückzuführen.

Gem. § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB ist strafbar, wer „auf ein Kind mittels Schriften (§ 11 Absatz 3) oder mittels Informations- oder Kommunikationstechnologie einwirkt“, um das Kind zu sexuellen Handlungen zu bringen oder bestimmte kinderpornographische Straftaten zu begehen. Die Einwirkung darf dabei nicht rein mündlich sein, sondern muss mittels Schriften oder mittels Informations- und Kommunikationstechnologie geschehen, die vom Kind auch wahrgenommen werden müssen.<sup>6</sup> Das Einwirken mit pornographischen Inhalten wird bereits von § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB erfasst, so dass Nr. 3 sich v.a. auf nicht-pornographische Inhalte bezieht. So werden auch Chatnachrichten wie „Hi. Lust zu chatten, bin 35“ oder „Bin 17, noch ok?“<sup>7</sup> vom Begriff des Einwirkens erfasst, sofern der Täter die entsprechende Absicht und sein Tatverhalten die notwendige Intensität aufweist.

Ob sich die Absicht des Täters verwirklicht oder zumindest eine entsprechende Gefahr besteht, spielt für die Strafbarkeit keine Rolle.<sup>8</sup> Schon das Einwirken begründet nach Vorstellung des Gesetzgebers die Gefahr, dass es zu einem Treffen zwischen dem Kind und dem Täter kommen könnte, bei dem die sexuelle Selbstbestimmung des

\* Die Verfasserin ist Inhaberin des Lehrstuhls für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht, Strafprozessrecht und Wirtschaftsstrafrecht an der Universität Mannheim.

<sup>1</sup> Kind, Stellungnahme des BKA zum Gesetzentwurf, S. 7. Alle Stellungnahmen zum Gesetzentwurf sind abrufbar unter: [https://www.bundestag.de/ausschuesse/a06\\_Recht/anhoeerungen\\_archiv/stellungnahmen-665970](https://www.bundestag.de/ausschuesse/a06_Recht/anhoeerungen_archiv/stellungnahmen-665970) (zuletzt abgerufen am 18.3.2020).

<sup>2</sup> Vgl. auch die Zitate aus Chat-Nachrichten in Großbritannien in *Kloss/Hamilton-Giachritsis/Beech*, Sexual Abuse 31 (2019), 73 (79 ff.).

<sup>3</sup> Eisele, in: FS Heinz, 2012, S. 697 (698).

<sup>4</sup> S. die dreisprachige Textfassung in BGBl. 2015 II, S. 26.

<sup>5</sup> ABl. 2011, L 335/1.

<sup>6</sup> Eisele, in: FS Heinz, 2012, S. 697 (699); Renzikowski, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 176 Rn. 42.

<sup>7</sup> Kind, S. 7.

<sup>8</sup> Alexiou, Cyber-Grooming, 2018, S. 335; Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 176 Rn. 42.

Kindes beeinträchtigt wird. Es handelt sich daher um ein abstraktes Gefährdungsdelikt.<sup>9</sup> Damit wird die Strafbarkeit sehr weit nach vorne verlagert.<sup>10</sup> Dem hatte der Gesetzgeber Rechnung getragen, indem er für die Fälle des § 176 Abs. 4 Nr. 3 und Nr. 4 StGB ursprünglich keine Versuchsstrafbarkeit angeordnet hatte (s. § 176 Abs. 6 StGB).<sup>11</sup>

### III. Einführung der Versuchsstrafbarkeit

Dies hat sich nunmehr geändert. Im Herbst letzten Jahres hatte die Bundesregierung einen Gesetzentwurf vorgelegt, mit dem unter bestimmten Voraussetzungen auch der Versuch des Cybergroomings nach § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB strafbar sein sollte.<sup>12</sup> Dieser ist am 13. März 2020 in Kraft getreten.<sup>13</sup>

#### 1. Inhalt der Neuregelung

Danach wurde § 176 Abs. 6 StGB, der die Versuchsstrafbarkeit enthält, wie folgt neu gefasst:

(6) Der Versuch ist strafbar; dies gilt nicht für Taten nach Absatz 4 Nummer 4 und Absatz 5. Bei Taten nach Absatz 4 Nummer 3 ist der Versuch nur in den Fällen strafbar, in denen eine Vollendung der Tat allein daran scheitert, dass der Täter irrig annimmt, sein Einwirken beziehe sich auf ein Kind.

Hintergrund der Änderung ist, dass das Einwirken in bestimmten Fällen bis zur Neuregelung nicht strafbar war, nämlich immer dann, wenn der Täter tatsächlich nicht mit einem Kind kommuniziert, sondern mit einem Jugendlichen oder Erwachsenen.<sup>14</sup> In der Stichprobe des BKAs verwirklichten die entsprechenden Chatpartner schon deshalb nicht den Cybergrooming-Tatbestand, weil sie statt eines 13-jährigen Mädchens tatsächlich einen BKA-Ermittler adressierten. Den Ermittlern waren in solchen Fällen selbst dann die Hände gebunden, wenn es tatsächlich zu einer Verabredung zum Zweck der Anfertigung pornographischer Bilder kam.<sup>15</sup> Für diesen speziellen Fall, dass nämlich der Chatpartner nur scheinbar ein Kind ist, ist nun eine Versuchsstrafbarkeit eingeführt worden. Bestraft

wird also der beendete untaugliche Versuch am untauglichen Tatobjekt.<sup>16</sup>

Dabei ist die Formulierung technisch allerdings wenig geglückt. Gem. § 176 Abs. 6 S. 2 StGB n.F. soll der Versuch nur strafbar sein, wenn die Vollendung an dem Irrtum des Täters scheitert. Die Vollendung scheitert aber in den vom Gesetzgeber gemeinten Fällen des Einwirkens auf ein sog. „Scheinkind“ nicht daran, dass sich der Täter irrt, sondern daran, dass der objektive Tatbestand nicht verwirklicht ist. Der Irrtum des Täters ist – wie immer beim Versuch – Voraussetzung für die Versuchsstrafbarkeit. Eine andere Formulierung wäre daher besser gewesen.<sup>17</sup>

Ungenau ist die Formulierung auch deshalb, weil sie nicht zwingend nur den Fall erfasst, dass der Täter mit einer Person chattet, die er oder sie für unter 14 Jahre alt hält, die aber tatsächlich kein Kind ist. Denkbar wäre es auch, dass der Täter mit einer 15-jährigen Person chattet, deren Alter er kennt, aber irrig davon ausgeht, es handle sich bei 15-jährigen noch um Kinder. Ein solcher Subsumtionsfehler belastet den Täter normalerweise nicht; es handelt sich um ein Wahndelikt. Der Wortlaut der Neuregelung umfasst aber auch diese Konstellation.

#### 2. Kritik im Gesetzgebungsverfahren

In den Stellungnahmen zum Referentenentwurf und zum späteren Gesetzentwurf wurde die Regelung, die unverändert in Kraft getreten ist, – wie meistens – unterschiedlich beurteilt. Ein Großteil der Stellungnahmen begrüßt die Neuregelung ausdrücklich als wichtigen Schritt auf dem Weg zur Bekämpfung des Cybergroomings.<sup>18</sup> Zum Teil wird die Regelung allerdings als nicht weitgehend genug angesehen und die Ausdehnung auf alle Fälle der Nr. 3 gefordert. Es erscheine widersprüchlich, nur den untauglichen Versuch zu bestrafen, den tauglichen jedoch straflos zu lassen.<sup>19</sup> Zudem wird die Erweiterung auf § 176 Abs. 3 Nr. 4 StGB gefordert.<sup>20</sup> Teilweise wird die Altersgrenze von 14 Jahren für den Fall des Cybergroomings für zu niedrig gehalten und eine Erhöhung auf Jugendliche

<sup>9</sup> Eisele, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. (2019), § 176 Rn. 1a; wohl auch Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 176 Rn. 6.

<sup>10</sup> Kritisch etwa Alexiou, S. 325 ff., die die Norm für verfassungswidrig hält, S. 338; D. Amelung/Funcke-Auffermann, StraFo 2004, 265 (267); Eisele, in: FS Heinz, 2012, S. 697 (701); Duttge/Hörnle/Renzikowski, NJW 2004, 1065 (1067 f.).

<sup>11</sup> BT-Drs. 15/350, S. 18.

<sup>12</sup> BT-Drs. 19/13836.

<sup>13</sup> BGBl. 2020 I, S. 431.

<sup>14</sup> BT-Drs. 19/13836, S. 9. Siehe auch Eisele, in: FS Heinz, 2012, S. 697 (700).

<sup>15</sup> Egetmeier, Stellungnahme Kriminaldirektion Freiburg zum Gesetzentwurf, S. 1.

<sup>16</sup> BT-Drs. 19/13836, S. 10.

<sup>17</sup> S. etwa den Vorschlag von Mitsch in einem Kommentar auf der Internetseite der KriPoZ, abrufbar unter: <https://kripoz.de/2019/04/30/versuchsstrafbarkeit-des-cybergroomings/> (zuletzt abgerufen am 18.3.2020); Kriminalpolitischer Kreis (KriK), Stellungnahme, S. 2, abrufbar unter: <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2019/02/stellungnahme-krik-cybergrooming.pdf> (zuletzt abgerufen am 18.3.2020).

<sup>18</sup> Brodowski, Stellungnahme zum Gesetzentwurf, S. 2 f.; Egetmeier, S. 1; Goger, Stellungnahme Generalstaatsanwaltschaft zum Gesetzentwurf, Zentralstelle Cybercrime, S. 2; Kind, S. 2; Weigend, Stellungnahme zum Gesetzentwurf, S. 4; Weiler, Stellungnahme Innocence in Danger zum Gesetzentwurf, S. 6; Deutsche Kinderhilfe, Stellungnahme zum Referentenentwurf, S. 1; Deutsche Akademie für Kinder- und Jugendmedizin (DAKJ), Stellungnahme zum Referentenentwurf, S. 2; Bundeskoordination spezialisierter Fachberatung gegen sexualisierte Gewalt in Kindheit und Jugend (BKSF), Stellungnahme zum Referentenentwurf, S. 4; Deutscher Juristenbund (djB), Stellungnahme zum Referentenentwurf, S. 1 f.; Freiwillige Selbstkontrolle Multimedia-Diensteanbieter (FSM), Stellungnahme zum Referentenentwurf, S. 2; Deutscher Richterbund (DRB), Stellungnahme zum Referentenentwurf, S. 1 f. Alle Stellungnahmen zum Referentenentwurf sind abrufbar unter: <https://www.bmjjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Cybergrooming.html> (zuletzt abgerufen am 18.3.2020). Siehe auch Drohsel, ZRP 2018, 213 (215).

<sup>19</sup> Fischer, Stellungnahme zum Gesetzentwurf, S. 3; Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 19/13836, S. 14; Kriminologische Zentralstelle (KrimZ), Stellungnahme zum Gesetzentwurf, S. 4.

<sup>20</sup> Siehe die Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 19/13836, S. 14; Goger, S. 2 f.; Kind, S. 3; djB, S. 2.

unter 16<sup>21</sup> oder 18<sup>22</sup> Jahren bzw. eine flexible Regelung<sup>23</sup> vorgeschlagen. Auch würden völker- und europarechtliche Vorgaben eine weitergehende Regelung erfordern.<sup>24</sup> Kritiker des Entwurfes verwiesen darauf, dass mit einer solchen Regelung die Versuchsstrafbarkeit einer Handlung im Vorbereitungsstadium eingeführt werde, mithin die Strafbarkeit weit vorverlagert würde.<sup>25</sup> Dies gelte erst Recht für die von einigen Sachverständigen und vom Bundesrat vorgeschlagenen Erweiterungen auf alle Fälle des Versuchs und Nr. 4.<sup>26</sup> Ein unmittelbares Ansetzen zum Einwirken sei zudem nur schwer zu fassen.<sup>27</sup> Außerdem sei die Formulierung des Entwurfes nicht gelungen.<sup>28</sup> Bezweifelt wird auch, dass eine Neuregelung zur Verbesserung der Strafverfolgung notwendig sei.<sup>29</sup> Diesem Zweck könne außerdem mit anderen Mitteln genüge getan werden.<sup>30</sup>

Es zeigt sich also, dass die Regelung von den einen als zu weitgehend, von anderen als nicht weit genug bewertet wird. Derartig unterschiedliche Stellungnahmen sind im Gesetzgebungsverfahren nicht ungewöhnlich, weil häufig gezielt Organisationen zur Stellungnahme aufgefordert werden, die bestimmte konträre Interessen vertreten. In diesem Spannungsverhältnis kann die Rechtswissenschaft, die von solchen Partikularinteressen im Grunde frei ist, eine zumindest neutralere Perspektive vermitteln. Im Folgenden soll daher die Einführung einer Versuchsstrafbarkeit von Cybergrooming unter Berücksichtigung einiger der im Gesetzgebungsverfahren genannten Kritikpunkte kritisch beleuchtet werden, wobei der Grundtatbestand des § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB als solcher nicht hinterfragt werden soll.<sup>31</sup>

#### IV. Völker- und europarechtliche Notwendigkeit

Zuerst stellt sich die Frage, ob höherrangiges Recht die Regelung einer Versuchsstrafbarkeit erfordert. Wäre dies der Fall, wäre der Umfang einer solchen Verpflichtung bei der Regelung zu berücksichtigen. Eine Pflicht zur Einführung einer Versuchsstrafbarkeit von Cybergrooming könnte sich aus dem Lanzarote-Übereinkommen sowie aus der Richtlinie 2011/93/EU ergeben.

##### 1. Lanzarote-Übereinkommen

Das Übereinkommen des Europarats wurde von Deutschland am 18.11.2015 ratifiziert.<sup>32</sup> Die Strafbarkeit des Cybergroomings ist in Art. 23 des Übereinkommens geregelt.<sup>33</sup> Danach ist es strafbar, einem Kind ein Treffen in

der Absicht vorzuschlagen, dieses sexuell zu missbrauchen oder für pornographische Zwecke einzuspannen, wenn auf den Vorschlag hin zu einem Treffen hinführende „konkrete Handlungen“ vorgenommen werden. § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB entspricht diesen Anforderungen im Wesentlichen. Zu Recht weist der Deutsche Juristinnenbund allerdings darauf hin, dass „einwirken“ und „ein Treffen vorschlagen“ nicht dasselbe ist.<sup>34</sup> Diesem Einwand ließe sich jedoch über eine völkerrechtsfreundliche Auslegung des Begriffs des „Einwirkens“ Rechnung tragen. Gem. Art. 24 Abs. 2 des Übereinkommens muss grds. auch der Versuch der darin enthaltenen Delikte unter Strafe gestellt werden. Für Fälle u.a. des Art. 23 erlaubt Art. 24 Abs. 2 jedoch eine Ausnahme: Jeder Vertragsstaat kann sich vorbehalten, den Versuch bestimmter Delikte nicht unter Strafe zu stellen. Die Bundesrepublik Deutschland hat mit Blick auf die weite Vorverlagerung der Strafbarkeit in § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB von diesem Recht Gebrauch gemacht.<sup>35</sup> Aus dem Lanzarote-Übereinkommen ergibt sich somit keine Pflicht, den Versuch des Cybergroomings zu bestrafen.

##### 2. Richtlinie 2011/93/EU

Art. 6 Richtlinie 2011/93/EU enthält eine Vorschrift zur Strafbarkeit der Kontaktaufnahme zu Kindern für sexuelle Zwecke. Art. 6 Abs. 1 ist dabei Art. 23 des Lanzarote-Übereinkommens nachgebildet, was in den englischen und französischen Sprachfassungen der Richtlinie deutlicher zum Ausdruck kommt. Eine Regelung zur Versuchsstrafbarkeit findet sich in Art. 6 Abs. 2 der Richtlinie. Dieser lautet:

(2) Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass der Versuch eines Erwachsenen, mit Mitteln der Informations- und Kommunikationstechnologie Straftaten gemäß Artikel 5 Absatz 2 und 3 zu begehen, indem er Kontakt zu einem Kind, das das Alter der sexuellen Mündigkeit noch nicht erreicht hat, aufnimmt, um kinderpornografische Darstellungen dieses Kindes zu erhalten, strafbar ist.

Fraglich ist, ob sich aus dieser Regelung die Notwendigkeit der Strafbarkeit des Versuchs von Cybergrooming ergibt. Der Wortlaut der Regelung ist sperrig.<sup>36</sup> Der Versuch des Erwachsenen muss sich auf die Begehung der Straftaten aus Art. 5 Abs. 2 und 3 mit Mitteln der Informations- und Kommunikationstechnologie beziehen, d.h.

<sup>21</sup> Kind, S. 2 f.

<sup>22</sup> Deutsche Kinderhilfe, S. 1.

<sup>23</sup> BKSf, S. 5.

<sup>24</sup> BKSf, S. 3; djb, S. 2 f.; DAKJ, S. 3; a.A. Deutscher Anwaltsverein (DAV), Stellungnahme zum Referentenentwurf, S. 4; FSM, S. 4; Weigend, S. 2 f.

<sup>25</sup> Fischer, Stellungnahme, S. 2 f.; KriK, S. 2; Weigend, S. 3 f.; KrimZ, S. 3 f.; DAV, S. 5, 7 ff.; Dt. Strafverteidiger, Stellungnahme zum Referentenentwurf, S. 5 f.

<sup>26</sup> Weigend, S. 3 f.; BKSf, S. 4; FSM, S. 4 f.

<sup>27</sup> KriK, S. 2; Weigend, S. 3 f.; siehe auch DAKJ, S. 2.

<sup>28</sup> Weigend, S. 4 f.

<sup>29</sup> Brodowski, S. 2; ähnlich DAV, S. 6 f.

<sup>30</sup> DAV, S. 10.

<sup>31</sup> Zur Kritik an § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB Alexiou, S. 323 ff. m.w.N.

<sup>32</sup> BGBl. 2015 II, S. 26.

<sup>33</sup> S. die englische Originalfassung: „Article 23 – Solicitation of children for sexual purposes: Each Party shall take the necessary legislative or other measures to criminalise the intentional proposal, through information and communication technologies, of an adult to meet a child who has not reached the age set in application of Article 18, paragraph 2, for the purpose of committing any of the offences established in accordance with Article 18, paragraph 1.a, or Article 20, paragraph 1.a, against him or her, where this proposal has been followed by material acts leading to such a meeting.“

<sup>34</sup> djb, S. 2 f.

<sup>35</sup> S. die Informationen zum Vertrag auf <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/201> (zuletzt abgerufen am 18.3.2020).

<sup>36</sup> Ziemann/Ziethen, ZRP 2012, 168 (170 f.).



auf den Erwerb oder Besitz und den bewussten Zugriff auf Kinderpornographie. Dies muss geschehen, indem der Täter Kontakt zu einem Kind aufnimmt in der Absicht, von diesem Kind kinderpornographische Darstellungen zu erhalten. Bestraft werden soll also nicht der Versuch des Kontaktes zu dem Kind, sondern der Versuch des Besitzes von Kinderpornographie durch die Kontaktaufnahme mit dem Kind.<sup>37</sup> Ein Blick in andere Sprachfassungen bestätigt dieses Ergebnis.<sup>38</sup>

Unklar bleibt, ob tatsächlich ein Versuch der in Art. 5 Abs. 2 und 3 enthaltenen Delikte vorliegen muss, also zu diesen unmittelbar angesetzt worden sein muss, oder ob bereits die Kontaktaufnahme als solche unter Strafe steht. Für letzteres spricht die Systematik der Richtlinie: Während die allgemeine Versuchsstrafbarkeit in Art. 7 Abs. 2 enthalten ist, betrifft Art. 6 Abs. 1 den Vorschlag eines Treffens in der Absicht, bestimmte Straftaten zu begehen, ohne dass diese versucht sein müssen. Es ist daher überzeugender, wenn bei Art. 6 Abs. 2 ebenfalls die Kontaktaufnahme als solche unter Strafe gestellt werden soll. Der Bezug zu den kinderpornographischen Delikten wird dann durch den subjektiven Tatbestand hergestellt. Nach diesem Muster ist auch die deutsche Regelung aufgebaut. Allerdings ist klargestellt, dass nur die Kontaktaufnahme zu einem Kind strafbar ist, nicht die zu einem Erwachsenen. Da der Versuch sich nicht auf die Kontaktaufnahme bezieht, ergibt sich aus der Richtlinie keine Pflicht, das Einwirken auf ein „Scheinkind“ unter Strafe zu stellen.<sup>39</sup>

Die Regelung der Versuchsstrafbarkeit könnte jedoch aus einem anderen Grund europarechtlich geboten sein. Der deutsche Gesetzgeber hat in § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB eine andere Tatbeschreibung gewählt als der europäische, nämlich „einwirken“ statt „ein Treffen vorschlagen“ (Art. 6 Abs. 1, Art. 23 Lanzarote-Übereinkommen) und „Kontakt aufnehmen“. Der Gesetzgeber hat diesen Begriff aus § 180b StGB a.F. übernommen.<sup>40</sup>

Unter Einwirkung werden alle Formen der intellektuellen Beeinflussung tiefergehender Art gefasst.<sup>41</sup> Als Mittel kommen wiederholtes Drängen, Überreden, Versprechungen, Wecken von Neugier, Einsatz von Autorität, Täuschung, Einschüchterung, Drohung und auch Gewalteinwirkung in Betracht.<sup>42</sup> Die Bandbreite des möglichen Verhaltens des Täters ist groß. Das Merkmal des Einwirkens erfordert danach eine gewisse Hartnäckigkeit seitens des Täters.<sup>43</sup> So wurde z.B. der Versand eines pornographischen Fotos für sich genommen nicht als „Einwirken“ angesehen.<sup>44</sup> Dasselbe müsste für ein einfaches „hi“ zur Einleitung eines Chats gelten.

Hierbei handelt es sich allerdings schon um eine Kontaktaufnahme, die, wenn sie in bestimmter Absicht erfolgt, nach Art. 6 Abs. 2 der Richtlinie bestraft werden soll. Eine Versuchsstrafbarkeit könnte diese Schwierigkeiten umgehen, wenn ein unmittelbares Ansetzen zum Einwirken, das bei erster Kontaktaufnahme vorliegt, genügen würde. Allerdings setzt dies voraus, dass tatsächlich jede Kontaktaufnahme zu einem Kind unter den Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 2 der Richtlinie strafbar sein soll. Dies muss durch Auslegung ermittelt werden.

EU-Richtlinien sind in allen Amtssprachen gleichermaßen verbindlich, weshalb der Wortlaut unter Zuhilfenahme aller Sprachfassungen zu ermitteln ist. Die anderen Sprachfassungen verwenden allerdings zum Teil kein neutrales Verb wie „Kontaktaufnahme“, sondern Ausdrücke wie „Werben, Umgarnen“<sup>45</sup> oder „Bedrängen“<sup>46</sup>. Andere wiederum sind ähnlich wie die deutsche wertneutral formuliert.<sup>47</sup> Nach dem Wortlaut sind also sowohl eine extensive als auch eine restriktive Deutung zulässig.

Die Gesetzgebungshistorie gibt nicht viel her. Art. 6 Abs. 2 ist auf einen Vorschlag des Rechtsausschusses zurückzuführen, auf den sich Parlament und Rat ohne größere Diskussion verständigt haben. Deutlich wird aber, dass die Vorschrift die Strafbarkeit des Cybergroomings postulieren soll.<sup>48</sup>

In systematischer Hinsicht ist der Vergleich zu Art. 6 Abs. 1 relevant. Hiernach ist der Vorschlag eines Treffens nur strafbar, wenn bereits auf ein Treffen hinwirkende Schritte unternommen wurden. Wäre in Art. 6 Abs. 2 jede Kontaktaufnahme strafbar, dann würde derjenige eher bestraft, der das Kind zu kinderpornographischen Posen bewegen will (Art. 5 Abs. 3), als der, der das Kind bei dem Treffen sexuell missbrauchen möchte (Art. 3 Abs. 4). Dies verträgt sich nicht mit dem unterschiedlichen Strafmaß, das die Richtlinie für beide Verstöße vorsieht. Die Systematik spricht daher für eine restriktive Auslegung des Begriffs der Kontaktaufnahme.

Beim Zweck der Regelung ist zu berücksichtigen, dass der EU-Gesetzgeber das Cybergrooming wegen der damit verbundenen Gefahr für die Kinder verbieten möchte (vgl. Erwägungsgrund 19). Cybergrooming wird dadurch gekennzeichnet, dass der Täter eine Beziehung zu dem Opfer aufbaut und diese missbraucht.<sup>49</sup> Die Gefährlichkeit entsteht daher durch mehrfache Kontaktaufnahme. Dann gibt es aber keinen Grund, bereits den Erstkontakt unter Strafe zu stellen. Auch dies spricht daher für eine restriktive Auslegung des Begriffs der „Kontaktaufnahme“.

<sup>37</sup> So auch *Zieman/Ziethen*, ZRP 2012, 168 (170 f.).

<sup>38</sup> S. etwa die englische und französische Fassung.

<sup>39</sup> So auch *Zieman/Ziethen*, ZRP 2012, 168 (170).

<sup>40</sup> BT-Drs. 15/350, S. 18.

<sup>41</sup> *Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen*, Strafrecht BT I, 11. Aufl. (2019), § 20 Rn. 12; *Eisele*, in: FS Heinz, 2012, S. 697 (705 f.).

<sup>42</sup> *Eisele*, in: FS Heinz, 2012, S. 697 (706).

<sup>43</sup> *OLG Hamm*, MMR 2016, 425 (425); *Alexiou*, S. 335; *Eisele*, in: FS Heinz, 2012, S. 697 (705 f.).

<sup>44</sup> *BGH*, NStZ-RR 2015, 139 (140).

<sup>45</sup> „Embaucar“ (Spanisch), „adescare“ (Italienisch); „å hverve“ (Dänisch).

<sup>46</sup> „To solicit“ (Englisch), „solliciter“ (Französisch).

<sup>47</sup> „Att kontakta“ (Schwedisch), „benaderen“ (Niederländisch).

<sup>48</sup> S. die Diskussion zum Richtlinienvorschlag im Parlament, abrufbar unter <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=CRE&reference=20111026&secondRef=ITEM-015&language=EN> (zuletzt abgerufen am 18.03.2020).

<sup>49</sup> S. *Alexiou*, S. 35 ff.; *Bergmann/Baier*, RPsych 2016, 172 (173).

Im Ergebnis erfordert die „Kontaktaufnahme“ daher eine gewisse Intensität, was der vom deutschen Gesetzgeber gewählte Begriff „Einwirken“ widerspiegelt. Es ist deshalb aus der Perspektive des Europarechts nicht erforderlich, das unmittelbare Ansetzen zum Einwirken unter Strafe zu stellen.

## V. Bewertung der Neuregelung

Das Ziel der Regelung wird im Entwurf herausgestellt: Es müsse eine Strafbarkeitslücke geschlossen werden, weil das Verhalten des Täters, der tatsächlich mit einem Erwachsenen kommuniziert, genauso strafwürdig sei wie das desjenigen, der mit einem Kind kommuniziert.<sup>50</sup> In einem solchen Fall bestünde eine abstrakte Gefahr für den sexuellen Missbrauch von Kindern, da der Täter mit der Kommunikation eine Hemmschwelle überschritten habe.<sup>51</sup>

Im Folgenden soll überprüft werden, ob die vom Gesetzgeber gegebene Begründung die Neuregelung trägt. Dabei stellt sich vor allem die Frage, ob die Annahme zutrifft, die Kommunikation mit einem „Scheinkind“ begründe bereits die abstrakte Gefahr eines sexuellen Missbrauchs von Kindern. Auch aus verfassungsrechtlichen Gründen ist diese Frage wichtig: Als Verbotsnorm greift das Verbot des Cybergroomings in die allgemeine Handlungsfreiheit und, durch das Verbot bestimmter Kommunikationsinhalte, in das allgemeine Persönlichkeitsrecht ein.<sup>52</sup> Kommt es zu einer Verurteilung, sind hierdurch auch das Freiheits- und Eigentumsrecht betroffen. Rechtfertigen lässt sich diese Regelung nur dann, wenn sie verhältnismäßig ist, also einem legitimen Regelungszweck folgt, der im Strafrecht typischerweise im Schutz bestimmter Allgemein- oder Individualinteressen liegt, und zur Verfolgung dieses Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen ist.<sup>53</sup> Verfolgt die Regelung den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung von Kindern, muss sie sich zu deren Schutz eignen. Dies wäre nicht der Fall, wenn ein völlig ungefährliches Verhalten untersagt würde.

Die Bewertung der Gefährlichkeit eines Verhaltens ist nicht einfach und lässt sich mit juristischen Methoden kaum erfassen. Nicht ohne Grund hat der Gesetzgeber bei der Einschätzung von Gefahren einen großen Entscheidungsspielraum.<sup>54</sup> Eine erste Annäherung kann jedoch der systematische Vergleich der Neuregelung mit dem sonstigen geltenden Recht bieten. Denn bei einer punktuellen Neuregelung gebietet es der Gedanke der Systemgerechtigkeit, dass sich diese in das bestehende Regelungssystem einfügen muss.<sup>55</sup> Die Neuregelung ist insbesondere deshalb auffällig, weil ausschließlich der beendete untaugliche Versuch strafbar sein soll. Außerdem stellt sich

die Frage, ob es überzeugend ist, die Versuchsstrafbarkeit auf Fälle des § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB zu beschränken und Nr. 4 auszuklammern.<sup>56</sup>

Mit der Beschränkung der Versuchsstrafbarkeit auf einen speziellen Fall des beendeten untauglichen Versuchs, nämlich die Situation, dass der Täter nicht, wie gedacht, mit einem Kind, sondern mit einem Jugendlichen oder Erwachsenen kommuniziert, betritt der Gesetzgeber Neuland. In den Fällen, in denen auch der Versuch von Vorbereitungshandlungen strafbar ist (etwa in §§ 89a Abs. 2a i.V.m. 11 Abs. 1 Nr. 6, 265 Abs. 2 und 310 Abs. 1 Nr. 3, 4, Abs. 3 StGB), handelt es sich immer – jedenfalls auch – um taugliche Versuche. Es stellt sich daher die Frage, ob eine Regelung zur Strafbarkeit allein des untauglichen Versuchs des Cybergroomings mit dem Grund der Versuchsstrafbarkeit vereinbar ist. Dieser ist umstritten.

### 1. Grund der Versuchsstrafbarkeit

Einer Ansicht nach besteht der Grund für die Versuchsstrafbarkeit in der objektiven Gefährlichkeit für das durch die Strafnorm geschützte Rechtsgut (objektive Theorie).<sup>57</sup> Eine solche Gefahr fehlt jedoch in den Fällen des untauglichen Versuchs, weil der Täter die Rechtsgutsgefährdung gar nicht hätte herbeiführen können. Dies sieht man auch an der Neuregelung: Selbst wenn der Täter ein Treffen mit seinem Chatpartner arrangiert hätte, hätte dies nicht zu einem sexuellen Missbrauch von Kindern geführt, wenn der Chatpartner kein Kind ist. Auch wenn die objektive Theorie sich gut mit dem Gedanken des Rechtsgüterschutzes und des Erfolgsunrechts verträgt, liegt sie dem geltenden Recht ersichtlich nicht zu Grunde, da dieses in § 23 Abs. 3 StGB die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs voraussetzt.<sup>58</sup>

Das Gegenmodell ist die sog. subjektive Theorie, wonach der Versuch deshalb strafbar sein soll, weil der Täter seine rechtsfeindliche Gesinnung betätigt.<sup>59</sup> Danach wären alle Formen untauglicher Versuche zu bestrafen. Im Fall des Einwirkens auf ein Scheinkind liegt eine solche rechtsfeindliche Gesinnung vor und tritt auch nach außen hin durch den Chatvorgang zu Tage, so dass das Versuchsunrecht verwirklicht und damit ein strafbarer Versuch anzunehmen wäre. Allerdings kann auch diese Theorie nicht erklären, warum das Gericht beim „grob unverständigen Versuch“ von Strafe absehen kann (§ 23 Abs. 3 StGB).<sup>60</sup> Auch in diesen Fällen betätigt der Täter seine rechtsfeindliche Gesinnung.

Die h.M. begründet die Versuchsstrafbarkeit im geltenden Recht daher mit einer gemischt objektiv-subjektiven Theorie.<sup>61</sup> Neben die rechtsfeindliche Gesinnung des Täters,

<sup>50</sup> BT-Drs. 19/38136, S. 9.

<sup>51</sup> A.a.O.

<sup>52</sup> Vgl. *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014, S. 357 ff.

<sup>53</sup> Ausführlich *Kaspar*, S. 51 ff.

<sup>54</sup> S. auch für Vorbereitungsdelikte BGHSt 63, 161 Rn. 43.

<sup>55</sup> *Hotz*, Methodische Rechtsetzung, 1983, S. 186 ff.

<sup>56</sup> Kritisch die in Fn. 20 Genannten.

<sup>57</sup> In diese Richtung aus neuerer Zeit *Hoffmann-Holland*, in MüKo-StGB, § 22 Rn. 12 ff.; *Zimmermann*, JR 2018, 23 (23 ff.). Zur Entwicklung und vergangenen Vertretern *Haas*, ZStW 123 (2011), 226 (227 ff.); *Hillenkamp*, in LK-StGB, 12. Aufl. (2007), vor § 22 Rn. 90 ff.; *Roxin*, AT II, 2003, § 29 Rn. 25 ff.

<sup>58</sup> Vgl. aber *Hoffmann-Holland*, in MüKo-StGB, § 22 Rn. 12 ff.

<sup>59</sup> Siehe etwa BGHSt 11, 324 (327); *Kühl*, in Lackner/Kühl, 29. Aufl. (2018), § 22 Rn. 11; *Hillenkamp*, in LK-StGB, vor § 22 Rn. 66 ff.

<sup>60</sup> Siehe nur *Eser/Bosch*, in Schönke/Schröder, vor § 22 Rn. 21.

<sup>61</sup> Siehe etwa *Kaspar*, S. 411.; *Eser/Bosch*, in Schönke/Schröder, vor § 22 Rn. 22; *Satzger*, Jura 2013, 1017 (1024 f.).

womit der Wille zur Tatbestandsverwirklichung gemeint ist, muss ein objektives Verhalten treten, das geeignet ist, das Vertrauen der Allgemeinheit in die Geltung der Rechtsordnung zu erschüttern.<sup>62</sup> In diese Richtung geht auch die Begründung der Neuregelung im Gesetzentwurf, in der zwar v.a. das vergleichbare Handlungsunrecht betont wird, aber auch eine abstrakte Gefährlichkeit der Tat handlung mit Blick auf andere Kinder angenommen wird.<sup>63</sup> Diese Theorie überzeugt, weil sie eine Erklärung dafür bietet, warum nicht bei jedem Straftatbestand eine Versuchsstrafbarkeit angeordnet ist. Das Ausmaß der Rechtserschütterung durch den Versuch ist der Indikator für dessen Strafbarkeit. Dies erklärt, warum der Versuch von Verbrechen immer strafbar ist, der von Vergehen hingegen nicht immer, denn der erschütternde Eindruck ist umso größer, je wichtiger die durch eine Strafnorm geschützten Rechtsgüter sind, was sich wiederum im Strafmaß niederschlägt.

## 2. Rechtserschütternder Eindruck durch Einwirkung auf ein „Scheinkind“

Es ist somit zu fragen, ob der untaugliche Versuch, auf ein „Scheinkind“ einzuwirken, geeignet ist, einen solchen rechtserschütternden Eindruck zu hinterlassen. Dieser kann sich in den vorliegenden Fällen daraus ergeben, dass die Vermutung besteht, dass ein Täter, der mit dem „Scheinkind“ auf diese Weise kommuniziert, wenig Hemmungen haben dürfte, dies auch mit echten Kindern zu tun.<sup>64</sup> Für diese Annahme spricht, dass es eine hohe Wahrscheinlichkeit gibt, dass Täter nicht nur mit einem Kind kommunizieren. Ermittlungen zeigen, dass die meisten Täter sich mit mehreren verschiedenen Kindern austauschen.<sup>65</sup> Hierdurch wird vermutlich die Wahrscheinlichkeit erhöht, dass es zu einem Treffen oder zur Übersendung pornographischer Bilder kommt.<sup>66</sup> Gerade bei anonymen Internetkontakten ist der Aufwand sehr gering, den der Täter betreiben muss, um mit mehreren Kindern zu kommunizieren.<sup>67</sup> Typischerweise kennen sich Täter und Opfer in solchen Fällen nicht, so dass es keinen Grund zur Annahme gibt, dass der Täter das Opfer speziell ausgewählt hat. Zwar gibt es auch Fälle, in denen der Täter das Kind aus anderem Kontext kennt und mit diesem über das Internet kommuniziert.<sup>68</sup> Ein solcher Täter würde möglicherweise nicht mit fremden Kindern kommunizieren, weshalb das entsprechende Risiko gering wäre. Genauso wäre es aber denkbar, dass der Täter persönlich mit dem ihm bekannten Kind kommuniziert, was von § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB gar nicht erfasst wird. Diese Fälle stellen nicht den typischen Fall des Cybergroomings dar, der der Regelung zu Grunde liegt.<sup>69</sup> Zudem dürfte es in den Fällen, in denen der Täter mit einem bestimmten Kind kommuni-

zieren möchte, selten dazu kommen, dass er ausschließlich auf ein „Scheinkind“ einwirkt. Häufig wird in diesen Fällen der Chat von einem Erwachsenen übernommen und weitergeführt, so dass es zumindest eine Anfangskommunikation gibt, die als Einwirken gewertet werden kann.<sup>70</sup> Wegen der großen Wiederholungsgefahr ist bereits der Versuch einer Einwirkung geeignet, die Geltung der Norm des § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB zu beeinträchtigen.

Zusätzlich zu dem durch Wiederholungsgefahr bestehenden rechtserschütternden Eindruck ist die Kommunikation mit einem „Scheinkind“ auch aus einem anderen Grund gefährlich. Der Täter übt mit dem Einwirken auf ein Scheinkind zugleich die Kommunikation mit echten Kindern.<sup>71</sup> Da Einwirken typischerweise ein längerer Prozess ist, der aus dem Hin- und Herschreiben von Nachrichten besteht, muss der Täter jedes Mal von neuem überlegen, wie er seine Botschaften formuliert, um sein Gegenüber nicht zu verschrecken, aber gleichzeitig auf den sexuellen Missbrauch oder die Kinderpornographie hinzuwirken. Der Täter trainiert somit sein Konzept.<sup>72</sup> Je häufiger der Täter dies übt, desto leichter dürfte es ihm fallen, die Kommunikation am Laufen zu halten. Bei Kommunikation gilt allgemein „Übung macht den Meister“, was sich auch Ratgeber zum Ansprechen von potentiellen Partnern oder auch „Pick-Up-Artists“ zunutze machen. Dabei spielt es für den Übungseffekt keine Rolle, ob tatsächlich ein Kind oder ein Erwachsener kommuniziert, solange dieser auf die Kommunikationsbestrebungen eingeht.

Zu überlegen ist außerdem, ob sich die Rechtsprechung zur „motivationalen Selbstbindung“ bei § 30 Abs. 2 Var. 1 StGB auf den untauglichen Versuch des Einwirkens übertragen lässt.<sup>73</sup> In dem vom BGH entschiedenen Fall hatte sich der Täter zur Tötung des Opfers bereit erklärt, zu der es dann nicht kam. Fraglich war, ob auch die Erklärung ggü. dem Opfer als „Sich-Bereiterklären“ zu werten war. Der BGH bejahte dies mit der Begründung, dass auch eine solche Erklärung geeignet sei, eine – für das Opfer gefährliche – Selbstbindung des Täters hervorzurufen.<sup>74</sup> Dies gelte jedenfalls dann, wenn „[...] [des Opfers] Zustimmung oder sonstige Mitwirkung nach der Vorstellung des Täters die Tatausführung ermöglicht und der Täter mit seiner Erklärung auf die Herbeiführung dieser Zustimmung oder sonstigen Mitwirkung abzielt.“<sup>75</sup> Zwar ist das Einwirken bei § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB deutlich weiter zu verstehen als das Sich-Bereiterklären im Sinne des § 30 Abs. 2 StGB. Die Vorschrift erfasst aber auch entsprechende Fälle. Teilt der Täter etwa dem Kind mit, er würde auch gerne mit dem Kind kuscheln oder das Kind streicheln, erklärt er hiermit seine Bereitschaft, sexuelle Handlungen an dem Kind vorzunehmen (§ 176

<sup>62</sup> BT-Drs. 19/13836, S. 10.

<sup>63</sup> BT-Drs. 19/13836, S. 9.

<sup>64</sup> BT-Drs. 19/13836, S. 9. Hierauf weist auch Alexiou hin, S. 92 ff.

<sup>65</sup> DRB, S. 3. Siehe auch Alexiou, S. 140; Kloess/Hamilton-Giachritsis/Beech, Sexual Abuse 31 (2019), 73 (79 ff.).

<sup>66</sup> Siehe auch Alexiou, S. 92 f.

<sup>67</sup> Alexiou, S. 91 ff.; Kloess/Hamilton-Giachritsis/Beech, Sexual Abuse 31 (2019), 73 (74).

<sup>68</sup> So etwa in OLG Hamm, MMR 2016, 425 (425).

<sup>69</sup> S. auch Heger, in Lackner/Kühl, § 176 Rn. 4a.

<sup>70</sup> S. OLG Hamm, MMR 2016, 425 (425).

<sup>71</sup> S. zu diesem Täterverhalten Alexiou, S. 135 ff.; European Online Grooming Project, Final Report, S. 83 ff. („adaptable type“), abrufbar unter: <http://natcen.ac.uk/media/22514/european-online-grooming-projectfinalreport.pdf> (zuletzt abgerufen am 18.3.2020).

<sup>72</sup> Siehe die Beispiele in Kloess/Hamilton-Giachritsis/Beech, Sexual Abuse 31 (2019), 73 (79 ff.).

<sup>73</sup> BGHSt 63, 161.

<sup>74</sup> BGHSt 63, 161 Rn. 30 ff.

<sup>75</sup> BGHSt 63, 161 Rn. 28.

Abs. 1 StGB). Wie beim vom BGH entschiedenen Fall des Mordes ist die Einwilligung des Opfers unwirksam. Dennoch ist die Mitwirkung des Opfers aus Sicht des Täters erforderlich und soll durch die Einwirkung herbeigeführt werden. Es ist nicht fernliegend, dass ein Täter, der beispielsweise selbst ein Treffen mit dem Kind vorgeschlagen hat, um sich diesem sexuell zu nähern, sich verpflichtet fühlt, das Treffen zustande kommen zu lassen, wenn das Kind zugestimmt hat – etwa aus Angst, dieses nicht zu enttäuschen. Bei etlichen Tätern von Cybergrooming lässt sich die Motivation feststellen, eine echte Liebesbeziehung zu dem Kind aufzubauen.<sup>76</sup> Bei diesen Tätern kommt daher eine solche motivationale Selbstbindung in Betracht.

Im Ergebnis führen die bei Cybergrooming bestehende erhebliche Wiederholungsgefahr, der Trainingseffekt durch zweiseitige Kommunikation und die motivationale Selbstbindung des Täters dazu, dass eine Versuchsstrafbarkeit bei Cybergrooming im Grundsatz noch zu legitimieren ist.

### 3. Umfang der Versuchsstrafbarkeit

Fraglich ist allerdings, ob die Beschränkung der Versuchsstrafbarkeit auf das Einwirken auf ein Scheinkind vor diesem Hintergrund überzeugt. Geht man davon aus, dass die Versuchsstrafbarkeit wegen der großen Wiederholungsgefahr des Normbruchs angezeigt ist, ist nicht ersichtlich, warum nur untaugliche Versuche strafbar sein sollten, nicht aber Fälle, in denen das Einwirken bspw. aus technischen Gründen scheitert.<sup>77</sup> Schon das unmittelbare Ansetzen zum Einwirken begründet den Normbruch. In solchen Fällen, in denen noch nicht einmal eine Kommunikation zu Stande kommt, ist die Wahrscheinlichkeit, dass andere Kinder angeschrieben werden, sogar noch größer, als wenn ein Erwachsener sich als Kind ausgibt und antwortet. Zudem ist nicht ersichtlich, warum in § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB keine Versuchsstrafbarkeit vorgesehen ist, wenn es auf die Wiederholungsgefahr ankommt. Täter, die mit pornographischen Inhalten auf Kinder einwirken, dürften dies ebenso häufig bei einer großen Zahl von Personen versuchen. Dies gilt zumindest für den Fall der Internetkommunikation.

Ganz anders ist dies mit dem Trainingseffekt. Dieser kommt nur dann zum Tragen, wenn die Einwirkungsbe mühungen des Täters kommunikativ erwidert werden. Erst durch das Hin- und Herschreiben entwickelt der Täter ein größeres Gespür dafür, welche Kommunikation wann angebracht ist. Ein unmittelbares Ansetzen zum Einwirken hat diesen Effekt hingegen nicht. Dies spricht dafür, die Strafbarkeit nur für beendete Einwirkungsversuche anzunehmen, also solche, bei denen der Täter aus seiner Sicht alles für das Einwirken Erforderliche getan hat. Davon wären die Scheinkind-Fälle erfasst, aber auch Fälle,

in denen das Kind die Einwirkung in letzter Konsequenz nicht mitbekommen hat. Ein solcher Trainingseffekt zeigt sich auch bei Einwirkungen mittels pornographischer Inhalte. Auch hier muss der Täter sorgsam den Zeitpunkt wählen, an dem er den Inhalt „gefahrlos“ an das Kind schicken kann. Insoweit müsste auch bei Nr. 4 die Strafbarkeit des beendeten Versuchs vorgesehen werden. Stellt man auf eine motivationale Selbstbindung ab, kann diese grds. auch nur bei beendeter Einwirkung vorliegen. Allerdings müsste die Einwirkung so beschaffen sein, dass der Täter die Einwilligung des Opfers in einen sexuellen Missbrauch erhalten hat und sich dadurch gebunden fühlen könnte, den sexuellen Missbrauch tatsächlich durchzuführen. Eine solche Einschränkung findet sich im Wortlaut nicht wieder. Außerdem besteht das Risiko der motivationalen Selbstbindung darin, dass der Täter sich gebunden fühlen könnte, die Tat zu begehen. Beim Einwirken auf ein Scheinkind ist die Tatbegehung aber völlig ausgeschlossen, weil es an einem tauglichen Tatobjekt fehlt. Bei dieser Begründung müsste der untaugliche Versuch daher ausgenommen werden. Der Verzicht auf die Versuchsstrafbarkeit bei Nr. 4 lässt sich so hingegen begründen, weil Nr. 4 – anders als Nr. 3 – keine Absicht zur Begehung weiterer Straftaten voraussetzt und deshalb eine motivationale Selbstbindung des Täters keine Rolle spielt.

Im Ergebnis zeigt sich, dass die Beschränkung der Strafbarkeit auf den untauglichen Versuch nicht überzeugt. Legitimieren lässt sich allerdings die Beschränkung der Versuchsstrafbarkeit auf Fälle, in denen das Einwirken aus Sicht des Täters bereits beendet ist. Häufig wird es sich dabei um Fälle handeln, in denen es am tauglichen Tatobjekt fehlt, so dass die Neuregelung die praktisch bedeutsamen Fälle erfasst. Es gibt aber keinen Grund, denkbare Fälle des tauglichen beendeten Versuchs von der Strafbarkeit auszunehmen.

## VI. Ergebnis

Das Gesetz zur Einführung einer Versuchsstrafbarkeit des Cybergroomings ist weder völker- noch europarechtlich erforderlich. Der Sache nach ist es gut gemeint, aber schlecht ausgeführt. In bestimmten Fällen weisen Täter, die mit „Scheinkindern“ kommunizieren, zwar ein erhöhtes Gefährdungspotential für echte Kinder auf, weshalb eine Bestrafung legitim sein kann. Mit der Beschränkung der Neuregelung auf untaugliche Versuche verlässt der Gesetzgeber allerdings grundlos die vertrauten Pfade der Strafrechtsdogmatik und schafft eine Regelung, die sich nicht bruchlos legitimieren lässt. Im Dunkeln bleibt hierbei v.a., worauf genau die Annahme von Gefährdungspotential gestützt wird. Schon die Legitimation des § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB wird aus diesem Grund in Zweifel gezogen.<sup>78</sup> Die Neuregelung verstärkt diese Zweifel noch.

<sup>76</sup> Siehe European Online Grooming Project, S. 81 ff. („intimacy-seeking type“); Alexiou, S. 133 ff., 141 m.w.N.

<sup>77</sup> Fischer, Stellungnahme, S. 2 f.

<sup>78</sup> Siehe zur Kritik die in Fn. 10 Genannten.



## Tätlichkeiten (§ 185 StGB) und tätliche Angriffe (§ 114 StGB) als unterschiedliche Ehrverletzungsmodalitäten?

von Prof. Dr. Fredrik Roggan\*

### Abstract

*Die Strafrechtswissenschaft kreiste und kreist um die Frage, welches Rechtsgut vom „Tätlichen Angriff auf Vollstreckungsbeamte“ gemäß § 114 StGB geschützt wird. Der nachfolgende, weitere Versuch kommt zu dem Zwischenergebnis, dass sich der tätliche Angriff von der tätlichen Beleidigung nach § 185 Alt. 2 StGB dadurch unterscheidet, dass er ein tatsächliches Eindringen in die körperliche Sphäre in Gestalt einer Körperberührung nicht verlangt – und zu dem Endergebnis, dass diese Tathandlungen jeweils die Ehre der Betroffenen verletzen. Nach gesetzgeberischer Wertung handelt es sich bei Vollstreckungsbeamten allerdings um eine im Vergleich zu normalen Bürgern besonders herausgehobene Personengruppe. So verstanden hat mit § 114 StGB (und vergleichbaren Tatbeständen) ein Sonderstrafrecht das Licht der Welt erblickt.*

*Criminal law theory has revolved and still revolves around the question, which legal right is protected by the criminal offence of “assault on enforcement officers” according to § 114 of the Criminal Law Code. The following remarks arrive at the provisional conclusion that such an assault differs from assault and battery according to § 185, 2<sup>nd</sup> alternative of the Criminal Law Code by the fact that an assault does not require actual physical contact. And they arrive at the final conclusion that both actions are a violation of a person’s honour. However, the legislative intent was to grant special protection to enforcement officers as a group compared to normal citizens. Understood in this way, § 114 of the Criminal Code (and similar offenses) constitutes a special criminal law.*

### I. Einleitung

Bei dem Begriff der Tätlichkeit im Zusammenhang mit dem Ehrverletzungsdelikt der Beleidigung nach § 185 StGB handelt es sich um einen weitestgehend – wenn gleich nicht ganz einheitlich verstandenen – feststehenden Terminus. Neben diese Modalität einer Ehrverletzung ist in anderem Kontext, nämlich im sechsten Abschnitt des StGB unter der Überschrift des Widerstands gegen die Staatsgewalt, eine semantisch sehr ähnliche Tathandlung mit inzwischen selbständiger und gewachsener Bedeutung getreten: Mit dem Gesetz zur Stärkung des Schutzes von Vollstreckungsbeamten und Rettungskräften vom 23.5.2017<sup>1</sup> wurde der auch schon bis dahin unter Strafe

stehende tätliche Angriff aus § 113 Abs. 1 StGB a.F. herausgelöst und in den selbstständigen Straftatbestand des § 114 Abs. 1 StGB n.F. überführt. Als Tatgelegenheiten werden dort (allgemeine) Diensthandlungen von Amtsträgern und Soldaten der Bundeswehr, die zur Vollstreckung von Gesetzen, Rechtsverordnungen, Urteilen, Gerichtsbeschlüssen oder Verfügungen berufen sind, genannt. Auch im novellierten – im Folgenden aber nicht näher betrachteten – § 115 Abs. 3 S. 2 StGB ist der Begriff des tätlichen Angriffs enthalten. Schon vorher war er eine Tatmodalität in § 121 Abs. 1 Nr. 1 StGB.

Gegenstände der nachfolgenden Überlegungen sind die (Wort-)Bedeutungen der Tathandlungen der Tätlichkeit einerseits und des tätlichen Angriffs andererseits. Zunächst ist dabei zu klären, in welchem Verhältnis die Begriffe zueinander stehen bzw. ob es sich überhaupt um inhaltlich unterscheidende Tatmodalitäten handelt (näher unter II.). Nachfolgend ist sodann die zentrale Frage zu beantworten, welche Rechtsgüter die sie enthaltenden Straftatbestände schützen. Während diese Bestimmung bei der tätlichen Beleidigung in § 185 Alt. 2 StGB noch sehr leicht fällt, ist dies beim tätlichen Angriff auf Vollstreckungsbeamte nach § 114 Abs. 1 StGB – gerade auch vor dem Hintergrund aktueller Rechtsprechung – sehr viel problematischer (näher unter III.).

### II. Verschiedenheiten und Gleichartigkeiten von Tätlichkeiten und tätlichen Angriffen

Den hiesigen Kontext wenig erhellend findet sich im Duden für das Substantiv der „Tätlichkeit“ lediglich die Umschreibung „tätliche Auseinandersetzung“ und für das Adjektiv „tätlich“ die Bedeutung „körperliche Gewalt einsetzend; handgreiflich“.<sup>2</sup> Zumindest wird damit auf eine die Begriffe meinende *Körperlichkeit* einer Verhaltensweise hingewiesen. Eine hinreichend konkrete Unterscheidbarkeit dieser Begriffe ergibt sich hieraus freilich nicht. Je nach Perspektive wiederholt sich dieser Befund bei einer Betrachtung der Auslegung der gesetzlichen Termini.

#### 1. Tätlichkeiten

Einigkeit besteht zunächst darin, dass die Tätlichkeit als Qualifikationstatbestand in § 185 Alt. 2 StGB eine unmittelbare körperliche Einwirkung auf eine Person meint, aus der sich ein ehrverletzender Sinn ergibt<sup>3</sup> bzw. die nach ih-

\* Der Verfasser ist Professor für Strafrecht an der Hochschule der Polizei des Landes Brandenburg.

<sup>1</sup> BGBl. I 2017, S. 1226.

<sup>2</sup> Duden – Deutsches Universalwörterbuch, 9. Aufl. (2019), Stichworte „Tätlichkeit“ und „tätlich“.

<sup>3</sup> Fischer, StGB, 67. Aufl. (2020), § 185 Rn. 18.

rem objektiven Sinn eine besondere Nicht- oder Missachtung des Geltungswerts des Betroffenen ausdrückt.<sup>4</sup> Gleiches gilt dafür, dass eine Tötlichkeit auch dann schon vorliegen kann, wenn die Erheblichkeitsgrenze zu § 223 Abs. 1 StGB nicht überschritten wird.<sup>5</sup> Daraus ergibt sich unmittelbar, dass es sich bei der tätlichen Beleidigung nicht um ein spezielles Körperverletzungsdelikt handelt. Uneinigkeit besteht allerdings in der Frage, ob eine erfolgreiche Einwirkung auf den Körper des Betroffenen zu verlangen ist, ob also der Körper berührt werden muss.<sup>6</sup> In diesem Sinne wäre Kennzeichen der tätlichen Beleidigung, dass schon in dem *Angriff* auf den Körper des anderen die Ehrverletzung zum Ausdruck gebracht wird.<sup>7</sup> Im Ergebnis wäre dann auch der fehlgehende, den Körper nicht berührende Angriff (also bspw. ein fehlgehender Schlag etc.) von dem Qualifikationstatbestand erfasst. Bemerkenswert ist diesbezüglich – und dies nicht zuletzt mit Blick auf die einleitend genannten Wortbedeutungen – dass eine Tötlichkeit auch in einem tätlichen Angriff liegen kann und es sich bei den Begriffen somit um Synonyme handelte. Der Gesetzgeber hätte gleichsam für identische Tathandlungen unterschiedliche Begriffe gewählt. Dem widerspricht indessen die überzeugendere und wohl herrschende Meinung. Nach ihr ist eine körperliche Berührung stets erforderlich<sup>8</sup> und demzufolge eine lediglich symbolische Kundgabe von Missachtung nicht ausreichend.<sup>9</sup> Durch das Erfordernis der körperlichen Berührung wird nicht zuletzt eine Unterscheidbarkeit der Tötlichkeit vom tätlichen Angriff möglich. In diesem Sinne ist die Tötlichkeit vom Erfolg des Angriffs auf die körperliche Sphäre des Betroffenen abhängig. Dieser „Körperberührungs-Erfolg“ ist damit zugleich die *Ehrverletzungsmodalität*. Hierdurch wird dem Opfer konkludent vermittelt, dass es – aufgrund seiner Minderwertigkeit – die körperliche Einwirkung zu dulden habe.<sup>10</sup>

## 2. Tätliche Angriffe

Nachdem der tätliche Angriff aus § 113 Abs. 1 StGB a.F. herausgelöst worden war, stellte sich angesichts des nunmehr erhöhten Strafraumens von drei Monaten bis zu fünf Jahren die Frage, ob das bis dahin geltende Verständnis des Tatbestandsmerkmals aufrecht erhalten werden konnte. Dies verstand das Tatbestandsmerkmal – insoweit zurückreichend bis zur Rechtsprechung des *Reichsge-*

*richts*<sup>11</sup> – als eine in feindseliger Willensrichtung unmittelbar auf den Körper eines anderen zielende Einwirkung ohne das Erfordernis eines – vom Vorsatz umfassten – Verletzungserfolgs.<sup>12</sup> Gerade auch durch den Verzicht auf jeglichen (Körper-)Verletzungserfolg kamen als Tathandlungen auch leichte Rempelen<sup>13</sup> – beispielsweise gegen einen Polizeibeamten –, Schubser<sup>14</sup> oder auch nur das Ausholen zum Schlag<sup>15</sup> in Betracht. Da bei solch leichten Eingriffen in die körperliche Sphäre von Vollstreckungsbeamten das Strafmaß des § 114 Abs. 1 StGB unverhältnismäßig hoch erscheint, wurde in der Literatur richtigerweise und durchaus nicht nur vereinzelt gefordert, dass von einem tätlichen Angriff erst ab einer gewissen Erheblichkeitsschwelle gesprochen werden dürfe.<sup>16</sup> Je nach Standpunkt wurde eine Einwirkung von einigem Gewicht<sup>17</sup> oder auch eine solche Handlung gefordert, die konkret geeignet ist, das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit auch tatsächlich und nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen. Dies müsse auch vom Vorsatz des Täters umfasst sein.<sup>18</sup>

Solchen restriktiven Interpretationen hat die oberlandesgerichtliche und sich mittlerweile verfestigende Rechtsprechung eine deutliche Absage erteilt: Voranschreitend entschied zunächst das *OLG Hamm*, dass etwa eine körperliche Berührung oder auch nur ein darauf zielender Vorsatz des Täters nicht erforderlich ist: Dies ergebe sich daraus, dass der Gesetzgeber bei der Formulierung des Tatbestands den Wortlaut der zuvor in § 113 Abs. 1 StGB a.F. enthaltenen Formulierung übernommen habe. Nach seinem Willen sollte die Begehungsform des tätlichen Angriffs *ohne* eine Modifikation der überkommenen Definition aus § 113 StGB herausgelöst werden.<sup>19</sup> Im Ergebnis reicht damit ein Erschrecken des Opfers (etwa durch den Schuss aus einer Schreckschusspistole<sup>20</sup>) aus.<sup>21</sup> Explizit wendet sich das *Gericht* gegen ein körperverletzungsbezogenes Verständnis des Tatbestandsmerkmals: Dies verkenne, dass es gerade die Intention des Gesetzgebers bei Schaffung des § 114 StGB war, den Schutz der Amtsträger durch eine erhöhte Strafandrohung bei tätlichen Angriffen, und zwar solchen i.S.v. § 113 StGB a.F., zu erhöhen. Diese gesetzgeberische Intention werde bei der geforderten engen Auslegung unterlaufen, ja gerade in ihr Gegenteil verkehrt, weil dann sogar die Bandbreite strafbarer Handlungen, die einen tätlichen Angriff bilden könnten, im Vergleich zu § 113 StGB eingeschränkt

<sup>4</sup> Eisele/Schittenhelm, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 185 Rn. 18; Rogall, in: SK-StGB, 9. Aufl. (2017), § 185 Rn. 24; Regge/Pegel, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 185 Rn. 45; vgl. auch Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 185 Rn. 13; vgl. auch Kindhäuser/Hilgendorf, in: LPK-StGB, 8. Aufl. (2020), § 185 Rn. 12.

<sup>5</sup> Regge/Pegel, in: MüKo-StGB, § 185 Rn. 45.

<sup>6</sup> Verneinend Eisele/Schittenhelm, in: Schönke/Schröder, § 185 Rn. 18; Kühl, in: Lackner/Kühl, § 185 Rn. 13.

<sup>7</sup> Fischer, StGB, § 185 Rn. 18.

<sup>8</sup> Rogall, in: SK-StGB, § 185 Rn. 24.

<sup>9</sup> Regge/Pegel, in: MüKo-StGB, § 185 Rn. 45 mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

<sup>10</sup> So auch Fischer, StGB, § 185 Rn. 18.

<sup>11</sup> RGSt 59, 264 (265).

<sup>12</sup> Jeweils mit weiteren Nachweisen Fischer, StGB, § 114 Rn. 5; Eser, in: Schönke/Schröder, § 114 Rn. 4; Heger, in: Lackner/Kühl, § 114 Rn. 2; Kindhäuser/Hilgendorf, in: LPK-StGB, § 114 Rn. 2.

<sup>13</sup> Satzger, in: FS Neumann, 2017, S. 1161 (1167); Schellenberg, ZRP 2017, 62.

<sup>14</sup> So die Konstellation in *OLG Hamm*, Urt. v. 10.10.2019 – 4 RVs 88/19 –, juris, Rn. 26: „... mit der Hand deutlich spürbar am Oberkörper traf“.

<sup>15</sup> Vgl. etwa Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht – Besonderer Teil 1, 43. Aufl. (2019), Rn. 653.

<sup>16</sup> Überblick bei Barton, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Handbuch des Strafrechts – Band 4, 2019, § 20 Rn. 83 ff.

<sup>17</sup> So etwa Dallmeyer, in: von Heintschel-Heinegg, StGB, 3. Aufl. (2018), § 114 Rn. 5.

<sup>18</sup> Busch/Singelstein, NStZ 2018, 510 (512); zust. Jäger, JA 2019, 705 (707); Puschke/Rienhoff, JZ 2017, 924 (930); a.A. etwa Wessels/Hettinger/Engländer, Rn. 653.

<sup>19</sup> *OLG Hamm*, Beschl. v. 12.2.2019 – III-4 RVs 9/19 –, juris, Rn. 14; bestätigend *OLG Hamm*, Urt. v. 10.10.2019 – 4 RVs 88/19 –, juris, Rn. 24.

<sup>20</sup> Kindhäuser/Hilgendorf, in: LPK-StGB, § 114 Rn. 2.

<sup>21</sup> Schermaul, JuS 2019, 663 (664).

würde. Eine solche explizit der gesetzgeberischen Intention, welche auch durch die Übernahme der Formulierung aus § 113 StGB a.F. im Wortlaut der Norm zum Ausdruck komme, zuwiderlaufende Auslegung würde schon Bedenken im Hinblick auf das Demokratieprinzip aus Art. 20 Abs. 1 und 2 GG auf. Dieses lege nahe, dem gesetzgeberischen Willen Rechnung zu tragen, sofern man dadurch nicht mit anderen Prinzipien (etwa dem Bestimmtheitsgrundsatz etc.) in Konflikt gerate.<sup>22</sup>

Diese sich inzwischen auch in den unteren Instanzen zeigende Linie<sup>23</sup> dürfte bis zu einer (zu erhoffenden) Korrektur durch die höchstrichterliche Rechtsprechung die nachfolgenden Judikate prägen. Obgleich dieses Verständnis kritikwürdig ist, soll es den nachfolgenden Überlegungen zugrunde gelegt werden. Dabei zeigt sich zunächst, dass es eine deutliche Unterscheidbarkeit von der Tätlichkeit im Sinne des § 185 Alt. 2 StGB ermöglicht: Während dort in die körperliche Sphäre tatsächlich eingedrungen werden muss, braucht es beim tätlichen Angriff zu keiner körperlichen Berührung zu kommen.<sup>24</sup> Dies lässt sich ohne weiteres mit der Bedeutung des Angriffs, wie er im Übrigen auch in § 32 StGB verstanden wird,<sup>25</sup> vereinbaren: Bei ihm handelt es sich nach der am weitest gehenden Auffassung um ein menschliches Handeln, das eine noch nicht endgültig abgeschlossene Rechtsgutsverletzung oder einen Zustand verursacht, der die unmittelbare Gefahr einer Rechtsgutsverletzung begründet<sup>26</sup> oder kürzer – mit der herrschenden Meinung – um die Bedrohung rechtlich geschützter Interessen durch menschliches Verhalten.<sup>27</sup> In diesem Sinne handelt es sich beim tätlichen Angriff um eine einer Tätlichkeit *vorgelagerte* Verhaltensweise, bei der der Eintritt einer Verletzung eines im Folgenden zu bestimmenden Rechtsguts in der Zukunft liegt bzw. liegen kann.

### III. Insbesondere: Der tätliche Angriff als Ehrverletzungsmodalität?

Den so verstandenen tätlichen Angriff überhaupt mit einer Ehrverletzung in Verbindung zu bringen, liegt schon aufgrund seines systematischen Kontextes im Sechsten Abschnitt des StGB jedenfalls nicht nahe. Nahe liegt stattdessen, den Tatbestand des § 114 Abs. 1 StGB im Zusammenhang mit dem Schutz anderer Individualrechtsgüter<sup>28</sup> oder auch der staatlichen Dienstaussübung<sup>29</sup> zu sehen. Bei näherer Betrachtung zeigt sich, dass der Tatbestand jedenfalls bei dem unter II.2. dargestellten – abermals: kritikwürdigen! – Verständnis nicht als Ausprägung des Schutzes dieser Rechtsgüter angesehen werden kann.

#### 1. Schutz von bestimmten Individualrechtsgütern?

Nicht nur vereinzelt wird angenommen, dass der tätliche Angriff nach § 114 Abs. 1 StGB vor Verletzungen der körperlichen Unversehrtheit schützen solle.<sup>30</sup> Etwas allgemeiner formuliert wird auch von dem im Vordergrund stehenden Schutz der körperlichen Integrität gesprochen.<sup>31</sup> Der Tatbestand diene dann dem Schutz eines in der Kommentarliteratur mitunter unbenannten Individualrechtsguts.<sup>32</sup> Indessen vermag diese Wertung – jedenfalls auf dem Boden der genannten Rechtsprechung – nicht zu überzeugen. Denn wenn eine körperliche Berührung im Falle eines tätlichen Angriffs nicht erforderlich sein soll und täterseitig auch kein entsprechender Vorsatz vorhanden sein muss und damit im Ergebnis einem körperverletzungsbezogenen Verständnis des Tatbestandsmerkmals explizit widersprochen wird, so braucht die körperliche Unversehrtheit mithin nicht berührt zu sein. Oder kurz: § 114 Abs. 1 StGB geht es weder um den Schutz der körperlichen Unversehrtheit noch der körperlichen Integrität von Amtsträgern.

In der angeführten Rechtsprechung wird als weiteres Individualrechtsgut – wenn auch nur kurz – die Handlungs- und Entschließungsfreiheit der Betroffenen angesprochen.<sup>33</sup> Wäre dem so, handelte sich bei § 114 Abs. 1 StGB um ein spezielles Nötigungsdelikt. Indessen weist die Begrifflichkeit des tätlichen Angriffs schon keinerlei Bezug zur Willensentschließung und Willensbetätigung, sondern verhält sich insoweit „neutral“. Richtigerweise wird deshalb davon ausgegangen, dass bei einem tätlichen Angriff eine Nötigung nicht bezweckt werden muss.<sup>34</sup> Dem Tatbestand kann es damit nicht um den Schutz der höchstpersönlichen, also nicht berufsausübungsbezogenen Handlungs- und Entschließungsfreiheit von Amtsträgern gehen.

#### 2. Schutz der Dienstaussübung?

Als Tatgelegenheit nennt § 114 Abs. 1 StGB eine nicht näher bestimmte Diensthandlung. Es ist im Ansatz daher nicht völlig abwegig, die Strafbarkeit des tätlichen Angriffs bei solchen Gelegenheiten als Ausprägung des Schutzes von solchen Diensthandlungen bzw. der Dienstaussübung<sup>35</sup> – oder: noch allgemeiner – der Tätigkeit der Staatsgewalt<sup>36</sup> zu verstehen. Die bisherige Rechtsprechung verhält sich zu dieser Frage nicht.

Anzuknüpfen ist insoweit an das soeben Gesagte: Richtigerweise wird von der ganz herrschenden Meinung angenommen, dass ein tätlicher Angriff sich nicht – im Unterschied zum Widerstandleisten nach § 113 Abs. 1 StGB –

<sup>22</sup> Dem OLG Hamm zustimmend BayObLG, Beschl. v. 8.10.2019 – 204 StRR 1971/19 bei Kulhanek, NSZ-RR 2020, 39 (40).

<sup>23</sup> Vgl. etwa LG Nürnberg-Fürth, NSZ-RR 2020, 39.

<sup>24</sup> Magnus, GA 2017, 530 (534).

<sup>25</sup> Ebenso Busch/Singelnstein, NSZ 2018, 510 (512).

<sup>26</sup> Vgl. nur Fischer, StGB, § 32 Rn. 5.

<sup>27</sup> Mit weiteren Nachweisen Erb, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 32 Rn. 36.

<sup>28</sup> Vgl. etwa Wolters, in: SK-StGB, § 114 Rn. 2: Körperliche Unversehrtheit.

<sup>29</sup> Vgl. etwa Fischer, § 114 Rn. 2.

<sup>30</sup> Puschke/Rienhoff, JZ 2017, 924 (929); Zöller, KriPoZ 2017, 143 (147); Busch/Singelnstein, NSZ 2018, 510 (512 f.); Bleckat, ZAP 2019, 1207 (1209).

<sup>31</sup> Kindhäuser/Schramm, Strafrecht – Besonderer Teil I, 9. Aufl. (2019), Rn. 58.

<sup>32</sup> Fischer, StGB, § 114 Rn. 2: „Individualschutz der Amtsträger“; vgl. auch Eser, in: Schönte/Kudlich/Valerius, § 114 Rn. 1; Scherzmaul, JuS 2019, 663.

<sup>33</sup> OLG Hamm, Beschl. v. 12.2.2019 – III-4 RVs 9/19 –, juris, Rn. 18.

<sup>34</sup> Barton, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, § 20 Rn. 85.

<sup>35</sup> Fischer, StGB, § 114 Rn. 2.

<sup>36</sup> Wolters, in: SK-StGB, § 114 Rn. 2.

gegen die Vornahme einer (beliebigen) Diensthandlung, also auf deren Vereitelung oder auch Erschwerung zu richten braucht.<sup>37</sup> Ausreichend soll sein, dass die Tötlichkeit beispielsweise aus allgemeiner Feindseligkeit gegen „den Staat“<sup>38</sup> begangen wird.

### 3. Statusbezogener Ehrschutz!

Nicht zuletzt durch die Gesetzesbegründung wird der Blick auf ein Rechtsgut gelenkt, das in den bisherigen Betrachtungen zum neu gefassten Tatbestand in § 114 Abs. 1 StGB nur am Rande thematisiert wurde: Durch die neue Strafvorschrift solle der *Respekt* (und die Wertschätzung), den Vollstreckungsbeamte sowie auch die Hilfskräfte der Feuerwehr, des Katastrophenschutzes und der Rettungsdienste verdienen,<sup>39</sup> hervorgehoben werden. Dann läge „das spezifische Unrecht eines Angriffs auf einen Repräsentanten des staatlichen Gewaltmonopols“<sup>40</sup> darin, dass der Täter diesem gegenüber den gesetzlich vorausgesetzten Respekt nicht zeigt.

Der Respekt, den eine Person verdient, liegt schon begrifflich nahe bei der Achtung.<sup>41</sup> Damit gerät die Ehre der in Betracht kommenden Tatopfer als geschütztes Rechtsgut in den Blick. Dann wäre der aus der Ehre abzuleitende Anspruch auf Achtung das Angriffsobjekt<sup>42</sup> eines tätlichen Angriffs. Indessen kann § 114 Abs. 1 StGB aber nicht den Schutz vor „ehrenrührigen“ Angriffen auf einen Kernbereich des *jedem* Menschen geschuldeten Respekts meinen,<sup>43</sup> wie dies bei der Beleidigung nach § 185 StGB der Fall ist, denn der strafrechtliche Schutz ist bei § 114 Abs. 1 StGB ja explizit auf die Angehörigen bestimmter Berufsgruppen beschränkt. Dem Gesetz muss es demnach um den Schutz eines berufsbezogenen Achtungsanspruchs gehen. In der Literatur wird diesbezüglich, ohne dass eine Verbindung zu einer offenbar existierenden, berufsbezogenen Ehre ausdrücklich hergestellt würde, von „besonders schützenswerten Opfern“<sup>44</sup> oder auch einem strafrechtlichen Schutz, der „statusbezogen“<sup>45</sup> ist, gesprochen.<sup>46</sup> Nach gesetzgeberischer Wertung muss dieser Schutz wegen des im Vergleich zu § 185 Abs. 2 StGB nicht unbeträchtlich erhöhten Strafraums höherrangig sein. Ohne dass dies hier zu vertiefen wäre, kann selbstverständlich nicht der *Respekt* gegenüber *bestimmten Berufsgruppen* als schutzwürdiges Rechtsgut des Strafrechts angesehen und dieser hierdurch ohnehin auch nicht bewirkt werden.<sup>47</sup>

Im Ergebnis stellt eine Respektsverletzung gegenüber von einzelnen *Angehörigen* bestimmter Berufsgruppen, ohne dass die Qualität einer Tötlichkeit erreicht werden müsste, ein erhöhtes Unrecht – die Gesetzesbegründung spricht von dem bereits genannten „spezifische(n) Unrecht“ – dar. Gleichsam wird damit deutlich, dass es sich bei § 114 Abs. 1 StGB um ein statusgruppenbezogenes Beleidigungsdelikt handelt. Freilich bedient dieses – wie in dieser Zeitschrift bereits zu Recht kritisierend angesprochen wurde – eher „autoritäre Muster als vorbildliche Autorität“<sup>48</sup> von Repräsentanten des staatlichen Gewaltmonopols.

### IV. Kurzes Fazit

Akzeptierte man ein Sonderstrafrecht, wie es § 114 Abs. 1 StGB darstellt, so wäre dem Gesetzgeber zumindest vorzuhalten, dass er einen wenig sachgerechten Regelungsstandort wählte. Richtigerweise wäre er in den vierzehnten Abschnitt einzuordnen gewesen. Dies hätte offenbart, dass die Vorschrift mit dem nach wie vor existierenden System der Widerstandstaten nichts mehr zu tun hat.<sup>49</sup>

Unabhängig davon wird man – von weiteren (an anderer Stelle ausführlich besprochenen) rechtsdogmatischen Unzulänglichkeiten abgesehen – die Vorschrift des § 114 Abs. 1 StGB wie auch die „benachbarte“ Regelung in § 115 Abs. 3 S. 2 StGB als gesetzgeberischen Irrweg ansehen dürfen. Mit guten Gründen war ein Sonderstrafrecht zum Schutz bestimmter Berufsgruppen als Opfer dem bundesdeutschen Strafrecht – und dies nicht zuletzt aus Gleichheitsgründen<sup>50</sup> – bislang fremd.<sup>51</sup> Im Ergebnis kommt Vollstreckungsbeamten – und dies mit „tatkräftiger Unterstützung“ der Rechtsprechung – nunmehr, wie dies in der Laiensphäre bereits vorher angenommen worden sein soll, eine herausgehobene Stellung bei einem Ehrverletzungsdelikt zu. Dadurch bringt das Strafrecht, wird denn § 114 StGB nicht alsbald wieder gestrichen<sup>52</sup> oder kommt es zu der hier erhofften Korrektur durch die höchstrichterliche Rechtsprechung, zum Ausdruck, dass es insbesondere auch Polizeivollzugsbeamte als herausgehobene Personengruppe versteht und nicht als (reguläre) Bürger mit besonderen Aufgaben.<sup>53</sup>

<sup>37</sup> Satzger, in: FS Neumann, S. 1161 (1169); Fischer, StGB, § 114 Rn. 5; Eser, in: Schönke/Schröder, § 114 Rn. 4; Wolters, in: SK-StGB, § 114 Rn. 2; Heger, in: Lackner/Kühl, § 114 Rn. 2; Kindhäuser/Hilgendorf, LPK-StGB, § 114 Rn. 2; Schermaul, JuS 2019, 663. Eser, in: Schönke/Schröder, § 114 Rn. 4.

<sup>38</sup> BT-Drs. 18/11161, S. 1 und 9.

<sup>39</sup> BT-Drs. 18/11161, S. 8.

<sup>40</sup> Duden – Das Synonymwörterbuch, 7. Aufl. (2019), Stichwort „Respekt“.

<sup>41</sup> Vgl. nur Barton, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, § 12 Rn. 16.

<sup>42</sup> Vgl. auch dazu nur Barton, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, § 12 Rn. 15.

<sup>43</sup> Fischer, StGB, § 114 Rn. 2.

<sup>44</sup> Wolters, in: SK-StGB, § 114 Rn. 2.

<sup>45</sup> Ähnlich Satzger, in: FS Neumann, S. 1161 (1179): Anknüpfung an das „bloße ‚So-Sein‘“.

<sup>46</sup> So auch Puschke/Rienhoff, JZ 2017, 924 (929); Busch/Singelstein, NSTZ 2018, 510 (512).

<sup>47</sup> Prittwitz, KriPoZ 2018, 44 (46).

<sup>48</sup> Von einer „ungeschickten systematischen Verortung“ sprechen auch König/Müller, ZIS 2018, 96 (102).

<sup>49</sup> Vgl. dazu Satzger in: FS Neumann, S. 1161 (1173); Zöller, ZIS 2015, 445 (451); vgl. auch Prittwitz, KriPoZ 2018, 44 (46) und Braun, DPolBI 2016, 9 (10); a.A. wohl Bleckat, ZAP 1207 (1208).

<sup>50</sup> Magnus, GA 2017, 530 (531).

<sup>51</sup> Magnus, GA 2017, 530 (535).

<sup>52</sup> Andersherum König/Müller, ZIS 2018, 96 (101).



## Coronavirus, Strafrecht und objektive Zurechnung

von Wiss. Mit. Lukas Cerny und

Wiss. Mit. Johannes Makepeace\*

### Abstract

*Die Corona-Krise wirft in zahlreichen Bereichen des Rechts neue Fragen auf. Im Strafrecht besteht aktuell ein breiter Konsens darüber, dass die Übertragung des SARS-CoV-2-Virus – sieht man von etwaigen Nachweisproblemen in der Praxis ab – unproblematisch eine Strafbarkeit nach den Normen des Kernstrafrechts begründet. Der Beitrag setzt hinter diesen Konsens ein kleines Fragezeichen und nimmt die neue Problematik zum Anlass, um auf ein grundsätzliches Problem im Rahmen der objektiven Zurechnung aufmerksam zu machen.*

*The Corona crisis raises several new questions in many areas of the law. In criminal law, a broad consensus exists that the transmission of the SARS-CoV-2-Virus can easily lead to criminal liability under the German Criminal Law Code ("StGB") – apart from solely practical issues regarding the proof of transmission. This article places a small question mark behind this consensus and seizes the current issues as an opportunity to draw attention to a fundamental problem of the criminal law: the doctrine of the objective imputation ("objektive Zurechnung").*

### I. Einführung

Die Corona-Pandemie beherrscht aktuell die globalisierte Welt und wird dies voraussichtlich auch noch einige Zeit tun. Auf den Beginn der ersten Infektionswelle folgte recht bald eine Welle juristischer Beiträge zu sämtlichen Fachbereichen des Rechts. Wenig überraschend ließ auch der Ruf nach dem Strafrecht nicht lange auf sich warten. So zeigte Mitte März etwa ein Münchener Rechtsanwalt einen Richter des Landgerichtes wegen versuchter Körperverletzung an, weil er trotz der aktuellen Gefährdungslage auf einer Verhandlung bestand.<sup>1</sup> Bereits zuvor hatte sich der ehemalige Vorsitzende des 2. Strafsenats am BGH Thomas Fischer im Spiegel unter der Headline „Virus strafbar!“ zu Wort gemeldet. „Wer als infizierte Person eine andere Person ansteckt, verwirklicht den objektiven Tatbestand der Körperverletzung (§ 223 StGB)“, hieß es da, und weiter: „Sie können, verehrte Leser, diese Straftat begehen, indem Sie, wenn Sie selbst infiziert sind, in

der Öffentlichkeit herumniesen, anderen die Hände schütteln oder sich überhaupt unter Menschen aufhalten.“<sup>2</sup> Ähnliche Erwägungen finden sich in der *NJW-aktuell*<sup>3</sup>, in verschiedenen juristischen Online-Zeitschriften und auf unzähligen anwaltlichen Online-Plattformen. Gerade in den Online-Zeitschriften für das Jurastudium und Staatsexamen konnten entsprechende Erörterungen natürlich nicht lange auf sich warten lassen, steht einem Thema, welches das gesamte soziale Leben derart dominiert, das Attribut „prüfungsrelevant“ doch geradezu auf die Stirn geschrieben.

### II. Der allgemeine Konsens über die offensichtliche Tatbestandsmäßigkeit

In all diesen Beiträgen bleibt es aber bei dem kurzen Hinweis auf die scheinbar offensichtlich gegebene Strafbarkeit im Hinblick auf die Delikte zum Schutz von Leben und körperlicher Unversehrtheit: „Wer eine andere Person mit dem Coronavirus infiziert, der erfüllt den objektiven Tatbestand der Körperverletzung. [...] Eine fahrlässige Körperverletzung dürfte jedenfalls dann zu bejahen sein, wenn der Täter von seiner eigenen Infektion wusste oder zumindest aufgrund von engem Kontakt zu einer infizierten Person oder eigener Symptome mit der ernsthaften Möglichkeit einer Erkrankung rechnen musste, und dennoch in Kontakt mit anderen Personen trat, die er infolgedessen ansteckte.“<sup>4</sup> Oder etwas dramatischer formuliert: „Wer also Symptome aufweist oder Kontakt zu einer infizierten Person hatte, sollte lieber gar nicht erst rausgehen oder sich sehr vorsichtig verhalten. Auch wer jemanden nur ‚aus Versehen‘ beim Niesen im Biergarten ansteckt, macht sich wegen fahrlässiger Körperverletzung oder fahrlässiger Tötung strafbar – selbst wenn er gar nicht wollte, dass sich die andere Person ansteckt.“<sup>5</sup>

Richtig ist jedenfalls, dass die herrschende Meinung bereits die Infektion mit einer „nicht ganz unerheblichen Krankheit“ – und dazu wird man *Covid-19* zählen müssen – als *Gesundheitsschädigung* betrachtet.<sup>6</sup> Der allgemeine Konsens lässt sich daher gegenwärtig dahingehend festhalten, dass sich problematische Stellen in Fragen der

\* Die Verfasser sind wissenschaftliche Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Europäisches Strafrecht an der Universität Regensburg. Sie danken dem Lehrstuhlinhaber *RiBayObLG Prof. Dr. Tonio Walter* für die wertvollen Anregungen.

<sup>1</sup> <https://www.sueddeutsche.de/panorama/prozesse-muenchen-corona-eklat-im-gerichtssaal-anwalt-zeigt-richter-an-dpa.urn-newsml-dpa-com-20090101-200317-99-368171> (zuletzt abgerufen am 4.5.2020).

<sup>2</sup> <https://www.spiegel.de/panorama/justiz/coronavirus-und-das-strafrecht-virus-strafbar-kolumne-a-9347f5da-d295-4a67-90b4-3e0362f77089> (zuletzt abgerufen am 4.5.2020).

<sup>3</sup> *Lorenz*, *NJW-aktuell* 12/2020, 17.

<sup>4</sup> <http://www.juraexamen.info/strafbarkeit-durch-ansteckung-mit-dem-coronavirus/> (zuletzt abgerufen am 1.4.2020).

<sup>5</sup> <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/corona-ausgehen-freundetreffen-strafbar-gefaehrliche-koerperverletzung-fahrlaessig-ausgangssperre-quarantaene/> (zuletzt abgerufen am 1.4.2020).

<sup>6</sup> BGHSt 36, 1, 7; 36, 262, 265; *Grünwald*, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2019), § 223 Rn. 31.

Strafbarkeit allenfalls beim Nachweis des Vorsatzes sowie der Kausalität ergeben könnten.<sup>7</sup> Tatsächlich lassen etwaige Beweisschwierigkeiten bei der Übertragung des neuen Coronavirus das Thema für die Praxis zunächst wenig relevant erscheinen. Neben der jedenfalls denkbaren Versuchs- oder Fahrlässigkeitsstrafbarkeit bleibt aber abseits der *praktischen* Nachweisprobleme der *theoretische* Konsens über die Strafbarkeit nach den Normen des Kernstrafrechts bestehen. In diesem Sinne könnte es – nach den AIDS-Diskussionen der 80er Jahre – erneut ein Virus sein, welches der strafrechtlichen Dogmatik zuvor unbekannte Fragen aufwirft und so Gelegenheit zu weiterer Entwicklung gibt.

Dieses Ziel vor Augen will dieser Beitrag hinter den beschriebenen Konsens zumindest ein kleines Fragezeichen setzen und den Fokus auf Fragen der *objektiven Zurechnung* richten.<sup>8</sup> In der Lehre von der objektiven Zurechnung geht es – im Vorsatz- wie im Fahrlässigkeitsdelikt – um die Frage, welcher Zusammenhang zwischen der Handlung des Täters und dem eingetretenen tatbestandlichen Erfolg bestehen muss, damit letzterer dem Täter auch in normativer (wertender) Hinsicht strafrechtlich zugerechnet werden kann.<sup>9</sup> Die Strafbarkeit eines Verhaltens hängt also eng damit zusammen, wie streng die Anforderungen sind, die man an diesen Zusammenhang stellt.

Die grundsätzliche Frage, die dieser Beitrag aufwerfen will, lautet: In welchem Maße muss sich das Risiko, welches dem Einzelnen gegenüber die Auferlegung gewisser Verhaltensanforderungen – also die strafrechtlich bewehrte Einschränkung seiner individuellen Freiheit – legitimiert (Legitimationsrisiko), auch im tatbestandlichen Erfolg widerspiegeln, um eine strafrechtliche Zurechnung des Erfolges zu diesem Verhalten zu rechtfertigen?

### III. Das *erlaubte Risiko* im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit

Ausgangspunkt der Überlegungen sind also zunächst die konkreten (neuen) Verhaltensanforderungen, hier etwa: *Veranstalte keine (Corona-)Partys!* Oder eben: *Begib dich mit Erkältungssymptomen nicht unter Menschen!* – beispielsweise zum Einkaufen, zum Verwandten- oder Krankenbesuch, in die Arbeit oder auf einen Spaziergang mit Freunden im Park. All diese Verhaltensnormen schränken die persönliche Freiheit ein und bedürfen deshalb einer Legitimation. Diese ergibt sich regelmäßig aus

einer Abwägung zwischen Freiheit und Sicherheit, genauer: zwischen individueller, für das Gesellschaftsleben notwendiger Freiheit und allgemeinem Rechtsgüterschutz.<sup>10</sup> Dabei können sich einer solchen Abwägung auch angeblich absolut geschützte Güter wie etwa das *Leben* keinesfalls entziehen.<sup>11</sup> Gerade der rechtliche Umgang mit zirkulierenden Viruskrankheiten macht dies deutlich. Schon vor der *Corona-Krise* gab es eine Vielzahl viraler Erkrankungen, die das tägliche Leben begleiteten und jede Begegnung unter Menschen, jede Party, letztlich das Sozialleben an sich zu einem potentiellen Gesundheits- und auch Lebensrisiko machten. Dennoch betrachtete man solch alltägliche Verhaltensweisen unstrittig nicht als verboten, die Schaffung der genannten Risiken also nicht als unerlaubt<sup>12</sup> – und das aus gutem Grund. Schon vor mittlerweile über einem Jahrhundert formulierte *Karl Binding* den Grundgedanken so:

*„Bei Tausenden und Abertausenden menschlicher Handlungen, fast könnte man sagen bei allen nicht rein innerlichen, laufen Möglichkeiten, Wahrscheinlichkeiten, vielleicht Gewissheiten unbeabsichtigter Rechtsgefährdungen oder Rechtsverletzungen deshalb nebenher, weil die Handlung kaum ohne sie ausgeführt werden kann. [...] Wird nun durch das gelaufene Risiko eine der Art nach untersagte rechtswidrige Gefährdung oder Verletzung herbeigeführt [...] sieht die Rechtsordnung die Herbeiführung des Schadens durch den Handelnden als für ihn unvermeidbar an. Sie [...] nimmt die erduldete Verletzung hin.“<sup>13</sup>*

Der *BGH* stellte in diesem Sinne im Rahmen seiner HIV-Rechtsprechung recht bald fest, dass die Risiken zirkulierender viraler Erkrankungen, die sich über Tröpfchen- oder Schmierinfektionen verbreiten, „geradezu in der Luft liegen“. Diese Risiken seien deshalb – anders als die Risiken einer HIV-Infektion, vor der man sich mit Kondomen schützen könne – in der Gesellschaft nur abschirmbar, wenn man das soziale Leben größtenteils lahmlegte.<sup>14</sup> Dass der *BGH* damit den richtigen Riecher hatte, zeigen der zwischenzeitlich fast vollständige „Shutdown“ und die noch anhaltenden Beschränkungen des öffentlichen Lebens. Die unmittelbaren Folgen viraler Erkrankungen für die individuelle Gesundheit der Mitmenschen können also – zumindest in einem grundsätzlich auf Freiheitssicherung und Ermöglichung von friedlichem, gesellschaftlichem Miteinander ausgerichteten Staat – derart weite Einschränkungen der individuellen Freiheit nicht rechtfertigen. Sie bleiben zumindest für das *Recht* irrelevant und

<sup>7</sup> Zu entsprechenden Problemen bei HIV-Infizierungen vgl. *Herzog/Nestler-Tremel*, StV 1987, 360 (363 ff.); *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, 30. Aufl. (2019), § 223 Rn. 7a, b.

<sup>8</sup> Zu denken ist hier auch an die „eigenverantwortliche Selbstgefährdung“ oder – je nach Fallkonstellation – an eine „einverständliche Fremdgefährdung“ (welche die herrschende Meinung als „Einwilligung“ behandelt); beide Male wird es aber regelmäßig an der nötigen vollen Risikokenntnis fehlen – etwa wenn der infizierte „Täter“ selbst Symptome hat, dies aber verschweigt, vgl. BGHSt 36, 1, 17 f. = NJW 1989, 781 (785); *Herzberg*, NJW 1987, 2283 (2284); *T. Walter*, NSTZ 2013, 673 (677).

<sup>9</sup> Vgl. etwa *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. (1996), S. 277 ff.; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. (2006), § 11 Rn. 44 ff.

<sup>10</sup> *Mitsch*, JuS 2018, 1161 (1164); vgl. auch *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges, 1988, S. 112 ff., 127 ff.; *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. (1993), 7. Abschn. Rn. 35 ff.; zur strittigen dogmatischen Einordnung *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. (2006), § 11 Rn. 65 ff.

<sup>11</sup> Vgl. *Freund*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 1, 3. Aufl. (2017), Vor§ 13 Rn. 155.

<sup>12</sup> Vgl. *Eschelbach*, in: *BeckOK-StGB*, 45. Ed. (2020), § 223 Rn. 10; *Schlehofer*, NJW 1989, 2017 (2021); *T. Walter*, in: *LK-StGB*, Bd. 1, 13. Aufl. (2020), Vor § 13 Rn. 91.

<sup>13</sup> *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. IV, 1919, § 286, S. 433 f., 445 f.

<sup>14</sup> Vgl. BGHSt 36, 1, 16 = NJW 1989, 781 (785); die Entscheidung ist in anderen Punkten alles andere als unumstritten; zur Kritik vgl. etwa *AG Kempen*, NJW 1988, 2313 ff.; *Prittwitz*, StV 1989, 123 ff.; *Grünwald*, in: *LK-StGB*, Bd. 7/1, 12. Aufl. (2019), § 224 Rn. 35.

können dem Überträger insofern eben auch *strafrechtlich* nicht zugerechnet werden.

Wenn man allein diesen Schutz des Individuums vor den gesundheitlichen Folgen einer Infektion in die Waagschale wirft, dürfte das Abwägungsergebnis auch bei dem neuen Coronavirus SARS-CoV-2 nicht anders ausfallen. Das Krankheitsbild von Covid-19 unterscheidet sich von anderen zirkulierenden Erkrankungen nach aktuellen Erkenntnissen nicht so deutlich, dass dies für sich genommen die weiten Beschränkungen auch des „üblichen sozialen Kontaktes“ rechtfertigen würde. Die Vermutung liegt also nahe, dass in nicht allzu ferner Zukunft die individuellen Gesundheits- und Lebensrisiken, die durch das neue SARS-Virus drohen, ebenso in Kauf genommen werden, wie dies schon vor der Krise bei allen anderen zirkulierenden Virus-Erkrankungen der Fall war. Aufgrund der regelmäßig kaum zu unterscheidenden Symptomatik ist dies in praktischer Hinsicht auch gar nicht anders denkbar, wenn das Recht langfristig das „übliche Sozialleben“ wieder gewährleisten will.

#### IV. Das unerlaubte Risiko in Zeiten der Corona-Krise

Dennoch dürfte es unstrittig sein, dass derzeit ein unerlaubtes Risiko setzt, wer gegen oben beispielhaft angeführte Verhaltensnormen verstößt. In zahlreichen Allgemeinverfügungen und Rechtsverordnungen finden sich entsprechend drastische Vorgaben, welche viele der neuen, im *Verkehr erforderlichen* Sorgfaltspflichten – etwa weitgehende Kontaktverbote – sogar ausdrücklich formulieren. Wenn es aber nicht die durch eine Infektion drohenden *unmittelbaren*, individuellen Gesundheitsschädigungen sind, die diese strengen neuen Verhaltensnormen rechtfertigen können (siehe III), muss es ein anderes Risiko sein, das in der Abwägung zwischen Freiheit und Sicherheit das Pendel zugunsten letzterer ausschlagen lässt und das die drastischen neuen Sorgfaltspflichten gegenüber dem Einzelnen auch aus rechtlicher Sicht legitimiert.

Der Blick in die Verfügungen und Verordnungen gibt insofern Aufschluss. *Flatten the curve!* – lautet das Motto. Zwei Beispiele: In der Begründung der bayerischen Landesregierung heißt es:

*„alle Maßnahmen [müssen] ergriffen werden, um die weitere Ausbreitung des Virus zu verzögern. Ziel ist es, durch eine Verlangsamung des Infektionsgeschehens die Belastung für das Gesundheitswesen insgesamt zu reduzieren, Belastungsspitzen zu vermeiden und die medizinische Versorgung sicherzustellen.“<sup>15</sup>*

In der sächsischen Verordnung ist zu lesen:

*„Ziel muss es sein, die Infektionskurve deutlich abzufachen, damit möglichst auch bei einer hohen Anzahl schwerer Krankheitsfälle stets genügend Intensivplätze zur Verfügung stehen und die gesundheitliche Versorgung weiterhin gesichert bleibt. [...] Die nunmehr weitergehenden Beschränkungen sind angesichts der Entwicklung der Pandemie erforderlich, um die Ausweitung zu verzögern, damit das Gesundheitswesen zu entlasten und somit die erforderlichen Kapazitäten für die Behandlung der Erkrankten, aber auch sonstiger Krankheitsfälle bereit zu halten.“<sup>16</sup>*

Was die vorübergehend so strengen neuen Verhaltensnormen rechtfertigen soll, wird also deutlich: Auch hier liegt als „Endziel“ letztendlich der Schutz von Leben und Gesundheit in der Waagschale. Mit der Überlastung des Gesundheitssystems und den damit einhergehenden Folgen steht aber ein *neues* Risiko für diese Rechtsgüter im Raum. Dieses Risiko soll es nun also auch rechtfertigen, die individuelle Freiheit in derart starkem Maße einzuschränken.

#### V. Das Legitimationsrisiko als Teil des strafrechtsspezifischen Zusammenhangs zwischen Verhaltensnorm und tatbestandlichem Erfolg

Die Angemessenheit dieser Gewichtung unterstellt,<sup>17</sup> gilt aktuell also: Wer sich mit gewissen Krankheitssymptomen in die Öffentlichkeit begibt, setzt ein *unerlaubtes Risiko*. Das Risiko nämlich, dass er weitere Menschen infiziert und dies letztlich zu einer Überlastung des Gesundheitssystems mit all den drohenden weiteren Schäden führt.

Vorab: Durch sein Verhalten erhöht er natürlich – unabhängig vom konkreten Eintritt dieser Überlastung – bereits die Wahrscheinlichkeit für eine solche. Bereits das Schaffen dieses Risikos – also den Eintritt dieses *Gefährdungserfolges* – mag man mit guten Gründen für strafwürdig halten, und der Gesetzgeber tut dies auch: nämlich im Infektionsschutzgesetz selbst (hier insbesondere in § 75 IfSG)<sup>18</sup>, welches Grundlage der verschiedenen Verfügungen und Verordnungen ist. Wer gegen die Vorgaben der landesspezifischen Anordnungen verstößt, kann sich also in jedem Fall strafbar machen, denn in den Strafnormen

<sup>15</sup> BayMBL. 2020 Nr. 152.

<sup>16</sup> Begründung zur Zweiten Verordnung über Maßnahmen zur Eindämmung der Ausbreitung des neuartigen Coronavirus SARS-CoV-2 in Sachsen-Anhalt, abrufbar unter [https://www.sachsen-anhalt.de/startseite/news-detail/news/corona-virus/?tx\\_news\\_pi1%5Bcontroller%5D=News&tx\\_news\\_pi1%5Baction%5D=detail&cHash=da6b043c251b262aba4dc33177f3f0f2](https://www.sachsen-anhalt.de/startseite/news-detail/news/corona-virus/?tx_news_pi1%5Bcontroller%5D=News&tx_news_pi1%5Baction%5D=detail&cHash=da6b043c251b262aba4dc33177f3f0f2) (zuletzt abgerufen am 1.4.2020).

<sup>17</sup> In allen Bundesländern laufen bereits zahlreiche Klagen gegen die verschiedenen Verfügungen und Verordnungen; teilweise wurden zur Bewältigung des Andrangs eigene Kammern geschaffen.

<sup>18</sup> Zur Strafbarkeit nach dem IfSG siehe Lorenz/Oğlakcioglu, KriPoZ 2020, 108 (110); kritisch Jahn/Schmitt-Leonardy „Kontaktverbot & Co mit Strafen erzwingen“ in der FAZ vom 22.4.2020, online abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/politik/staat-und-recht/letztes-mittel-kontaktverbot-co-mit-strafen-erzwingen-16737322.html> (zuletzt abgerufen am 3.5.2020)

des IfSG spiegelt sich gerade das Risiko, das die neuen Sorgfaltspflichten dem Einzelnen gegenüber legitimiert.<sup>19</sup>

Für die klassischen Erfolgsdelikte aus dem StGB bleibt aber die Frage, ob auch zwischen den unmittelbaren Folgen einer Infektion selbst (den tatbestandlichen Erfolgen der §§ 223 ff., 229 StGB, aber auch der §§ 212, 222 StGB) und den neuen Verhaltensnormen, die ein üblicherweise sozialadäquates Verhalten verbieten, der notwendige Zusammenhang besteht, der ein Eingreifen des Strafrechts rechtfertigt.

Auch das kann man bejahen, denn diese Sorgfaltsnormen dienen ja zumindest auch dem notwendigen (Zwischen-)Ziel, Infektionen zu verhindern. Man kann die Anforderungen an den Zurechnungszusammenhang aber auch enger fassen und verlangen, dass sich im spezifisch tatbestandlichen Erfolg gerade das Legitimationsrisiko wiederfindet, welches gegenüber dem präsumtiven Täter die Auferlegung der (strafbewehrten) Verhaltenspflicht überhaupt erst rechtfertigt. Zumindest für die vor und nach der *Corona-Krise* grundsätzlich erlaubten, weil für das übliche soziale Leben unerlässlichen Verhaltensweisen, wären das am Beispiel der Delikte im Kernstrafrecht nur diese Risiken, die sich erst im Zusammenhang mit einem überlasteten Gesundheitssystem ergäben – etwa die gesundheitlichen Folgen eines Erkrankten, der mangels ausreichender Zahl an Intensivbetten nicht die nötige Behandlung erhält. Nur in diesem Fall spiegelte sich im konkreten Erfolg nämlich auch *das* Risiko, welches dem präsumtiven Täter gegenüber die entsprechende Verhaltensnorm rechtfertigt.

Kann es denn tatsächlich sein, dass schon den objektiven Tatbestand der (fahrlässigen) Körperverletzung *nicht* erfüllt, wer vor oder nach der Krise (oder besser: vor oder

nach dem Bestehen der Gefahr eines überlasteten Gesundheitssystems) mit leichten Erkältungssymptomen einkaufen geht und dort eine zweite Person etwa mit einem Grippe-Virus – nach der Krise wohl auch mit einem SARS-CoV-2-Virus – ansteckt (selbst wenn diese Person in den folgenden Wochen starke Schmerzen leidet und im Krankenhaus intensiv betreut werden muss) — im Gegenzug aber während der Krise die Tatbestände der §§ 223, 229 StGB *vorübergehend* bereits verwirklicht sind, wenn die zweite Person bloß infiziert ist oder nur leichte Symptome hat?

## VI. Fazit

Die Corona-Krise gibt Anlass zur Auseinandersetzung mit den großen, aber auch mit den kleinen Fragen des Lebens. Zu letzteren zählen sicherlich jene, welche die Dogmatik der objektiven Zurechnung im Strafrecht betreffen. Will man eine Antwort auf die normative Frage geben, in welchem Maße sich das Legitimationsrisiko im konkreten tatbestandlichen Erfolg widerspiegeln muss, um eine strafrechtliche Zurechnung des konkreten tatbestandlichen Erfolges zu rechtfertigen, hat man dennoch erst einige große Vorfragen zu stellen: Welche Aufgabe schreibt man dem Staat zu? Welche dem Recht? Und nicht zuletzt: Welche Aufgaben soll, kann und darf die staatliche Strafe in diesem System wahrnehmen?

Bevor diese Fragen nicht zumindest für sich selbst beantwortet sind, sollte hinter der Zurechenbarkeit dieser Erfolge weiter das kleine Fragezeichen stehen bleiben. Und vielleicht bietet die Corona-Krise, gerade weil sie langfristig den Blick zurück auf diese Grundfragen lenken wird, auch Gelegenheit zu weiterer dogmatischer Auseinandersetzung mit der Lehre von der objektiven Zurechnung.

<sup>19</sup> Die Frage, wie es mit der Strafbarkeit im Fall der Rechtswidrigkeit der Allgemeinverfügungen oder Rechtsverordnungen aussieht, sei an dieser Stelle dahingestellt; gegen eine Strafbarkeit und entgegen BGHSt 23, 86 = NJW 1969, 2023 etwa Saliger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, 4. Aufl. (2018), Vor §§ 324 ff. Rn. 31; Schmitz, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 3. Aufl. (2019), Vor § 324 Rn. 88 ff.; Wüterich, NStZ 1987, 106.



## Die Herstellung von Waffengleichheit zwischen Justiz und Rechtsmittelführer durch Verlängerung der Revisionsbegründungsfrist

von RiOLG Prof. Dr. Matthias Jahn,  
RAin Stefanie Schott und  
RA Björn Krug, LL.M.\*

### Abstract

*Während sich die Frist zur Urteilsabsetzung gem. § 275 Abs. 1 StPO mit zunehmender Dauer der gerichtlichen Hauptverhandlung kontinuierlich verlängert, bleibt es für die Revisionsbegründung des Rechtsmittelführers ausnahmslos bei der kurzen, nicht verlängerbaren Frist des § 345 Abs. 1 StPO von einem Monat. Dies lässt sich nach Auffassung der Autoren mit der Forderung nach prozessualer Waffengleichheit, die dem Recht auf ein faires Verfahren entnommen werden kann, nicht vereinbaren. Sie fordern eine Angleichung der Mechanik der Revisionsbegründungsfrist an die Urteilsabsetzungsfrist.*

*While the period for drawing up a judgment pursuant to § 275, subsection 1 StPO (German Code of Criminal Procedure) is dependent on the length of the main court hearing, an appellant always has a maximum of one month to lodge grounds of appeal pursuant to § 345, subsection 1 StPO. The authors believe this is incompatible with the claim for an equality of arms, which can be derived from the right to a fair trial. They call for an *de lege ferenda*-alignment of the time allowed for lodge grounds of appeal pursuant in the same manner as for drawing up the judgment.*

### I. Ausgangssituation

In den vergangenen Jahren wurde bereits vielfach darauf hingewiesen, dass in umfangreichen Strafverfahren die Frist von einem Monat zur Begründung der Revision unzureichend ist. Die Forderung nach einer angemessenen Verlängerung der Frist wird insbesondere dann laut, wenn presserelevante Verfahren mit einem Urteil abgeschlossen werden, zu dessen Abfassung das Gericht ein Vielfaches der Zeit benötigt hat, die der Verteidigung für die Begründung der Revision zur Verfügung stehen. Derartige Forderungen wurden vom Gesetzgeber bislang nicht erhört. Ein aktuelles Urteil des OLG München gibt Anlass, die berechnete Forderung der Verteidigung zu erneuern.

Mit Pressemitteilung vom 21.4.2020 hat das OLG München mitgeteilt:<sup>1</sup>

*„Der 6. Strafsenat des Oberlandesgerichts München hat in obengenanntem Strafverfahren die schriftliche Begründung des am 11.7.2018 verkündeten Urteils fertiggestellt. Das Urteil umfasst 3025 Seiten und wurde heute zu den Akten genommen. Die Zustellung der Urteilsgründe an die revisionsführenden Verfahrensbeteiligten wird in Kürze erfolgen.*

*Die Revisionsführer haben nunmehr einen Monat ab Zustellung der schriftlichen Urteilsgründe Zeit, die bereits eingelegte Revision zu begründen.“*

Hinzu kommen 44 Aktenordner mit dem Hauptverhandlungsprotokoll. Diese sollen den Verfahrensbeteiligten in elektronischer Form zugestellt werden.<sup>2</sup>

### II. Rechtslage

Auch wenn es sich beim NSU-Verfahren von Umfang und Aufwand um ein zumindest ungewöhnliches, wenn nicht sogar einzigartiges Verfahren gehandelt hat, bietet es Anlass, den fehlenden Gleichlauf aus Urteilsabsetzungsfrist und Revisionsbegründungsfrist genauer zu betrachten. Das OLG München hat die Urteilsabsetzungsfrist von 93 Wochen für ein Urteil nach 438 Hauptverhandlungstagen (§ 275 StPO) fast vollkommen ausgeschöpft. Dies entspricht geltendem Strafprozessrecht, da sich die Berechnung der Urteilsabsetzungsfrist nach § 275 Abs. 1 S. 1 und 2 StPO dem Verfahrensumfang anpasst, wenn es dort heißt:

*„Ist das Urteil mit den Gründen nicht bereits vollständig in das Protokoll aufgenommen worden, so ist es unverzüglich zu den Akten zu bringen. Dies muß spätestens fünf Wochen nach der Verkündung geschehen; diese Frist verlängert sich, wenn die Hauptverhandlung länger als drei Tage gedauert hat, um zwei Wochen, und wenn die Hauptverhandlung länger als zehn Tage gedauert hat, für jeden begonnenen Abschnitt*

\* Die Verfasser sind der Leiter der Forschungsstelle für Recht und Praxis der Strafverteidigung der Goethe-Universität Frankfurt sowie Rechtsanwälte und Fachanwälte für Strafrecht und Steuerrecht in Darmstadt/Frankfurt bzw. Frankfurt/Berlin. Die Ausführungen entstammen einer Stellungnahme für den *Deutsche Strafverteidiger e.V.* vom 8.5.2020, bei der die drei Autoren Berichterstatter waren.

<sup>1</sup> Pressemitteilung 23 des OLG München v. 21.4.2020, abrufbar unter <https://www.justiz.bayern.de/gerichte-und-behoerden/oberlandesgerichte/muenchen/presse/2020/23.php> (zuletzt abgerufen am 15.5.2020).

<sup>2</sup> Legal Tribune Online v. 21.4.2020, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/justiz/j/olg-muenchen-nsu-prozess-urteilsbegrueundung-3025-seiten-beate-zschaepe/> (zuletzt abgerufen am 15.5.2020)

*von zehn Hauptverhandlungstagen um weitere zwei Wochen.“*

Dies gilt für die Revisionsbegründungsfrist nicht, denn diese ist, § 345 Abs. 1 StPO folgend, starr und auch in Umfangsverfahren wie dem NSU-Strafprozess nicht verlängerbar:

*„Die Revisionsanträge und ihre Begründung sind spätestens binnen eines Monats nach Ablauf der Frist zur Einlegung des Rechtsmittels bei dem Gericht, dessen Urteil angefochten wird, anzubringen. War zu dieser Zeit das Urteil noch nicht zugestellt, so beginnt die Frist mit der Zustellung.“*

Dieses Ungleichgewicht wird in der Literatur<sup>3</sup> kritisiert und war bereits Gegenstand einer – mangels ausreichender Begründung im Ergebnis erfolglosen – Verfassungsbeschwerde.<sup>4</sup>

Eine vom BMJV eingesetzte StPO-Expertenkommission hat sich zwar im Jahr 2015 noch mehrheitlich gegen eine *generelle* Fristverlängerung ausgesprochen. Sie hat aber ausdrücklich festgehalten, „dass die geltende Monatsfrist die Verfahrensbeteiligten – namentlich die Verteidigung – unter großen Zeitdruck setzen kann. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Angeklagte erst nach Zustellung des Urteils einen in Revisionssachen erfahrenen Verteidiger aufsucht“.<sup>5</sup> Ausdrücklich hat sie zudem für bestimmte Verfahren anerkannt, dass „bei Umfangsverfahren sich die Frage stellen [könnte], ob die starre Monatsfrist mit den Erfordernissen eines effektiven Rechtsschutzes noch in Einklang zu bringen ist“.<sup>6</sup>

Offenkundig ist, dass das Ungleichgewicht der Monatsfrist zur Begründung der Formalrügen<sup>7</sup> und der Urteilsabsetzungsfrist sowohl gegen den Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs als auch gegen den Anspruch auf ein faires Verfahren verstoßen kann.<sup>8</sup> Zum rechtlichen Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG hat das BVerfG ausgeführt:<sup>9</sup>

*„Der Anspruch aus Art. 103 Abs. 1 GG ist eine Folgerung aus dem Rechtsstaatsgedanken für das Gebiet des gerichtlichen Verfahrens. Der Einzelne soll nicht bloßes Objekt des gerichtlichen Verfahrens sein, sondern er soll vor einer Entscheidung, die seine Rechte betrifft, zu Wort kommen können, um Einfluss auf das Verfahren und sein Ergebnis nehmen zu können (...). Art. 103 Abs. 1 GG garantiert den Beteiligten an einem gerichtlichen Verfahren daher, dass sie hinreichende Gelegenheit erhalten, sich zu dem einer gerichtlichen Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt vor Erlass der Entscheidung zu äußern und*

*dadurch die Willensbildung des Gerichts zu beeinflussen (...). Der Anspruch auf rechtliches Gehör wird insbesondere dann verletzt, wenn die vor Erlass einer Entscheidung vom Gericht gesetzte Frist zur Äußerung objektiv nicht ausreicht (...), um innerhalb der Frist eine sachlich fundierte Äußerung zum entscheidungserheblichen Sachverhalt und zur Rechtslage zu erbringen.“*

Ergänzt wird diese grundgesetzliche Garantie durch Art. 6 Abs. 3 lit. b EMRK. Dieser gewährt dem Angeklagten „ausreichend Zeit und Gelegenheit zur Vorbereitung seiner Verteidigung“. Der Angeklagte soll, nachdem er informiert ist, seine Verteidigung angemessen vorbereiten können. Er muss die Möglichkeit haben, alle relevanten Verteidigungsargumente zu sammeln und vorzutragen. Die ausreichende Gelegenheit zur Verteidigung zielt auch auf eine Gleichstellung mit den Strafverfolgungsbehörden und wird demzufolge vom Prinzip der Waffengleichheit überlagert. Zugleich bietet sie die Grundlage für ein tatsächlich wirkungsvolles rechtliches Gehör und damit für eine wirksame Teilhabe durch Verteidigung. Dabei zielt die Garantie nicht nur auf eine Geltung in der Hauptverhandlung ab, sondern sie gilt hinsichtlich der gesamten Verteidigungsrechte, einschließlich der Vorbereitung von Rechtsmitteln und prozessualen Rechtsbehelfen.<sup>10</sup>

### III. Ergebnis

Nicht nur in Extremfällen wie dem vorliegenden, sondern auch in anderen umfangreichen Verfahren ist die durch § 345 Abs. 1 StPO vorgegebene, starre Frist ersichtlich unzureichend. Es geht dabei um bessere und gerechte Urteile im Allgemeininteresse, mit denen letztlich auch die Akzeptanz der Revisionsrechtsprechung gefördert würde.<sup>11</sup> Denn es ist darauf hinzuweisen, dass die starre Frist des geltenden Rechts nicht nur für die Rechtsmittel der Verteidigung, sondern auch für Revisionen der Staatsanwaltschaft und weiterer Beteiligter wie der Nebenklage gilt. Auch im Rahmen einer grundsätzlich zulässigen Typisierung der Frist muss der Umfang des Verfahrens – und damit der Aufwand der Begründung der Revision – berücksichtigt werden. Für die Urteilsabsetzungsfrist hat der Gesetzgeber dies zutreffend erkannt und diese dem Umfang des Verfahrens folgend flexibel gestaltet. Dann aber die Flexibilität für die Rechtsmittelbegründung nicht zu gewähren, behandelt Gleiches ungleich.

Lösungen, sich über ein unzutreffend datiertes Empfangsbekenntnis des Verteidigers<sup>12</sup> oder über Anträge auf Wiedereinsetzung<sup>13</sup> zu behelfen, sind entweder, da (zumindest) berufsrechtswidrig, für den Verteidiger unzumutbar

<sup>3</sup> Beukelmann, NJW-Spezial 2017, 632; Grabenwarter, NJW 2002, 109.

<sup>4</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.2.1998 – 2 BvR 1888/97, abrufbar unter: [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1998/02/rk19980219\\_2bvr188897.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1998/02/rk19980219_2bvr188897.html) (zuletzt abgerufen am 15.5.2020).

<sup>5</sup> BMJV (Hrsg.), Abschlussbericht, 2015, S. 155.

<sup>6</sup> Abschlussbericht (Fn. 5).

<sup>7</sup> Die inhaltliche Begründung der Sachrüge ist keine formelle Voraussetzung für deren Zulässigkeit und kann problemlos „nachgeschoben“ werden.

<sup>8</sup> Dazu ausführlich Grabenwarter, NJW 2002, 109.

<sup>9</sup> BVerfG, Beschl. v. 5.2.2003 – 2 BvR 153/02, abrufbar unter: [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2003/02/rk20030205\\_2bvr015302.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2003/02/rk20030205_2bvr015302.html) (zuletzt abgerufen am 15.5.2020).

<sup>10</sup> Gaede, in: MüKo-StPO, 2018, Art. 6 EMRK Rn. 150 und 151 m.w.N.

<sup>11</sup> Vgl. nur Park, StV 2018, 814.

<sup>12</sup> Vgl. dazu § 14 BORA.

<sup>13</sup> So hingegen bspw. Sobota/Loose, NStZ 2018, 72.

oder mangels Vorhersehbarkeit der gerichtlichen Entscheidung unzureichend für die Praxis.

#### IV. Lösungsvorschlag

Zu fordern ist daher eine Änderung von § 345 Abs. 1 StPO.

Diese kann systematisch § 275 Abs. 1 Satz 2 StPO nachempfunden sein, ohne einen vollkommenen Gleichlauf der Fristen vorzusehen. Denn natürlich ist eine Revisionsbegründungsfrist von weiteren 93 Wochen im entschiedenen Fall unter Aspekten des Beschleunigungsgrundsatzes weder der Rechtspflege dienlich, noch nützt sie dem Betroffenen. Zudem sollte eine Selbstverständlichkeit klar-

gestellt werden: Der Fristlauf kann erst mit Zustellung des Urteils und des Protokolls beginnen.

§ 345 Abs. 1 StPO (Entwurf) lautet danach:

*„Die Revisionsanträge und ihre Begründung sind spätestens binnen eines Monats nach Ablauf der Frist zur Einlegung des Rechtsmittels bei dem Gericht, dessen Urteil angefochten wird, anzubringen. **Diese Frist verlängert sich, wenn die Hauptverhandlung länger als zehn Tage gedauert hat, für jeden begonnenen Abschnitt von zehn Hauptverhandlungstagen um eine Woche.** Waren zu dieser Zeit das Urteil und das Protokoll noch nicht zugestellt, so beginnt die Frist mit der Zustellung.“*

## Anmerkung zum „Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft“

von RiBGH Renate Wimmer\*

### Abstract

*Am 21. April 2020 hat das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz den „Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität der Wirtschaft“<sup>1</sup> veröffentlicht und damit einen Meilenstein in der jahrelangen Diskussion um die Einführung eines Unternehmensstrafrechts in Deutschland gesetzt. Der nachfolgende Beitrag skizziert kurz die Struktur des Gesetzes und bewertet einzelne von besonderem Interesse erscheinende Aspekte ohne den Anspruch auf eine vollständige Analyse des gesamten Regelwerks zu erheben.*

*On April 21, 2020, the Federal Ministry of Justice and Consumer Protection published the "Draft bill for a law to strengthen the integrity of the economy", thereby setting a milestone in the long discussion about the introduction of corporate criminal law in Germany. The following article briefly outlines the structure of the law and evaluates individual aspects that appear to be of particular interest without claiming a complete analysis of the entire set of rules.*

### I. Anlass/Zwecke der Gesetzesinitiative

Der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft dient der Sicherstellung einer effektiven Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität; Unternehmen, die von Fehlverhalten ihrer Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter profitieren, sollen wirksam zur Verantwortung gezogen werden können.<sup>2</sup>

Straftaten, die aus Verbänden (juristische Personen und Personenvereinigungen) heraus begangen werden, können nach geltendem Recht gegenüber dem Verband ausschließlich durch eine Geldbuße geahndet werden (§ 30 OWiG). Die Sanktionierung von Verbänden unterliegt demgemäß bislang dem Opportunitätsprinzip. Wenngleich sich in einer Vielzahl von Fällen (systemischen Fehlverhaltens) ein Einschreiten der Ermittlungsbehörden aufdrängen dürfte, war in den vergangenen Jahren bundesweit dennoch eine sehr unterschiedliche Verfolgungspraxis zu beobachten.<sup>3</sup> Bei konsequenter Anwendung der Norm zeigte sich zudem, dass das geltende Ordnungswidrigkeitenrecht nicht in jedem Fall eine praxisgerechte Lösung ermöglicht und auf verschiedene Rechtsfragen keine

eindeutige Antwort gibt (keine Möglichkeit der Verfahrenseinstellung gegen Auflagen, keine expliziten Regelungen zu Verfahrensrechten des Verbandes, Ermittlungsmaßnahmen gegen den Verband, Compliance und internen Untersuchungen, keine Möglichkeit der Verhängung einer „Gesamtgeldbuße“).<sup>4</sup>

Der Koalitionsvertrag der 19. Legislaturperiode sieht deshalb eine Neuregelung des Sanktionsrechts für Unternehmen vor; auch sollen die in den vergangenen zehn Jahren in annähernd jedem großen Wirtschaftsstrafverfahren durch die betroffenen Verbände initiierten unternehmensinternen Untersuchungen, die bislang einen Fremdkörper im deutschen Strafprozessrecht darstellen,<sup>5</sup> eine Normierung erfahren.

Das Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz ist diesem Auftrag durch Vorlage des „Referentenentwurfs eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft“ nachgekommen.

### II. Inhalt des Referentenentwurfs

Der Referentenentwurf sieht die Einführung eines neuen Stammgesetzes (Gesetz zur Sanktionierung von verbandsbezogenen Straftaten, kurz: Verbandssanktionengesetz – VerSanG) und die Änderung verschiedener anderer Gesetze vor. Besonderer Erwähnung bedürfen dabei die Änderungen der §§ 97, 160a StPO.<sup>6</sup>

#### 1. Anwendungsbereich des Verbandssanktionengesetz/Legalitätsprinzip

Das Verbandssanktionengesetz regelt die Sanktionierung von juristischen Personen und Personenvereinigungen wegen sogenannter Verbandstaten. Erfasst werden dabei lediglich Verbände, deren Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist (§ 1 VerSanG). Für sogenannte Realverbände findet weiterhin § 30 OWiG Anwendung; gleiches gilt, wenn keine Verbandstat – mithin eine Straftat, durch die die Pflichten, die den Verband treffen, verletzt worden sind oder durch die der Verband bereichert worden ist oder werden sollte (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 VerSanG) – sondern eine Ordnungswidrigkeit inmitten steht.<sup>7</sup>

\* Die Verfasserin ist Richterin am BGH in Karlsruhe. Die nachfolgenden Ausführungen geben die persönliche Meinung der Verfasserin wieder und sind nicht als dienstliche Stellungnahme zu werten.

<sup>1</sup> Abrufbar unter: [https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/04/RefE\\_Staerkung\\_Integritaet\\_Wirtschaft.pdf](https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/04/RefE_Staerkung_Integritaet_Wirtschaft.pdf) (zuletzt abgerufen am 8.5.2020)

<sup>2</sup> Referentenentwurf a.a.O., S. 50.

<sup>3</sup> Hensseler/Hoven/Kubiciel/Weigend, Kölner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes, NZWiSt 2018, 1 (5, 6).

<sup>4</sup> Kubiciel, Mögliche Nachbesserungen im Rechtsfolgensystem des VerSanG, jurisPR-StrafR 21/2019 Anm. 1; Wimmer, NZWiSt 2017, 252 ff.

<sup>5</sup> Wimmer, Strafverteidiger 2019, 704.

<sup>6</sup> Referentenentwurf a.a.O., S. 1, 56 ff.

<sup>7</sup> Referentenentwurf a.a.O., S. 71.



Die Sanktionierung der vom Anwendungsbereich des Verbandssanktionengesetz erfassten Verbände soll dem Legalitätsprinzip unterworfen werden.<sup>8</sup> Damit wird explizit kein „Verbandsstrafrecht“ geschaffen, sondern entsprechend dem österreichischen Vorbild und dem Vorschlag der Forschungsgruppe Verbandsstrafrecht der Universität zu Köln<sup>9</sup> ein Verbandssanktionenrecht.

Nach der Entwurfsbegründung werden nur Wirtschaftsverbände dem Anwendungsbereich des Verbandssanktionengesetz unterstellt, weil bei diesen mit Blick auf eine gewinnorientierte Marktteilnahme höhere Risiken der Begehung von Verbandstaten durch Leitungspersonen bestehen sollen als bei Realverbänden. Zudem bedürfe es dort ergänzender Regelungen, die den Gegebenheiten wirtschaftlicher Betätigung Rechnung tragen, wie z.B. der Berücksichtigung von Compliance-Maßnahmen und der Schaffung von Regelungen zu verbandsinternen Untersuchungen.<sup>10</sup> Nachdem das Verbandssanktionenrecht – wie noch näher auszuführen sein wird – gegenüber dem Ordnungswidrigkeitenrecht klarere – und damit den Verband im Ergebnis schützende – Verfahrensregelungen wie auch die Möglichkeit der Verfahrenseinstellung unter Auflagen und Weisungen vorsieht, erscheint es indes erwägenswert, auch Verbände, deren Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, dem neuen Recht zu unterstellen. Um Verfolgungsbehörden insoweit nicht bei kleinsten Verfehlungen zum Einschreiten zu zwingen, könnte ggf. insoweit vom Legalitätsprinzip abgewichen werden.

## 2. Sanktionen/Sanktionsrahmen

Gegen einen Verband im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG wird eine Verbandssanktion verhängt, wenn jemand als Leitungsperson eine Verbandstat begangen hat (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG) oder sonst eine Person in Wahrnehmung der Angelegenheiten des Verbandes eine Verbandstat begangen hat, wenn Leitungspersonen des Verbandes die Straftat durch angemessene Vorkehrungen zur Vermeidung von Verbandstaten wie insbesondere Organisation, Auswahl, Anleitung und Aufsicht hätten verhindern oder wesentlich erschweren können (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG).

Als Sanktionen sieht das Gesetz die Verhängung einer Verbandsgeldsanktion (§ 8 Nr. 1 VerSanG) und die Verwarnung mit Verbandsgeldsanktionsvorbehalt (§§ 8 Nr. 2, 10 VerSanG) vor. Die Höhe der Verbandsgeldsanktion bemisst sich bei Verbänden mit einem durchschnittlichen Jahresumsatz von weniger als 10 Millionen Euro nach bestimmten Strafrahmen (bis zu 10 Millionen Euro bei Vorsatzstaten – § 8 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG, bis zu fünf Millionen Euro bei Fahrlässigkeitstaten – § 8 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG), bei Verbänden mit einem höheren durchschnittlichen Jahresumsatz im Höchstmaß prozentual nach diesem (bis zu 10% des durchschnittlichen Jahresumsatzes bei Vorsatzstaten – § 8 Abs. 2 Nr. 1 VerSanG, bis

zu 5% bei Fahrlässigkeitstaten – § 8 Abs. 2 Nr. 2 VerSanG).

Der Vorbehalt der Verbandsgeldsanktion kann sich auf die gesamte zu verhängende Sanktion (§ 10 VerSanG) oder einem Anteil von bis zu 50% (§ 11 VerSanG) beziehen. Er kann mit Auflagen (§ 12 VerSanG) oder Weisungen (§ 13 VerSanG) verbunden werden (§§ 10 Abs. 4, 11 Abs. 2 S. 2 VerSanG).

Als zulässige Auflagen können Schadenswiedergutmachung und die Zahlung eines Geldbetrages zugunsten der Staatskasse erteilt werden (§ 12 Abs. 2 VerSanG).

### a) § 13 Abs. 2 VerSanG als „verkapptes“ Monitoring?

Nach § 13 Abs. 2 VerSanG kann das Gericht den Verband namentlich anweisen, bestimmte Vorkehrungen zur Vermeidung von Verbandstaten zu treffen und diese Vorkehrungen durch Bescheinigung einer sachkundigen Stelle nachzuweisen. Die Auswahl der sachkundigen Stelle, die der Verband getroffen hat, bedarf dabei der Zustimmung durch das Gericht. An dieser Stelle setzt der Gesetzentwurf – wie auch an zahlreichen anderen Stellen – die Intention des Koalitionsvertrages um, Compliance Maßnahmen im Unternehmen künftig größeres Gewicht beizumessen und einen Anreiz zur Selbstreinigungsprozessen zu schaffen. Anders als zum Beispiel das US-amerikanische Recht sieht der Gesetzentwurf kein sogenanntes Monitoring vor. § 13 Abs. 2 VerSanG könnte jedoch als „verkapptes“ Monitoring ausgelegt werden.<sup>11</sup> Denn nach der Gesetzesbegründung kann das Gericht nach freiem Ermessen bestimmen, wie häufig und gegebenenfalls in welchen Abständen solche Bescheinigungen vorzulegen sind.<sup>12</sup> Die Weisung darf dabei lediglich nicht unzumutbar in den Betrieb oder das Unternehmen des Verbandes eingreifen (§ 13 Abs. 3 VerSanG). Die praktische Anwendung der Norm dürfte vor allem hinsichtlich der Auswahl der „sachkundigen Stelle“ nicht unproblematisch sein. Nach der Gesetzesbegründung können hierfür zum Beispiel Wirtschaftsprüfer, Rechtsanwälte sowie Unternehmensberatungen herangezogen werden.<sup>13</sup> Nähere Kriterien, nach denen sich die Auswahl zu richten hat bzw. welche Mindestqualifikationen zu fordern sind, werden nicht genannt. Ähnliches gilt für die Vergütungsfrage. Insoweit ist der Gesetzesbegründung lediglich zu entnehmen, dass die Kosten der Verband trägt.<sup>14</sup> Bei der Beauftragung der sachkundigen Stelle dürfte es sich zwar um einen zivilrechtlichen Vertrag zwischen dem Verband und dem Beauftragten handeln, in dem – ungeachtet der Berücksichtigung ggf. geltender Gebührenordnungen – das Preisgefüge frei vereinbart werden kann. Nicht zuletzt um eine Gleichbehandlung aller Verbände unabhängig von ihrer Wirtschaftskraft sicherzustellen, könnte jedoch die Einführung bestimmter (Höchst-) Sätze erwogen werden.

<sup>8</sup> Referentenentwurf a.a.O., S. 55.

<sup>9</sup> Hensseler/Hoven/Kubiciel/Weigend, Kölner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes, NZWiSt 2018, 1 ff.

<sup>10</sup> Referentenentwurf a.a.O., S. 72.

<sup>11</sup> Vgl. Rübenstahl, ZHW 2019, 233 (242).

<sup>12</sup> Referentenentwurf a.a.O., S. 89.

<sup>13</sup> Referentenentwurf a.a.O., S. 89.

<sup>14</sup> Referentenentwurf a.a.O., S. 90.

*b) Öffentliche Bekanntmachung der Verurteilung erforderlich?*

Nach § 14 VerSanG kann neben der Verhängung einer Verbandssanktion zur Information der durch die Verbandstat Geschädigten die öffentliche Bekanntmachung der Verurteilung angeordnet werden. Nach der Gesetzesbegründung muss sich die Ermessensausübung des Gerichts am Zweck der Vorschrift, d.h. der Information der durch die Verbandstat Geschädigten, orientieren. So ist in der Begründung des Entwurfes ausgeführt, dass eine Veröffentlichung in aller Regel dann nicht mehr erforderlich sein dürfte, wenn das Verfahren bereits Gegenstand umfangreicher Berichterstattung in den Medien war.<sup>15</sup> Gerade vor diesem Hintergrund dürfte die Regelung indes entbehrlich sein. Die Veröffentlichung der Verhängung einer Sanktion stellt einen gewichtigen Eingriff in die Rechte des Verbands dar, dem das verständliche Informationsinteresse der Geschädigten gegenübersteht. Diesem Informationsinteresse wird jedoch in der Regel durch eine entsprechende Medienberichterstattung, die in Wirtschaftsstrafverfahren üblich und meist sehr umfassend ist, hinreichend genüge getan.<sup>16</sup> Im Übrigen stellen die allgemein geltende Verpflichtung der Gerichte, ihre Entscheidungen in angemessenem Umfang zu publizieren,<sup>17</sup> sowie die Möglichkeit der Akteneinsicht nach § 475 StPO i.V.m. § 24 Abs. 1 VerSanG die Information der Geschädigten ausreichend sicher. In der Praxis dürfte die Anwendung des § 14 VerSanG und der damit erforderliche Begründungsaufwand zu nicht unerheblichen Verzögerungen führen.

*3. Verfahrenseinstellungen nach dem Opportunitätsprinzip – Internal Investigations*

Das Verbandssanktionengesetz sieht differenzierte Möglichkeiten staatsanwaltschaftlicher bzw. gerichtlicher Verfahrenseinstellungen nach dem Opportunitätsprinzip vor. Die Bestimmungen (§§ 35 ff. VerSanG) sind den entsprechenden Normen der StPO nachgebildet. Anders als nach dem im Ordnungswidrigkeitenrecht geltenden „Alles- oder-nichts-Prinzip“, die Verfehlung mit einer Geldbuße zu ahnden oder sanktionslos einzustellen, kann im Verbandssanktionenverfahren ein Absehen von der Verfolgung unter Auflagen und Weisungen erfolgen (§ 36 VerSanG), was der Strafjustiz erheblich mehr Flexibilität verschafft, auf Fehlverhalten angemessen zu reagieren.

Die Intention, Anreize zur Selbstreinigung der Unternehmen zu schaffen, findet auch in den detaillierten Regelungen zur Bemessung der Verbandsgeldsanktion (§ 15 VerSanG) Niederschlag. So sind Compliance-Maßnahmen nicht nur als Zumessungsgesichtspunkt explizit genannt (§ 15 Abs. 3 Nr. 7 VerSanG), vielmehr *soll* die Verbandsgeldsanktion bei Durchführung unternehmensinterner Untersuchungen und umfassender Kooperation des

Verbandes gemildert werden (§ 17 VerSanG). Der Gesetzentwurf knüpft die Strafmilderung dabei an bestimmte, in § 17 VerSanG näher geregelte Voraussetzungen, denen die interne Untersuchung genügen muss.

Unter anderem darf ein mit internal investigations beauftragter Dritter nicht zugleich Verteidiger des Verbandes sein (§ 17 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG). Denn die Verbindung von verbandsinternen Untersuchungen und Unternehmensverteidigung schwäche die Glaubwürdigkeit der Ergebnisse der internen Untersuchungen und führe zu Konflikten mit dem Strafverteidigermandat. Die funktionale Trennung sichere hingegen dem jeweiligen Untersuchungsführer eine größere Eigenständigkeit gegenüber der Unternehmensverteidigung.<sup>18</sup> Nicht ausgeschlossen ist es nach der Gesetzesbegründung jedoch, eine Person als Verteidiger des Verbandes zu beauftragen, die der Kanzlei angehört, welche die verbandsinterne Untersuchung durchgeführt hat, sofern die Person nicht selbst an den internal investigations mitgewirkt hat.<sup>19</sup> Die Trennung zwischen interner Untersuchung und Verteidigung erscheint vor dem Hintergrund der Sicherung größtmöglicher Unabhängigkeit sinnvoll und wichtig, wenngleich die Einschränkung in der Gesetzesbegründung dahingehend, dass Verteidigung und interne Untersuchung in derselben Kanzlei beauftragt werden können, nicht unproblematisch ist. Gerade mit Blick auf die Frage der Beschlagnahmefähigkeit bestimmter Unterlagen (§ 97 StPO und § 24 VerSanG, siehe unten), dürfte dies in der praktischen Durchführung Probleme bergen. Innerhalb der Kanzlei müsste quasi eine „chinesische Mauer“ gezogen werden.<sup>20</sup> Zwar kann das Trennungsprinzip durch Doppelarbeit zu hohen Kosten und damit ggf. zu einer Bevorzugung größerer, finanzstärkerer Verbände führen, jedoch dürfte hier das Interesse an einer bestmöglichen internen Aufklärung als Bestandteil eines ernsthaften Selbstreinigungsprozesses des Unternehmens überwiegen.

*4. Verfahrensrechte und Vertretung des Verbandes*

Das geplante Verbandssanktionengesetz räumt dem Verband die Rechte eines Beschuldigten ein (§ 27 VerSanG – im Ordnungswidrigkeitenrecht ist dies zumindest umstritten<sup>21</sup>). Es regelt die Vertretung des Verbandes (§ 28 VerSanG) und die Bestellung eines besonderen Vertreters, sollte der Verband keinen gesetzlichen Vertreter haben oder sämtliche dieser von der Vertretung des Verbandes ausgeschlossen sein, weil sie einer Verbandstat beschuldigt werden (§§ 28 Abs. 2, 29 VerSanG). Auch in diesen Punkten greift der Gesetzentwurf Unzulänglichkeiten des geltenden Rechts auf und führt diese praktikablen Lösungen zu.

<sup>15</sup> Referentenentwurf a.a.O., S. 90.

<sup>16</sup> Vgl. auch *Rübenstahl*, ZHW 2019, 233 (243).

<sup>17</sup> Vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 15.9.2015 – 1 BvR 857/15, juris Rn. 16; *BVerwG*, Urt. v. 26.2.1997 – 6 C 3/96, NJW 1997, 2694 Rn. 22 ff.

<sup>18</sup> Referentenentwurf a.a.O., S. 99.

<sup>19</sup> Referentenentwurf a.a.O., S. 99.

<sup>20</sup> *Schmitz*, WiJ 2019, 154 (158).

<sup>21</sup> Vgl. zum Meinungsstand *Gronke*, Verfahrensfairness in transnationalen unternehmensinternen Ermittlungen, 2019, S. 402, 403.

### 5. Beschlagnahme/Durchsuchung – Änderung der StPO

Der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft widmet sich mit einer Änderung der StPO auch der Problematik der Beschlagnahme von Produkten aus internal Investigations sowie der Durchsuchung bei Berufsgeheimnisträgern zur Auffindung dieser Unterlagen. Die Zulässigkeit der genannten Ermittlungsmaßnahmen ist de lege lata in Rechtsprechung und Literatur sehr umstritten.<sup>22</sup> Die diesbezüglichen Entscheidungen des *BVerfG* im Zusammenhang mit dem sogenannten „Dieselgate“<sup>23</sup> brachten keine endgültige Klärung, da das *BVerfG* die Rechtsauslegung durch das *LG München I* lediglich auf seine verfassungsrechtliche Vertretbarkeit überprüft hat und zu dem Ergebnis gekommen ist, diese sei im konkreten Fall nicht verfassungswidrig. Das *LG München I* war davon ausgegangen, dass auch die Produkte aus den internen Untersuchungen (mithin zum Beispiel Interviewprotokolle, Abschlussberichte) der Beschlagnahme unterliegen und zur Durchführung der Beschlagnahme die Durchsuchung der Räumlichkeiten der beauftragten Rechtsanwaltskanzlei zulässig sei. Mit Blick auf den Wortlaut der geltenden Fassung des § 160a StPO, die Gesetzessystematik und die Intention des Gesetzgebers überzeugt letzteres aus einfachrechtlicher Sicht nicht. Hinsichtlich der Frage der Beschlagnahmefähigkeit der Unterlagen ist zu differenzieren, ob es sich dabei um Verteidigungsunterlagen oder zu einem anderen Zweck erstellte Papiere handelt.<sup>24</sup>

Mit der geplanten Änderung der §§ 97, 160a StPO, welche über § 24 VerSanG in Verfahren nach dem Verbandssanktionengesetz Anwendung finden, greift der Gesetzgeber diese Aspekte auf und führt sie einer klaren Regelung zu. In § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO-E wird – mit der bislang herrschenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung<sup>25</sup> – bestimmt, dass lediglich Gegenstände, die dem Vertrauensverhältnis des Beschuldigten zu den in § 53 Abs. 1 Nr. 1 bis 3b StPO Genannten zuzurechnen sind, einem Beschlagnahmeverbot unterliegen, mithin ein besonderer Beschlagnahmeschutz nur in den Fällen besteht, in denen es gilt ein Vertrauensverhältnis zwischen *Beschuldigtem* und Zeugnisverweigerungsberechtigten zu schützen. Dieser Regelung folgend unterliegen Produkte aus unternehmensinternen Untersuchungen nur dann einem Beschlagnahmeverbot, wenn es sich dabei um Verteidigungsunterlagen handelt. Nach der Gesetzesbegründung fällt eine Sachverhaltsaufklärung schon dann nicht unter den Schutzbereich der Norm, wenn sie vor Vorliegen einer Beschuldigtenstellung stattfindet.<sup>26</sup> Unklar bleibt indes, auf welche Gesichtspunkte dabei hinsichtlich der Beschuldigtenstellung abzustellen ist,<sup>27</sup> zumal sich aus dem

Gesetzeswortlaut selbst diese zeitliche Differenzierung nicht ohne weiteres ergibt.<sup>28</sup> Aufzeichnungen und Gegenstände, zu deren Aufbewahrung ein redlicher Kaufmann oder ein Gewerbebetrieb im Rahmen der Überwachung seines Geschäftsbetriebs gesetzlich verpflichtet ist, sollen indes in jedem Fall der Beschlagnahme unterliegen, mithin auch dann, wenn sie sich im Gewahrsam des Verteidigers befinden (§ 97 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StPO-E). Auch hier führt der Gesetzgeber die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze<sup>29</sup> einer expliziten Regelung zu. Für die internen Untersuchungen bedeutet dies, dass Geschäftsunterlagen, die dem Untersuchungsführer zur Durchführung derselben übergeben worden sind, stets – mithin auch im Verteidigungsfall – der Beschlagnahme unterliegen. Nach der Gesetzesbegründung soll so einem etwaigen Ansinnen der Unternehmen entgegengewirkt werden, „toxische“ Geschäftsunterlagen in den Machtbereich eines Berufsgeheimnisträgers als sog. „Safehouse“ schaffen.<sup>30</sup> Die geplante Neufassung des § 160a StPO hat zur Folge, dass Durchsuchungen zur Auffindung vorgenannter beschlagnahmefreier Gegenstände auch bei Berufsgeheimnisträgern zulässig sein sollen.<sup>31</sup> Ob der Gesetzgeber insoweit die de lege lata zulässigen Ermittlungsmöglichkeiten erweitern oder lediglich klarstellend tätig wird, ist der Gesetzesbegründung nicht explizit zu entnehmen. Aus praktischer Sicht erscheint die ausdrückliche Regelung der Beschlagnahmefreiheit der genannten Geschäftsunterlagen begrüßenswert. Denn dem staatlichen Strafanspruch könnte kaum Genüge getan werden, sollten diese den Ermittlungsbehörden dauerhaft entzogen werden können. Auf die Ergebnisse privater Aufklärung ist die Strafjustiz, die sich grundsätzlich selbst ein Bild über die verfahrensgegenständlichen Sachverhalte machen muss, nicht zwingend angewiesen.<sup>32</sup> Hinsichtlich der nach der Neuregelung zulässigen Durchsuchungen wird in der praktischen Umsetzung auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ein besonderes Augenmerk zu legen sein.

### III. Fazit

Eine nachhaltige Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität erfordert neben der Verfolgung der handelnden Personen auch die hiervon profitierenden Unternehmen strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen. Die Strafjustiz muss dabei auf einen praktikablen Rechtsrahmen zurückgreifen können, der sämtlichen Verfahrensbeteiligten in möglichst hohem Maße Rechtssicherheit bietet. Dem wird die bisherige Rechtslage insbesondere mit Blick auf die nur rudimentären Verfahrensregelungen bei der Sanktionierung von Verbänden und dem geltenden Opportunitätsprinzip nicht hinreichend gerecht. Der Referentenentwurf

<sup>22</sup> Vgl. nur *LG Hamburg*, StV 2011, 148; *LG Bonn*, NJW-Spezial 2012, 602; *LG Gießen*, wistra 2012, 409; *LG Mannheim*, StV 2013, 69; *LG Braunschweig*, NZWiSt 2016, 37; vgl. auch *Pelz*, CCZ 2018, 211; *Erb*, in: LR-StPO, 27. Aufl. (2018), § 160a Rn. 62 f.; *Schuster*, Anm. zu *LG Mannheim* – 24 Qs 1/12; 24 Qs 2/12, NZWiSt 2012, 431; *Knauer*, Anm. zu *BVerfG* – 2 BvR 1405/17, 2 BvR 1780/17, NSZ 2019, 164 ff.

<sup>23</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 27.6.2018 – 2 BvR 1405/17, 2 BvR 1780/17, NJW 2018, 2385 ff. und 2 BvR 1562/17, 2 BvR 1287/17, 2 BvR 1583/17, NJW 2018, 2392.

<sup>24</sup> Ausführlich: *Wimmer*, in: NK-Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2016, § 152 Rn. 14 ff.

<sup>25</sup> Vgl. *Meyer-Göfner/Schmitt*, StPO, 63. Aufl. (2020), § 97 Rn. 10a; *Menges*, in: LR-StPO, 27. Aufl. (2018), § 97 Rn. 75.

<sup>26</sup> Referentenentwurf a.a.O., S. 138.

<sup>27</sup> Vgl. *Wimmer*, in: NK-Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 152 Rn. 14 ff.

<sup>28</sup> Vgl. *Brouwer*, Die Aktiengesellschaft 2019, 920 (923).

<sup>29</sup> *BGH*, Beschl. v. 8.8.2018 – 2 ARs 121/18, NJW 2018, 3261 Rn. 15.

<sup>30</sup> Referentenentwurf a.a.O., S. 138.

<sup>31</sup> Referentenentwurf a.a.O., S. 138.

<sup>32</sup> Vgl. ausführlicher: *Wimmer*, Strafverteidiger 2019, 704 (705).

eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft greift eine Vielzahl der bestehenden Regelungslücken auf und gibt der Rechtspraxis ein „griffigeres“ Instrumentarium zur Sanktionierung von Verbänden als das geltende Recht in die Hand. Eine Konkretisierung an einigen Stellen wäre – wie aufgezeigt – wünschenswert. Auch

könnte erwogen werden, den Anwendungsbereich des Verbandssanktionengesetzes auf Realverbände (ggf. insoweit unter Geltung des Opportunitätsprinzips) auszudehnen und Mindestanforderungen an Compliance-Systeme zu normieren. Die Möglichkeit der öffentlichen Bekanntmachung einer Verurteilung erscheint indes entbehrlich.



# Big Data-Based Predictive Policing and the Changing Nature of Criminal Justice

## – Consequences of the extended Use of Big Data, Algorithms and AI in the Area of Criminal Law Enforcement –

von Prof. Dr. Carsten Momsen and  
Cäcilia Rennert, Attorney at Law\*

### Abstract

This text<sup>1</sup> contains considerations on the appearance and effects of the use of mass collected and networked data ("Big Data"), their processing for the purpose of analysis, decision preparation and partly already decision substitution by algorithm-based tools ("Algorithms") up to manifestations of artificial intelligence ("AI") in the field of police, security and criminal justice. The result of our considerations is not that the use of new technologies would have to be abandoned, which is not only unrealistic. They can also make the prevention of danger and the detection of crimes more effective.

However, new technologies harbor specific risks. These risks can be identified by the key words lack of understanding of the processes, lack of transparency, lack of individual fairness, promotion and reinforcement of existing inequality, lack of valuation and trust-based decisions, and a variety of individual and structural biases by the people involved in the design, process and evaluation of data processing. In the field of security and criminal justice, they can lead to serious misinterpretations and misjudgments, such as the surveillance and prosecution of innocent people or the violation of elementary principles, e.g. the presumption of innocence.

In addition, there is a tendency to mix up the tasks of the police - which are historically and constitutionally separate, at least in Germany: preventing danger and prosecution of crimes. If the same tools and data are used in both areas, then only potentially dangerous persons and groups will automatically become suspects when corresponding crimes are committed. The overlaps are evident in the area of "Predictive Policing", which we analyze in more detail. This has an impact on central elements of criminal proceedings, which – one might call it that – are becoming "policed". This applies to the concept and function of suspicion as well as to the concept, function and legal status of the accused, for example. These changes may have a direct impact on the

structure of criminal proceedings. On the one hand, it may lead to a more adversarial structure, because the individual himself must ensure that his rights are respected, and on the other hand – and this seems even more important – it strengthens an authoritarian structure in criminal proceedings, at least in the area of preliminary proceedings, which are becoming more important compared to the main proceedings. These issues are addressed in the present text. In the context of our research we continue the considerations about the specific consequences of the use of AI and algorithm-based evaluation and prognosis systems. Finally, we will try to develop a framework of human rights as safeguards against a security policy which otherwise might not only undermine privacy.

### I. Introduction

Given, the algorithm comes to the conclusion that five persons match all the characteristics that make up the perpetrator type of a certain offence in a certain committing modality in a certain district at a certain time with a certain victim category – just as the algorithm is fed with the learning data.<sup>2</sup> Is everybody of that group now becoming a person who has the right to remain silent? Is a criminal investigation against "unknown", which uses data pools created as part of the threat analysis to substantiate potential suspects, "Predictive Policing", i.e. danger prevention or criminal prosecution? Does everyone to whom a certain combination of characteristics applies after algorithmic evaluation become an accused? Is the evaluation of DNA traces in the context of "Forensic DNA Phenotyping" a search for risk factors or potential perpetrators or even suspects? Where does criminal prosecution begin with the analysis of mass stored data, where does preventing danger and policing end? How high are the risks of discrimination as long the learning data and modes of operation of the algorithm are not transparent and comprehensible for legal decision makers? Does the system produce its own perpetrators according to - possibly politically – predeter-

\* Prof. Dr. Carsten Momsen heads the Department of Comparative Criminal Law and Procedural Law at Free University Berlin, Faculty of Law and visiting professor at The Center for International Human Rights (CIHR) at John Jay College of Criminal Justice, CUNY – as well he works as a criminal defense attorney. Cäcilia Rennert is Assistant Prof. at the Berlin School of Economics and Law, adjunct at the Free University Berlin, Faculty of Law and a criminal defense lawyer and member of the Board of the Berlin Association of Defense Lawyers.

<sup>1</sup> The text is a first paper from an ongoing research project at Freie Universität Berlin Faculty of Law and the Center for International Human Rights, John Jay College of Criminal Justice (CUNY). Changes in some aspects may occur in the course of further analyses within the project.

<sup>2</sup> Flynn Coleman, A Human Algorithm, 2019 (Berkeley) p. XIX, Nick Bostrom, Are you living in a computer simulation? Philosophical Quarterly (2003) Vol. 53, No. 211, pp. 243-255, <https://www.simulation-argument.com/simulation.pdf>.

minated criteria? Moreover, if we lose the clear benchmarks and definitions of the subject matter of the procedure and the roles of the parties involved, it will become increasingly difficult to safeguard the rights of those concerned. For if it is not clear whether we are in the process of predicting and preventing looming danger or whether we are prosecuting specific crimes that already have been committed, we do not know for whom and at what time which procedural rights can be claimed. These procedural rights are human rights, civil rights and liberties. Whenever a citizen is subjected to a police or prosecution measure, his rights are infringed; the most profound intrusion is when he is deprived of his freedom. Theoretically aside the right to freedom, such fundamental rights as the right to food, the right to health, the right to vote, right to be a person under law, the right to access to social media, freedom of expression and not at least the right to personality might be touched – maybe not as a legal guarantee but in the scope for actual exercise and shaping of. It must be borne in mind that interference with these and other fundamental rights is permissible to varying degrees and under different conditions, depending on whether the authorities intervene to prevent danger or to investigate criminal offenses.

The aim of the study is an overarching analysis of possible changes in the relationship between criminal procedural law or criminal prosecution and the public law of danger prevention. The discussion on the so-called "security law" shows that, at least in the field of counterterrorism, the clear separation of security, prevention of crime, precautionary measures and prosecution is eroding.

## II. Should there be a Differentiation between Policing and Prosecuting?

In the US and as well in Germany today, in the wake of terrorist or suspected terrorist attacks, police powers have been greatly expanded and the line between security and law enforcement has been blurred, as reflected in the draft new police laws. In some cases, these drafts seek to bring the two areas of law closer together. As well the same measures and tools might become part of police law and criminal procedural law in parallel (e.g. DNA analysis).

### 1. Protecting Civil Rights and Human Rights

Specific dangers arise in the area of overlap between "Predictive Policing" and criminal investigation, because pre-assumptions can cloud the unbiased view of actually available evidence against individuals and make their evaluation become more flawed.

The risks are significantly increased if data collected on a massive scale are used multifunctionally as evidence with the claim to objectivity. And once again, if the original data was collected in a different context with a different purpose, for example in health care or social and labor administration. The longer the chain of use becomes, the more likely it is that the criteria for collection, selection or

use will per se be based on erroneous assumptions or on assumptions that are incorrect in the originally unintended context of use. Besides the present danger of discrimination against marginal or minority groups, including economically disadvantaged people, specific risks for civil rights arise in the respective context of use, for example in criminal proceedings.<sup>3</sup> An investigation of possible risks to the rights of affected citizens as well as the potential for efficiency gains therefore seems necessary.

### 2. Biases, Manipulations and Discrimination

Obviously, the problem is more severe when Big Data and AI enter the playfield. This is due to the fact that the same data, databases and processing tools can be used to describe a danger as well as attribute a crime to a citizen, as will be shown in the following. If the same algorithms are used with the same learning data and enriched with other external data, it is not only predictable that the results will be the same. Reinforcement effects, structural loss of rights and discrimination can be the result. However, these effects could be much less serious if one is aware of the inherent risks and weaknesses. Thus, an analysis of modern methods of criminal investigation will be carried out on the following pages compared to those tools already used for "Predictive Policing". The idea is to figure out risks that arise new or increase as a result of using these methods. As will be shown, the greatest risks do not arise from the new technology itself, but from the fact that people who develop and use these tools consciously or unconsciously take over already existing misconceptions into the data analysis. Under these conditions, an algorithm-based analysis of large amounts of data can significantly aggravate already existing biases, such as discriminatory views on certain population groups or persons – without the users in the police and judiciary having to be aware of this.

How does the manipulative and discriminatory use of data occur? Sometimes, but not regularly, it is due to inner attitudes of the programmers or users of Big Data analysis systems. This could lead to the deliberate use of discriminatory criteria, even when designing an algorithm. Users could interpret data according to their biased assumptions. But it is much more likely that the algorithm will tend to confirm tendencies and use more and more data that fit the tendency to sift out the others as irrelevant. In this case, an assumption that is true or at least justifiable in another context can become erroneous due to the migration to another context.

#### a) The "PredPol"-Tool

This mechanism has been excellently described by Cathy O'Neil. She extensively studied the predictive policing tool "PredPol".<sup>4</sup> She isn't all in all negative to predictive crime models like "PredPol". Compared to the crime-stoppers in Steven Spielberg's dystopian movie *Minority Report*, the cops do not track down people before they commit crimes. The intent of "PredPol" is to predict

<sup>3</sup> We will discuss the groundbreaking work of Virginia Eubanks, *Automating Inequality*, 2018, in more detail later.

<sup>4</sup> Cathy O'Neil, *Weapons of Math Destruction – How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*, 2018 pp. 84-122.

where and when crimes are likely to be committed. However, if as *Jeffrey Brantingham*, the UCLA anthropology professor who founded “PredPol” argues the model is blind to race and ethnicity gets under scrutiny. True is, that unlike other programs, including the recidivism risk models, which are used for sentencing guidelines, “PredPol” does not focus on the individual. It targets geography. The key inputs are the type and location of each crime and when it occurred. That seems fair enough. And the idea is, if cops spend more time in the high-risk zones, foiling burglars and car thieves, there’s good reason to believe that the community benefits.

First problem: Most crimes are not as serious as burglary and grand theft auto, and that is where serious problems emerge. When police set up their “PredPol” system, they have a choice. They can focus exclusively on so-called Part One crimes. These are the violent crimes, including homicide, arson, and assault, which are usually reported to them. But they can also broaden the focus by including so-called Part Two crimes, including vagrancy, aggressive panhandling, and selling and consuming small quantities of drugs. Many of these “nuisance” crimes, as *O’Neil* describes them, would go unrecorded if a cop were not there to see them. This of course leads to the fact that neither an individual has a previous entry in his records nor that the area is marked as unsafe.

*O’Neil* further argues, these nuisance crimes being endemic to many impoverished neighborhoods. In some places police call them antisocial behavior, or ASB. Unfortunately, including them in the model threatens to skew the analysis. Once the nuisance data flows into a predictive model, more police are drawn into those neighborhoods, where they are more likely to arrest more people. After all, even if their objective is to stop burglaries, murders, and rape, they are bound to have slow periods. It is the nature of patrolling. And if a patrolling cop sees a couple of kids who look no older than sixteen guzzling from a bottle in a brown bag, he stops them. These types of low-level crimes populate their models with more and more dots, and the models send the cops back to the same neighborhood.<sup>5</sup> This creates a pernicious feedback loop. The policing itself spawns new data, which justifies more policing. And our prisons fill up with hundreds of thousands of people found guilty of victimless crimes. Most of them come from impoverished neighborhoods, and most are black or Hispanic. So even if a model is color blind, the result of it is anything but. In our largely segregated cities, geography is a highly effective proxy for race.<sup>6</sup>

## b) Indirect Effects

It is crucial to recognize that discrimination or racism need not necessarily to be the result of an appropriate selection of data or criteria. It is much more likely that apparently objective criteria, such as income or education, apply primarily to indirectly certain groups or ethnic groups, with the consequence that in the perception of human users the algorithm, as a result of its analysis, classifies the groups in question as directly exposed to a high level of crime or as being at risk. This erroneous perception could, for example, result in a tendency to regard group members as (probable) suspects against whom investigative measures can be taken, even if the evidence is otherwise insufficient.<sup>7</sup>

*O’Neil* further examines, if the purpose of the models is to prevent serious crimes, why nuisance crimes are tracked at all. Her answer is that the link between antisocial behavior and crime has been an article of faith since 1982, when a criminologist named *George Kelling* teamed up with a public policy expert, *James Q. Wilson*, to write an essential article in the *Atlantic Monthly* on so-called “broken-windows policing”.<sup>8</sup> The idea was that low-level crimes and misdemeanors created an atmosphere of disorder in a neighborhood. This scared law-abiding citizens away. The dark and empty streets they left behind were breeding grounds for serious crime. The antidote was for society to resist the spread of disorder. This included fixing broken windows, cleaning up graffiti-covered subway cars, and taking steps to discourage nuisance crimes. This thinking led in the 1990s to zero-tolerance campaigns, most famously in New York City – leading to the meanwhile (formally) abandoned “stop-and-frisk tactics. Cops would arrest kids for jumping the subway turnstiles. They were supposed to apprehend people caught sharing a single joint and rumble them around the city in a paddy wagon for hours before eventually booking them. Some credited these energetic campaigns for dramatic falls in violent crimes. Others disagreed. The authors of the best-selling book “*Freakonomics*” went so far as to correlate the drop-in crime to the legalization of abortion in the 1970s. And plenty of other theories also surfaced, ranging from the falling rates of crack cocaine addiction to the booming 1990s economy. In any case, the zero-tolerance movement gained broad support, and the criminal justice system sent millions of mostly young minority men to prison, many of them for minor offenses.”<sup>9</sup>

But zero tolerance actually had very little to do with *Kelling* and *Wilson*’s “broken-windows” thesis.<sup>10</sup> Their case study focused on what appeared to be a successful policing initiative in Newark, New Jersey. “Cops who walked

<sup>5</sup> *Cathy O’Neil*, *Weapons of Math Destruction – How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*, 2018 pp. 84-122.

<sup>6</sup> *Cathy O’Neil*, *Weapons of Math Destruction – How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*, 2018 pp. 84-122.

<sup>7</sup> *Cathy O’Neil*, *Weapons of Math Destruction – How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*, 2018 pp. 84-122.

<sup>8</sup> *George Kelling and James Wilson*, “Broken Windows: The Police and Neighborhood Safety”, *Atlantic Monthly*, March 1982, [www.theatlantic.com/magazine/archive/1982/03/broken-windows/304465/](http://www.theatlantic.com/magazine/archive/1982/03/broken-windows/304465/).

<sup>9</sup> *Cathy O’Neil*, *Weapons of Math Destruction – How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*, 2018 pp. 84-122.

<sup>10</sup> *George Kelling and James Wilson*, “Broken Windows: The Police and Neighborhood Safety”, *Atlantic Monthly*, March 1982, [www.theatlantic.com/magazine/archive/1982/03/broken-windows/304465/](http://www.theatlantic.com/magazine/archive/1982/03/broken-windows/304465/).

the beat there, according to the program, were supposed to be highly tolerant. Their job was to adjust to the neighborhood's own standards of order and to help uphold them. Standards varied from one part of the city to another. In one neighborhood, it might mean that drunks had to keep their bottles in bags and avoid major streets but that side streets were okay. Addicts could sit on stoops but not lie down. The idea was only to make sure the standards didn't fall. The cops, in this scheme, were helping a neighborhood maintain its own order but not imposing their own. (...)”<sup>11</sup> *O'Neil's* point is that police make choices about where they direct their attention. Today they focus almost exclusively on the poor. That's their heritage, and their mission, as they understand it. And now data scientists are stitching this status quo of the social order into models, like “PredPol”, that hold ever-greater sway over our lives.

In this sense, “PredPol”, even with the best of intentions, empowers police departments to zero in on the poor, stopping more of them, arresting a portion of those, and sending a subgroup to prison. The automated evaluation of data mountains (data mining) in police operations would be / is problematic if it were used not only in the context of security policing but also in the context of criminal prosecution, in order to generate suspicion regardless of any connection to the crime.<sup>12</sup>

Problem occurring to the image of data as “objective evidence” it is presumable that police chiefs, in many cases, if not most, think that they are taking the only sensible route to combating crime. That is where it is, they say, pointing to the highlighted ghetto on the map. And now they have cutting-edge technology (powered by Big Data) reinforcing their position there, while adding precision and “science” to the process. The result is that we criminalize poverty, believing all the while that our tools are not only scientific but fair. (...) „So, fairness isn't calculated into weapons of math destruction. And the result is massive, industrial production of unfairness. If you think of a weapon of math destruction as a factory unfairness is the black stuff belching out of the smokestacks. It's an emission, a toxic one”, convincingly concludes.<sup>13</sup>

#### c) Efficiency or Fairness

The crucial question is whether we as a society are willing to sacrifice a bit of efficiency in the interest of fairness. Should we handicap the models, leaving certain data out? It's possible, for example, that adding gigabytes of data

about antisocial behavior might help “PredPol” predict the mapping coordinates for serious crimes. But this comes at the cost of a nasty feedback loop. So, *O'Neil* argues to discard the data. (...) Although the recidivism model used mostly for sentencing guidelines the biased data from uneven policing funnels right into this model. Judges then may often “look to this supposedly scientific analysis, crystallized into a single risk score. And those who take this score seriously have reason to give longer sentences to prisoners who appear to pose a higher risk of committing other crimes”. In a perfect vicious circle that has impact on future “Predictive Policing”.

#### d) Implicit Racism

The problem is that the mass of data has to be cleaned and structured in order to obtain usable information. This process can never be performed in a value-free and completely objective manner.<sup>14</sup> Already the language used in the “learning” of the algorithms transfers possible prejudices of the persons involved.<sup>15</sup> However, the question is why are e. g. nonwhite prisoners from poor neighborhoods more likely to commit crimes? According to the data inputs for the recidivism models, it is because they are more likely to be jobless, lack a high school diploma, and have had previous run-ins with the law. And very likely their friends have, too. Another way of looking at the same data, though, is that these prisoners live in poor neighborhoods with terrible schools and scant opportunities. And of course, they are highly policed. So, the chance that an ex-convict returning to that neighborhood will have another brush with the law is no doubt larger than that of a tax fraudster who is released into a leafy suburb. In this system, the poor and nonwhite are punished more for being who they are and living where they live.

### III. Predictive Policing – Overview

Before getting deeper into possible effects by using the modern requisites of “Predictive Policing” we will have a very short overview on the idea and practicing of “Predictive Policing”. One of the pioneers among the Western democracies is the United States. From the point of view of public surveillance with CCTV, however, no less the United Kingdom. Interest is also growing in Germany. Predominantly, tools developed in the two countries mentioned above are used. Adaptation to the sometimes significantly different legal framework conditions does not seem to occur frequently.<sup>16</sup>

<sup>11</sup> *Cathy O'Neil*, *Weapons of Math Destruction – How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*, 2018 pp. 84-122.

<sup>12</sup> *Sabine Gless*, *Predictive Policing and operational crime fighting, in constitutional criminal procedure and civil rights, memorial publication for Edda Weßlau, Schriften zum Strafrecht, Volume 297*, ed.: Felix Herzog, Reinhold Schlothauer, Wolfgang Wohlers, Duncker & Humblot Berlin 2016

<sup>13</sup> *Cathy O'Neil*, *Weapons of Math Destruction – How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*, 2018 pp. 84-122.

<sup>14</sup> *Aleš Završnik*, *Big Data, Crime and Social Control (Routledge Frontiers of Criminal Justice)*, 2018, p.3.

<sup>15</sup> *Aleš Završnik*, *Big Data, Crime and Social Control (Routledge Frontiers of Criminal Justice)*, 2018, p.3

<sup>16</sup> *Andrew Guthrie Ferguson*, *The Rise of Big Data Policing*, New York University Press 2017; *Matthias Monroy*, *Predictive Policing*, in CILIP 113 (September 2017), S. 55 ff.; *ders.* *Soziale Kontrolle per Software: Zur Kritik an der vorhersagenden Polizeiarbeit*, CILIP, 11. Oktober, 2017, <https://www.cilip.de/2017/10/11/soziale-kontrolle-per-software-zur-kritik-an-der-vorhersagenden-polizeiarbeit/>; *Vanessa Bauer*, *Predictive Policing in Germany. Opportunities and challenges of data-analytical forecasting technology in order to prevent crime*, 2019, [https://www.researchgate.net/publication/338411808\\_Predictive\\_Policing\\_in\\_Germany\\_Opportunities\\_and\\_challenges\\_of\\_data-analytical\\_forecasting\\_technology\\_in\\_order\\_to\\_prevent\\_crime](https://www.researchgate.net/publication/338411808_Predictive_Policing_in_Germany_Opportunities_and_challenges_of_data-analytical_forecasting_technology_in_order_to_prevent_crime); *The Cambridge Handbook of Surveillance Law*, Hg.: *David Gray, Stephen E. Henderson*, Cambridge University Press 2017.



### 1. Introduction

In 2011 Time Magazine described "Predictive Policing" as one of the best 50 inventions of the year. Thwart crime before it happens. Know in advance where a crime is about to be committed. What sounds like an ideal seems to have already become reality with "Predictive Policing". And simple data are already sufficient for this. Big Data and their analyses are seen as a great hope in the fight against crime. What "Predictive Policing" means, how it can be used and what problems and questions can arise in this context is explained in the following sections.

### 2. Definition

"Predictive Policing" refers to the analysis of case data to calculate the probability of future crimes in order to control the deployment of police forces. "Predictive Policing" is based on various aspects of statistics and/or social research.<sup>17</sup> Such systems have become particularly popular in the USA since the beginning of the 2010s, and for some years now they have also been used in Germany or are being tested in pilot projects. The aim is to use this data as a basis for appropriate police measures to prevent potential crimes (preventive) or to better investigate crimes (repressive). This should enable police forces to be deployed in a resource-efficient manner.

### 3. Applications

According to a study by the Research and Development (RAND) Corporation, there are four categories of application of PPs:

- methods for predicting crimes, to determine places and times when there is an increased risk of crime occurring
- methods for predicting offenders, to determine individuals who are at risk of committing crimes in the future
- methods for predicting offenders, to determine the risk of committing crimes in the future. Methods for predicting perpetrators' identities, to develop perpetrator profiles in relation to past specific crimes
- methods for predicting victims of crime, to identify groups or individuals who are at increased risk of becoming victims of crime

The idea behind this is that software-supported linking and evaluation of different, large amounts of data makes it possible to make predictions about impending crimes or offences.

### 4. Predictive Policing and Big Data

It is no coincidence that "Predictive Policing" is often associated with the keyword and subject area Big Data, because Big Data is also about the technological possibilities of processing and evaluating a high volume of data in order to achieve action-leading results. In the case of "Predictive Policing", the aim is thus to achieve strategic and targeted police work that identifies emerging hot spots early on the basis of known crime-related factors.

There are basically two forms of "Predictive Policing". On the one hand, those procedures that relate to future risk locations and times (spatial procedures). On the other hand, those that refer to potential perpetrators and victims (personal procedures).

Within the framework of spatial forecasting procedures, three basic analytical and technical approaches can be distinguished: Hot-spot methods, near-repeat approaches and risk terrain analysis. "Predictive Policing" using personalized data refers to personalized procedures that relate to future perpetrators or victims of crime, i.e. they attempt to determine a crime risk on both the perpetrator and the victim side and to make this risk available to the police. This involves creating a risk profile for individual persons on basis of the data evaluation. As a basis for this, in addition to previous convictions, other police data, e.g. the place of residence or the social environment of the person, which is determined by the evaluation of social media, also serve as a basis. Here, on basis of certain risk factors, probabilities are calculated for individual persons with which these persons will commit crimes or become involved in capital crimes and, if necessary, this information is entered on so-called danger lists. A well-known example is the "Chicago Strategic Subject List". The decisive factor in this context is the thesis that persons whose circle of acquaintances and relatives includes victims or perpetrators of violent crimes have a high risk of also being involved in such crimes in the future.

## IV. Foundational Aspects of the Legal Framework

How is "Predictive Policing" to be legally classified and what legal consequences and problems may arise by using certain tools considering the distinction from criminal law?

### 1. The Preventive Nature of Predictive Policing

"Predictive Policing" is factually located at the borderline between police law and criminal law on the one hand and brings considerable innovations for both fields. However, legally it is part of preventive police law. From the perspective of police law, "Predictive Policing" seems less innovative at first glance. The imminent commission of an

<sup>17</sup> Sabine Gless, Predictive Policing and operational crime fighting, in constitutional criminal procedure and civil rights, memorial publication for Edda Weßlau, Schriften zum Strafrecht, Volume 297, ed.: Felix Herzog, Reinhold Schlothauer, Wolfgang Wohlers, Duncker & Humblot Berlin 2016, p. 165.

offence has always been a police offence and allows police action to be taken. However, the preventive fight against crime is also part of the police's canon of tasks (see e. g. § 1 para 3 Berlin Police Law).

At the intervention level, it would now be necessary to clarify which measures can be linked to probability statements by means of "Predictive Policing" software. In the USA, we see this in the example of the so-called "Heat List", where surveillance or hazard warnings are carried out on people who are considered to have a high-risk profile. What is therefore permissible in Germany if police officers are sent to an area where an increased probability of committing a crime is predicted? Striping, simple observations and other measures without intervention character are allowed. On the other hand, different rules would have to apply to intervention measures, which therefore affect the fundamental rights of the person concerned. The stopping and searching of persons, the prolonged observation of certain persons or even a dismissal require a legal basis as fundamental right interventions, the conditions of which must be fulfilled. The basic principle is that interventions are only permitted if there is a sufficient concrete reason for them. In police law, the danger forms this intervention threshold, in criminal procedure law it is basically the suspicion or probable cause requirement that fulfils this function. Sufficiently for a suspicion or probable cause is concrete fact-based evidence that a crime has been committed (by a certain individual). If a crime is suspected, the police can carry out a wide range of fact-finding measures, from telecommunication inspections to apartment or online searches. "Predictive Policing" prognosis, however, only says something about abstract probabilities in the future, whereas the precondition of suspicion of a crime asks for a concrete event in the past. Thus, only an increased risk of committing burglary is stated. Regarding to criminal law, these innovations consist mainly in the prevention orientation.

## 2. The Retrospective Nature of Criminal Justice

It is precisely the nature of criminal law that it deals with completed life facts and judges them in retrospect. It is true that criminal law is also familiar with the idea of prevention - for example, in the prevention of danger without respect to the offender's ability and capacity. However, these can hardly be described as such comprehensive and direct preventive action as the "Predictive Policing". Whereas the backbone of criminal responsibility is still guilt - the individual's reprehensibility and blameworthiness. But this is measured by the offense, not by the offender.

## 3. Basic Distinctions

Other than this reviewing legal assessment, "Predictive Policing" tries to calculate the risk of coming up offenses. Moreover, by substituting the criterion of proofed subjective guilt for that of a calculated objective risk, it is conceivable that criminal intervention will take place before the accused know that they will be committing an infringement of a legal right. Thus, the distinction of police

action into preventive (police-law averting of danger) and repressive (criminal procedural criminal prosecution) is becoming increasingly blurred. Self-manifesting in a steady advancement of procedural powers of investigation and is accompanied by a non-excludable loss of rights of the accused.

## 4. Basic Arguments

The former international Secretary General of Amnesty International, Salil Shetty, saw the presumption of innocence from Article 6 II ECHR, Article 20 III in conjunction with Article 28 I 1 GC threatened by "Predictive Policing". He warns that discrimination against ethnic and religious minorities can be increased through "Predictive Policing".

For when the police patrol a "risk area" mentioned by the project appraisal, they usually have the sole information about the location and size of the area in question. Since these trips are also used to look for suspicious events or persons, the question arises as to who is considered suspicious. Stigmatizing indicators such as foreign appearance or a kind of police "typecast" can often be used. There is thus also the fear that not only potential criminals will be targeted, but also other persons, with the consequence that police measures and associated encroachments on fundamental rights will be directed against persons who do not pose a danger. In this context, the question also arises as to the responsibility for forecasts that turn out to be incorrect. Especially if police measures have already been taken against persons affected by it. Can the police (or manufacturers) exculpate themselves by saying that the software has made a false prediction?

In addition, displacement effects or exploitation effects can also occur. There is a risk that "Predictive Policing" does not reduce crime, but possibly only displaces it. Especially with simple systems, it can happen that experienced perpetrators take advantage of the way the systems work. If you know that a burglary will lead to the police patrolling this area more in near future, you are more likely to turn to other areas during this time.

## 5. The Promise of Effectivity and Prospect

Before we start thinking about the possible development, we first must be aware of how effective "Predictive Policing" actually is. The quality of the data collected is crucial for the quality of the probability statements. The performance therefore depends decisively on what data is used for the probability calculation.

Completeness, correctness, reliability, accuracy and topicality of the processed information are essential. This is particularly important because data errors inevitably lead to misinterpretations. Such misinterpretations are sometimes not even noticed because they may correspond to stigmatizing or conventional patterns of thought. However, algorithms are only as objective as the programmers who created them; as the criminological assumptions on

which they are based; as the data they use.<sup>18</sup> This is particularly true where the techniques are based on crime statistics, because crime statistics do not necessarily reflect the reality of crime, but rather police registration behavior. "Predictive Policing"<sup>19</sup> is the attempt to calculate the probability of future crimes based on the "near-repeat theory" or the assumption of "repeat victimization". Similar to the "Broken Windows" theory it is assumed that past delinquent actions are likely to be followed by others. Data on crime scene and time, prey and approach are processed and weighted according to a specific procedure (scoring). With the help of data mining, patterns are to be recognized and serial offenders are to be tracked down.

According to this logic, the limit of predictability is not determined by the algorithms, but by the computing power of the computers or the data sources that are included in the analysis. Indeed, a study commissioned by the State Office of Criminal Investigation (LKA) of Lower Saxony points out that "Predictive Policing" is ultimately a further development of the crime mapping with which police authorities used to digitize their pins on the map.<sup>20</sup>

## 6. Basic Critique

One source of uncertainty may be, above all, the possible incorrect legal classification of crimes or too late reporting of the victim, especially in the case of burglaries, which would make the data-based prediction inaccurate and even wrong. Moreover, measuring the effectiveness of the project appraisal is a major problem. If a spatio-temporal prognosis of a software does not apply, i.e. there is no break-in in the room mentioned, then it is basically unclear at first whether the prognosis is wrong or whether the police have been successful in deterring offenders on their behalf. It also means more police operations in a certain area, usually more frequent documentation of crimes.

### a) Amplifying Existing Prejudices and Discrimination

"Predictive Policing" can act as an amplifier for existing prejudices and discrimination: For example, if the police patrol more frequently in districts defined as "hotspots", they will record more crime reports there - which in turn will be incorporated with greater weight in future forecasts.

With the use of increasingly digitally generated and retained data, the police is often operating close to the limits of what is permitted in the digital domain under European data protection law.<sup>21</sup> The automation of police security through the introduction of forecasting software should reinforce this trend. Already more than two years ago, the conference of German federal and state data protection commissioners warned against a "further shift of the police intervention threshold in the forefront of dangers and crimes".<sup>22</sup> It is completely unclear today which crimes will be automatically detected in the future and which data sources will be included. With digital investigations, the rule of thumb is that the haystack has to be enlarged in order to find the needle. There is also a risk of incorrect prognoses, which, according to the data protection officers, is to be expected especially with the increasing number of preliminary analyses and is associated with significant consequences for the persons suspected in this process.

In the states of Bavaria and North Rhine-Westphalia, the purpose of the software is to be extended to include other crimes in public places, with car theft or robbery being discussed. The data sources will also be expanded. Currently, weather, traffic data or expected events can be processed. However, from a police perspective, these data are hardly relevant. More meaningful are, for example, the connection of an area to motorways or local traffic, or information on building development. The criminal investigation offices also want socio-economic data on income distribution, purchasing power and creditworthiness or the value of buildings to be used. Some authorities are already obtaining such data from statistical companies. Current water and electricity consumption can also be used to draw conclusions about criminal offences, as this indicates the absence of the occupants. In the state of Baden-Württemberg, the Institute for Pattern-Based Forecasting Technology is testing whether the "Precobs" software can be improved with information on the proportion of foreigners or immigrants in a residential area.<sup>23</sup>

### b) Privatizing Surveillance through Social Networks

Finally, publicly available information from social networks can also be integrated. Corresponding, already pre-filtered data could be supplied by the police authorities themselves. A modern police operations-room nowadays has functions for evaluating trends on Twitter, Facebook or Instagram.<sup>24</sup> This would enable the police to track

<sup>18</sup> Aleš Završnik, Big Data, Crime and Social Control (Routledge Frontiers of Criminal Justice), 2018, p.3

<sup>19</sup> Matthias Monroy, Soziale Kontrolle per Software: Zur Kritik an der vorhersagenden Polizeiarbeit, Cilip, Oktober, 2017, <https://www.cilip.de/2017/10/11/soziale-kontrolle-per-software-zur-kritik-an-der-vorhersagenden-polizeiarbeit/>.

<sup>20</sup> Predictive Policing – eine Bestandsaufnahme, abrufbar unter [https://netzpolitik.org/wp-upload/LKA\\_NRW\\_Predictive\\_Policing.pdf](https://netzpolitik.org/wp-upload/LKA_NRW_Predictive_Policing.pdf).

<sup>21</sup> Matthias Monroy, Soziale Kontrolle per Software: Zur Kritik an der vorhersagenden Polizeiarbeit, Cilip, Oktober, 2017, <https://www.cilip.de/2017/10/11/soziale-kontrolle-per-software-zur-kritik-an-der-vorhersagenden-polizeiarbeit/> – „Examples are the rapid use of radio cell queries or the sending of silent SMS as a standard measure in investigations“.

<sup>22</sup> Matthias Monroy, Soziale Kontrolle per Software: Zur Kritik an der vorhersagenden Polizeiarbeit, Cilip, Oktober, 2017, <https://www.cilip.de/2017/10/11/soziale-kontrolle-per-software-zur-kritik-an-der-vorhersagenden-polizeiarbeit/> – <https://daten-schutz-berlin.de/attachments/>

<sup>23</sup> Matthias Monroy, Soziale Kontrolle per Software: Zur Kritik an der vorhersagenden Polizeiarbeit, Cilip, Oktober, 2017, <https://www.cilip.de/2017/10/11/soziale-kontrolle-per-software-zur-kritik-an-der-vorhersagenden-polizeiarbeit/>.

<sup>24</sup> „Social Media in der aktiven Polizeiarbeit“, heise.de v. 28.6.2016, Matthias Monroy, Soziale Kontrolle per Software: Zur Kritik an der vorhersagenden Polizeiarbeit, Cilip, Oktober, 2017, <https://www.cilip.de/2017/10/11/soziale-kontrolle-per-software-zur-kritik-an-der-vorhersagenden-polizeiarbeit/>.

hashtags or geodata on Twitter during an operation. For example, it would be advantageous for the situation assessment to have tweets from soccer fans or demonstrators displayed in a geo-referenced manner, in order to draw conclusions about soon necessary operational measures.<sup>25</sup> The results of “Predictive Policing” in social media also end up the other way round. The Institute for Pattern-based Predictive Policing has developed an Android app for “Precobs”, which is used by the Swiss canton of Aargau under the name “KAPO” (“Kantonspolizei”). Under the motto “The police warns”, its users can use push messages to be informed about supposedly imminent crimes in their own residential area. By reporting crimes that have not yet happened, everybody is made block warden.

### c) Personalized Data

Since the quality and mass of data is so important, this will lead to a quest to make more and more data usable for such software solutions. The development in the USA makes it clear where the journey is heading.

In Germany, however, there are limits to the collection and processing of personal data under the constitution – and the concept of personal self-determination according to Article 2 I in conjunction with Article 1 I GG. The right of informational self-determination is a manifestation of the general right of personality and was recognized as a fundamental right by the Federal Constitutional Court in the so-called census judgement in 1983.<sup>26</sup> The starting point for the Federal Constitutional Court is the so-called general right of personality (APR), i.e. Article 2.1 of the Constitution (Grundgesetz – GG) in conjunction with Article 1.1 GG. Self-determination in the free development of the personality is endangered by the conditions of modern data processing. Those who do not know or cannot influence what information concerning their behavior is stored and kept in stock will adapt their behavior out of caution. This would not only impair individual freedom of action, but also the common good, since a liberal democratic community requires the self-determined participation of its citizens. “A social order and a legal system enabling this would not be compatible with the right to informational self-determination, in which citizens can no longer know who knows what, when and on what occasion about them”.<sup>27</sup>

In the view of the European Parliament, the right to informational self-determination also derives from Article 8(1) of the European Convention on Human Rights:

### ARTICLE 8 - Right to respect for private and family life

1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

“Correspondence” as well covers any IT-, online- or web-based communication.

Hence, the Federal Constitutional Court (BVerfG) emphasizes that the use of such systems is basically only permissible for an objectively determined and limited reason, and that they can only be used without any effort if they are used in response to a dangerous or risky action.<sup>28</sup>

### 7. Differences and Limitations of Prognostic Decisions in Security Law and Criminal Justice

Using Big Data as well for security purposes and in the field of criminal justice the great challenge for the future will be to find a balance between public safety and the personal rights of the individual. Particular attention should be paid to compliance with the threshold to suspicion of a crime and the rights of the accused. In criminal trials fairness is an important issue. The idea of procedural fairness not just means to respect the presumption of innocence but refers to the whole design of the investigation and trial. It is very much related to a balance of powers reflected in several points like the “Brady Rule”, the “Miranda Warnings” and same in the GCP or both the German and the US-Constitution and its amendments.

Still, it is an unsolved problem how to translate this idea of fairness into mathematical terms. As *Chelsea Barabas* mentioned<sup>29</sup>, bias-based conceptions of validity and fairness fail to interrogate the deeper normative, theoretical, and methodological premises of these tools, which often rely on arrest and conviction data in order to predict future criminal activity and dangerousness. These data directly reflect the allocation of law enforcement resources and priorities, rather than rates of criminal activity.<sup>30</sup>

<sup>25</sup> Carsten Momsen und Philipp Bruckmann, Soziale Netzwerke als Ort der Kriminalität und Ort von Ermittlungen – Wie wirken sich Online-Durchsuchung und Quellen-TKÜ auf die Nutzung sozialer Netzwerke aus? KriPoZ 2019, S. 20 ff.

<sup>26</sup> German Federal Constitutional Court (BVerfG), judgment of the First Senate, 15 December 1983, 1 BvR 209/83 and others – Census, BVerfGE 65, 1.

<sup>27</sup> BVerfG: Judgment of the First Senate of 15 December 1983 (1 BvR 209/83, marginal no. 146). Federal Constitutional Court. 14 December 1983.

<sup>28</sup> BVerfG, Order of the First Senate of 4 April 2006, 1 BvR 518/02 – dragnet investigation, BVerfGE 115, 320.

BVerfG, Judgment of the First Senate of 27 February 2008, 1 BvR 370/07 and others – Online search/computer fundamental right, BVerfGE 120, 274.

<sup>29</sup> *Chelsea Barabas*, Beyond Bias: Re-imagining the Terms of Ethical AI in Criminal Law, 2019, pp. 2-3. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3377921](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3377921).

<sup>30</sup> *Delbert S Elliott*, Lies, Damn Lies, and Arrest Statistics, Boulder, CO: Center for the Study and Prevention of Violence, 1995; *Chelsea Barabas*, Beyond Bias: Re-imagining the Terms of Ethical AI in Criminal Law, 2019, pp. 2-3. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3377921](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3377921).



Another fairness-related problem shown by *Kleinberg et al.* occurs more statistically<sup>31</sup>: A risk score could either be equally predictive or equally wrong for all races or groups with different numbers of preconditions like criminal records or convictions – but not both. The reason was the difference in the frequency with which blacks and whites were charged with new crimes. “If you have two populations that have unequal base rates,” *Kleinberg* said, “then you can’t satisfy both definitions of fairness at the same time.” The researchers constructed a mathematical proof that the two notions of fairness are incompatible. Especially in the criminal justice context, false findings can have far-reaching effects on the lives of people charged with crimes. Judges, prosecutors and parole boards use the scores to help decide whether defendants can be sent to rehab programs instead of prison or be given shorter sentences. Concerning future predictive measures, a self-fulfilling prophecy is nearly inevitable.<sup>32</sup> Trust is another important decision criterion maybe impossible to express as algorithmic function. To find a proper and individually just decision it must be considered if and how much the human being object of the decision can be trusted.

However, as *Cathy O’Neil* wrote, from a mathematical point of view, trust is hard to quantify.<sup>33</sup> Because trust can only be earned by personality and character. Those are just individual expectations not to be analyzed by typical Big Data. If so, usually the outcome would be to trust somebody more or even less because he belongs to a certain group with a percentage XY failing to be compliant. Highly biased and kind of algorithm’s cognitive dissonance.<sup>34</sup> The problem exists in both areas, “Predictive Policing” and criminal investigation. Compared to criminal procedures there not that strong safeguards for civil rights for predicting crimes than for prosecuting them. So, the problem does not matter exactly in the same way. How-

ever, as the German debate on “Forensic DNA Phenotyping” showed, there is the risk that the whole political approach is biased even when it comes to preventive measures.<sup>35</sup>

## 8. Biased Learning Data

The data processed in “Predictive Policing” is drawn from police crime statistics, which can be tendentious. It registers reports, not actual crimes. If the police use this data to check people with a certain appearance or in socially deprived areas more frequently, more crime reports are also recorded there. These are used as case statistics in predicting crime and confirm the apparent assumption that crime is on the rise in these neighborhoods or by these groups of people.<sup>36</sup> This creates a variety of problems, in summary one could say only “conspicuous” people were cut in, such as people with hoodies, neglected clothing or dark skin color. The investigative journalist platform “propublica.org” also proved that people with dark skin color are indeed systematically disadvantaged by the (mostly unknown) algorithm.<sup>37</sup>

Similar stereotypes can also be observed in Germany.<sup>38</sup> In the German federal states, the state criminal investigation offices want to get close to the target group “travelling serial burglars”. What is not said: In the international context, the term stands for “Mobile Organized Crime Groups”, which usually refers to so-called “travelling criminals” from Romania and Bulgaria aka Sinti and Roma aka “Gypsies”.<sup>39</sup> German and European “Predictive Policing” thus focuses on persons whose origin is suspected to be primarily in Southern and Eastern Europe. Again, the unintended effects increase the more the prognosis is narrowed down to individual persons.<sup>40</sup> This applies both in the area of “Predictive Policing” and in criminal prosecution. However, if the same data and analyses

<sup>31</sup> Jon Kleinberg, Sendhil Mullainathan, Manish Raghavan, Inherent Trade-Offs in the Fair Determination of Risk Scores, Cornell University, 2016, <https://arxiv.org/pdf/1609.05807.pdf>.

<sup>32</sup> Julia Angwin and Jeff Larson, Bias in Criminal Risk Scores Is Mathematically Inevitable, Researchers Say, ProPublica, Dec. 30, 2016, <https://www.propublica.org/article/bias-in-criminal-risk-scores-is-mathematically-inevitable-researchers-say>.

<sup>33</sup> Cathy O’Neil, Weapons of Math Destruction – How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy, 2018, pp. 102-104.

<sup>34</sup> Carsten Momsen and Sarah Lisa Washington, Wahrnehmungsverzerrungen im Strafprozess – die Beweisprüfung im Zwischenverfahren der StPO und US-amerikanische Alternativen (Perception Bias in Criminal Proceedings – the Examination of Evidence in Interim Proceedings in the German Code of Criminal Procedure and US-American Alternatives), in: Goeckenjan/Puschke/Singelstein, Festschrift für Ulrich Eisenberg, Berlin 2019, S. 453 ff.

<sup>35</sup> Carsten Momsen and Thilo Weichert, From DNA Tracing to DNA Phenotyping – Open Legal Issues and Risks in the new Bavarian Police Task Act (PAG) and beyond, Verfassungsblog, 2018, <https://verfassungsblog.de/from-dna-tracing-to-dna-phenotyping-open-legal-issues-and-risks-in-the-new-bavarian-police-task-act-pag-and-beyond/>.

<sup>36</sup> Matthias Monroy, Soziale Kontrolle per Software: Zur Kritik an der vorhersagenden Polizeiarbeit, Cilip, Oktober, 2017, <https://www.cilip.de/2017/10/11/soziale-kontrolle-per-software-zur-kritik-an-der-vorhersagenden-polizeiarbeit/>; Bernd Belina: ‘Predictive Policing’ ist diskriminierend – und ein dubioses Geschäftsmodell (Predictive Policing’ is Discriminatory – and a Dubious Business Model), [www.rosalux.de/news/id/14431/schuldig-bei-verdacht](http://www.rosalux.de/news/id/14431/schuldig-bei-verdacht).

<sup>37</sup> Julia Angwin and Jeff Larson, ProPublica – Machine Bias – “Bias in Criminal Risk Scores Is Mathematically Inevitable, Researchers Say - ProPublica’s analysis of bias against black defendants in criminal risk scores has prompted research showing that the disparity can be addressed – if the algorithms focus on the fairness of outcomes”, Dec. 30, 2016, <https://www.propublica.org/article/bias-in-criminal-risk-scores-is-mathematically-inevitable-researchers-say>.

<sup>38</sup> Carsten Momsen and Sarah Lisa Washington, Wahrnehmungsverzerrungen im Strafprozess – die Beweisprüfung im Zwischenverfahren der StPO und US-amerikanische Alternativen (Perception Bias in Criminal Proceedings – the Examination of Evidence in Interim Proceedings in the German Code of Criminal Procedure and US-American Alternatives), in: Goeckenjan/Puschke/Singelstein, Festschrift für Ulrich Eisenberg, Berlin 2019, S. 453 ff.

<sup>39</sup> Open Society, Institute, Ethnic Profiling in the European Union: Pervasive, Ineffective, and Discriminatory, 2009, [https://www.justiceinitiative.org/uploads/8cef0d30-2833-40fd-b80b-9efb17c6de41/profiling\\_20090526.pdf](https://www.justiceinitiative.org/uploads/8cef0d30-2833-40fd-b80b-9efb17c6de41/profiling_20090526.pdf).

<sup>40</sup> Melissa Hamilton, The biased Algorithm: Evidence of Disparate Impact on Hispanics, in American Criminal Law Review, Vol. 56 (2018), pp. 1553 ff., [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3251763](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3251763).

are used first in the security sector and then also in the identification of possible suspects, an additional biasing effect can occur, since the risk analysis can very easily only be confirmed without the specific legal guarantees of criminal proceedings being taken into account.

### 9. Confirmed Preconceptions

The creation of the data leads to further problems. As all police officers know crime data is the result of their own work, is forgotten by the algorithmizing and by the presentation of the results in the form of maps. The software's prediction appears as objective, as reliable, as a purely technical statement that has been made without human intervention and free from inaccuracies, influences and interests. If it is accepted that black, Muslim and poor people are much more likely to be controlled and reported by the police, then "Predictive Policing" has the potential to reinforce these racisms bigotries and classicisms. However, there will more data on some groups than on other. If certain groups are over-represented in the (learning) data, then the calculations will lead the police to exactly where those groups are present, and e.g. black, Muslim and poor people will be targeted again because the software suggests they are. The new technology thus may stand in the way of all attempts to reduce discriminatory police.<sup>41</sup>

### 10. Unknown Function and Limited Utility of Algorithms

There is no evidence that "Predictive Policing" leads to a reduction of crime in a certain area. There is a lack of robust research. This is also pointed out by the state-police in Lower Saxony, who commissioned the study mentioned above. So far, only perceived effects can be determined. Two studies should shed light on this: A "Study of New Technologies for Predicting Crime and its Consequences for Police Practice" is currently being prepared at the University of Hamburg. Meanwhile, the evaluation of a "Predictive Policing" project in Baden-Württemberg by the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law in Freiburg has been completed.<sup>42</sup>

The roots of the problem might go deeper. It is very unlikely to assess a calculation or analysis properly as long the underlying math function itself is not understood. The more complex and closer to kind of self-driven AI the analysis becomes the less likely it will become that even humans who created the tool (AI) are not staying in the dark about what the tool is going to learn or even process next.<sup>43</sup>

However, the selection and combination of the incoming information could have a discriminatory effect - even if no personal data are used. Moreover, the data could be taken

out of context. The self-learning ability of modern software, commonly referred to as artificial intelligence, is likely to increase this risk. The presumption of innocence is then replaced by machine logic, as the Hamburg data protection commissioner aptly puts it.<sup>44</sup>

### 11. No Systematic Control – No Efficient Control

Obviously a profound and deliberate understanding of how data is processed and on what base answers haven been found and decisions have been made is crucial to control the tools and how they are used by human decision makers. Insofar a user or at least a regulating authority should be able to deconstruct the process and reconstruct the outcome. Otherwise no efficient disclosure of biased or erroneous data or processing criteria corrupting the outcome would be possible. It seems we do not have reached this level and may never will. Hence, public or parliamentary control of digital security regularly comes up against limits. Usually no statistics are kept on the use of software. Even data protection officers initially only check whether personal data is being processed and, if so, whether it is being used for the purpose for which it was processed.

It is also problematic that the – mostly private – producers do not disclose the source code of their software. Thus, it cannot be checked how the algorithms calculate and weight their forecasts. Those affected cannot defend themselves against a possibly falsifying classification. The German Federal and State Data Protection Commissioners are therefore right to point out that the constantly evolving technical evaluation options already show. "the potential for citizens to lose control of their data – to an extent and in a way that was unimaginable in the past". A political debate on "Predictive Policing" is therefore needed. Because once introduced, the calculation of burglaries or "endangerers" (probably dangerous individuals) can gradually be developed into an instrument of extensive social control. "By far the greatest danger of Artificial Intelligence is that people conclude too early that they understand it".<sup>45</sup>

### 12. The Presumption of Innocence – Consequences for Big Data /Algorithm-based Predictive Policing and Criminal Prosecution

The collection of data in general is problematic when the fundamental rights of (legally seen as) uninvolved parties are inevitably restricted. the name suggests – it is only through quantity that data quality is created. When collecting data, a balancing of interests is relevant to the presumption of innocence in so far as many innocent people - and suspects - suddenly find their fundamental rights curtailed, sometimes without knowing anything about it.

<sup>41</sup> Rosa-Luxemburg Stiftung (Bernd Belina), Schuldig bei Verdacht «Predictive Policing» ist diskriminierend – und ein dubioses Geschäftsmodell (Guilty on Suspicion "Predictive Policing" is Discriminatory - and a Dubious Business Model), February 2, 2017, <https://www.rosalux.de/news/id/14431/schuldig-bei-verdacht>.

<sup>42</sup> [www.wiso.uni-hamburg.de/fachbereich-sowi/professuren/hentschel/forschung/predictive-policing.html](http://www.wiso.uni-hamburg.de/fachbereich-sowi/professuren/hentschel/forschung/predictive-policing.html); [www.mpicc.de/de/forschung/forschungsarbeit/kriminologie/predictive\\_p4.html](http://www.mpicc.de/de/forschung/forschungsarbeit/kriminologie/predictive_p4.html).

<sup>43</sup> Flynn Coleman, A Human Algorithm, 2019, p. XXXIII.

<sup>44</sup> Mit der Methode Bayern gegen Wohnungseinbrecher", [www.handelsblatt.com](http://www.handelsblatt.com), v. 17.3.2017.

<sup>45</sup> Eliezer Yudkowsky, cited by Flynn Coleman, A Human Algorithm, 2019, pp. XVII-XVIII.

The presumption of innocence dictates that action may only be taken if there is a concrete suspicion. In particular, the possibilities of technical surveillance involving large numbers of innocent people and surveillance without a specific objective should be criticized, although it should be proportionate to the presumption of innocence only in the case of serious offences. Otherwise the use of algorithms on big data would very likely create something like a general suspicion on everyone or even some parts of the community. This not just describes the road to discrimination according to prevalent factors but as well it tends to narrow the civic space in a specific way. As for example, it would become safe to behave in a way that does not match certain criteria the algorithm operates with. Or even better not to make extensive use of civil liberties.

Thus, the presumption of innocence will be conflicted twice - in a more specific procedural understanding but as well in a broader meaning of unsuspiciously using constitutional liberties even extensively without becoming a subject of policing and probable criminal investigation. Although these ideas are neither specifically tied to AI nor to human rights, we soon will see that the presumption of innocence is strongly connected to both. Thus, in particular when it comes to the question of legitimizing or delegitimizing the intrusion of individual rights by administrative and private entities.<sup>46</sup> The government must also exercise restraint in the sense of proportionality in order to protect the civil liberties of those concerned.

#### *a) Constitutional Proportionality*

Within the bigger picture, the presumption of innocence as well expresses the idea of constitutional proportionality as common in Germany, Canada and Ireland e.g.<sup>47</sup> Traditionally, prevention law has been based on the "concrete danger", which according to the German Federal Constitutional Court is not particularly defined in terms of its wording, but which has been sufficiently substantiated by case law over decades in a constitutional manner.

The new Bavarian state police law, for example, only requires an imminent (probable) danger. Thus, a development towards an abstract concept of hazardous situations can be seen, by which the suspicion as traditionally understood in criminal investigations is necessarily shifted forward. The interpretation is thus less clear and can potentially allow police security measures to be taken using Big Data without the police having to first search for facts that justify suspicion.

The most significant example where the police make use of Big Data to avert danger is "Predictive Policing". An algorithm analyses the data of places or persons to find out which place or person is most likely to be affected by a crime or will commit it. It can be and is also used to solve past crimes.

In Germany, experience with "Predictive Policing" is still relatively new. In the states of Bavaria and Baden-Württemberg a system developed in the US and just slightly adjusted to local preconditions called "PRECOPS" is used to predict the location of domestic burglaries. In the state of North Rhine-Westphalia, there is a pilot project called "Skala", which is also designed to predict other crime scenes and uses larger amounts of data. The states of Hessen and Hamburg have already passed laws that allow the use of programs from "Palantir", some of which have already been commissioned to develop software.

In the USA, "Predictive Policing" is already an integral part of security policy. The police authorities there use much more data, such as social media data, weather data, socio-economic data, the places of residence of convicted criminals, etc., to obtain a more accurate location. In addition, dangerousness is now not only analyzed locally, but also on a personal level. For example, the Boston police department is experimenting with algorithms that monitor the social media appearances of suspects and then place or prioritize them on watch lists.

#### *b) "Suspicion", "Probable Cause" and "Defendant" – Blurred or Changed?*

German law on policing and prevention imposes conditions on the concrete application of "Predictive Policing": In calculating and preventing looming dangers, a computer-generated forecast is basically similar to a forecast made by a police officer. However, in security law, this requires a concrete factual situation which an algorithm cannot provide, since it only establishes an abstract risk assessment.

Similarly, in criminal law, concrete evidence is needed for someone to be considered a suspect. Forecasting decisions therefore always require a two-stage intervention by the police: the police must first look for a concrete danger, i.e. a suspicious fact, in the person or place identified by means of "Predictive Policing" before they can take action.

Conflicts with the presumption of innocence are mainly due to the measurement of the data in a statistical probability: Because under security law the police intervene before the crime is committed, a "false positive", a statistical exception that often occurs in "Predictive Policing", is possible and currently still quite common. Thus, innocent people can become addressees of the advance police intervention without that person ever intending to commit a crime. This can lead to certain population groups being considered suspicious more often than others, particularly due to discriminatory tendencies reproduced and sometimes even intensified by Big Data.<sup>48</sup>

<sup>46</sup> Richard Berk, Machine Learning Risk Assessments in Criminal Justice Settings, 2019, pp 116 ff., 128 ff.

<sup>47</sup> Richard Frase, Lisa Washington, Thomas O'Malley, Proportionality of Punishment in Anglo-American and German Law, Core Issues in Criminal Law and Criminal Justice, Volume 1, ed. Kai Ambos et al., Cambridge University Press, 2020, pp. 213 ff.

<sup>48</sup> Concerning DNA-analysis Pfaffelhuber, Lipphardt et. al just presented an empirical study on the influence of how sets of ancestry informative markers are chosen on the outcome of the algorithmic calculation.

### c) Limitations due to the Binary Structure of Algorithms

Another looming problem according to *William Cullerne Bown* is that due to their binary structure adjusting algorithms on the presumption of innocence might be impossible.<sup>49</sup> Of course all criminal justice systems are dealing with these questions, the problem gets worse when the decision is to be made by a binary classification structure. Within a chain of binary decisions, the ultimate idea of a decision “in dubio pro reo” very much flaws. Because the yes-no structure does not allow a decision in dubio. The algorithm needs a point of decision related to a certain probability score. Binding the decision to any score obviously would miss the character of doubt. If, for example, one would take an extremely high hurdle and say beyond 90 percent the likelihood is high enough to convict, this would no decision in favor of doubt. It then becomes a simple yes-no decision. The idea of the presumption of innocence would completely fade away. Another problem with the binary structure is that the algorithm must be predicated on either guilt or innocence criteria. Either way the problem remains that the whole system would be adjusted to search for criteria and evidence to convict – or the opposite. Again, the idea of the presumption of innocence would have been failed.

However, currently the binary system is not working neither in criminal justice systems nor in “Predictive Policing” systems – as long as also the latter ones shall incorporate a presumption of innocence in a broader meaning. It may work if the basic assumption is that everybody (of the whole population or a designated group) is not just suspicious but subject of preventive investigation as long no evidence for innocence turns out. Particularly with regard to the use of Big Data tools, it would contribute to the transparency and fairness of decision-making processes if the binary structure were disclosed in as much detail as possible, thus making it clear where other types of decisions have to be taken, for example where the scope of the presumption of innocence begins. Because at this point the decision should no longer be directly justified by the results of the algorithm-driven analysis.<sup>50</sup>

Ignoring the presumption of innocence quite often expresses a lack of fairness against individuals or groups. According to *Russell*, the debates on fairness currently focus on the instruments. In legal contexts (harm caused by automated devices), for example, fairness determination

has been based upon intent, which is nearly impossible to determine with an algorithm”.<sup>51</sup>

## V. Conclusion

In this sketch we have tried to show that the use of Big Data and algorithms in criminal proceedings, but above all in security precautions and “Predictive Policing” is an important factor that has become an integral part of reality and will become increasingly important. At the same time, the increasing use of probability prediction tools leads to overlaps in preventive and prosecutorial police work. Since criminal proceedings contain more far-reaching safeguards of individual freedom, they are in danger of changing their character more strongly if those instruments are used. If the same data pools and instruments are used in both areas, these effects will be even more significant.

More issues will be under scrutiny by coming up research. A further change is the increasing participation of private institutions following their own profit-oriented interests in security and criminal justice, rather than primarily for the common good. Therefore, legal protection is needed that is designed for this changed situation. Private stakeholders entering the playing field are the companies that design the tools and program the algorithms, but also those that (must) make available the data they collect for completely different purposes. These often have contractual relationships with the affected parties, as e. g. do social media providers. The citizen is thus no longer confronted only with the state but with a non-transparent mixture of state authority and private factual or contractual power. Due to the structure of the private stakeholders, but also due to the increasing exchange of data between national authorities, for example within the EU, many questions have an international component. If the technologies are to be used responsibly, it is therefore necessary to design a coordinated set of safeguards. Due to the international structure of this setting, human rights are the primary consideration here. These human rights, as they were formulated in the Universal Declaration of Human Rights in 1948 in the classical form, must be adapted to the living conditions in a digitalized environment. This includes addressing human rights also to private persons (companies) when they become an inseparable part of the government's power structure or act themselves as a public authority towards citizens who are in fact hierarchically subordinated.

<sup>49</sup> *William Cullerne Bown*, The criminal justice system as a problem in binary classification, 2018, pp. 9,10 lexis nexis by Google Scholar Search.

<sup>50</sup> *Richard Berk*, Machine Learning Risk Assessments in Criminal Justice Settings, 2019, p. 120: “In short, there can be a very instructive form of transparency if broad concerns are translated into precise questions that can be posed to a risk algorithm and the data on which the algorithm is trained. Trying to foster greater transparency by other means is far more difficult. At the same time, there may be important questions that cannot be answered empirically. Then one of the more difficult paths toward transparency would need to be taken. It will help enormously if stakeholders agree that the transparency provided by machine learning risk assessments only need be demonstrably better than the transparency of business as usual. Acceptable transparency simply can then be what stakeholders agree is acceptable transparency.”

<sup>51</sup> *Sam Corbett-Davies, Emma Pierson, Avi Feller, Sharad Goel, Aziz Hug* (2017) Algorithmic decision making and the cost of fairness, arXiv:1701.08230v4 [CS.CY] 10 June 2017; *Martha G. Russell and Rama Akkiraju*, Put AI in the Human Loop, 12 -2019, HICSS-Workshop-AI-and-Bias, p. 6-7.



In part, this leads to a reshaping of central rights such as privacy. In some cases, however, rights must be redesigned to ensure vital access to digital resources. In some cases, European legal systems are one step ahead of American legal practice in this respect, especially regarding to privacy and so-called IT fundamental rights. However, many human rights must also be completely rethought in order to ensure that the ideas originally associ-

ated with them continue to be valid in the digital environment.

In our opinion, newly shaped human rights are an essential element for the protection of individual freedoms and thus for the constitutional use of new technologies in security policy and criminal justice.

## AUSLANDSBEITRAG

## Die Vorratsdatenspeicherung in der türkischen Rechtsordnung gemessen an den Anforderungen des EGMR und der EMRK

### *Darstellung der Praxis im Rahmen der Abrufsregelung des § 135 der türkischen Strafprozessordnung*

von Dr. Çiler Damla Bayraktar\*

#### Abstract

Nach Art. 8 Abs. 2 EMRK sind die Eingriffe in die Rechte aus Art. 8 Abs. 1 EMRK, bzw. in das Recht auf Achtung des Privatlebens und der Korrespondenz gerechtfertigt, wenn der Eingriff gesetzlich vorgesehen und zur Verfolgung eines der in Art. 8 Abs. 2 EMRK genannten Ziele in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist. Die Ermächtigungsgrundlage für die Vorratsdatenspeicherung in der Türkei sind in den jeweiligen Vorschriften des Gesetzes Nr. 5809 und des Gesetzes Nr. 5651 vorgesehen.

Im folgenden Beitrag werden diese Eingriffsermächtigungsgrundlagen der Vorratsdatenspeicherungsmaßnahme in der türkischen Rechtsordnung im Hinblick auf Art. 8 Abs. 2 EMRK überprüft. Insofern werden die Anforderungen des EGMR an die Zulässigkeit dieser Maßnahme vorgestellt und die Ermächtigungsgrundlagen für diese Maßnahme in der türkischen Rechtsordnung an den Anforderungen des EGMR gemessen. Es wird untersucht, ob das innerstaatliche Recht einen angemessenen Schutz gegen willkürliche Eingriffe in die Rechte des Artikels 8 bietet. Zuletzt wird die Praxis in der Türkei im Rahmen der Abrufsregelung der Türkischen Strafprozessordnung §135 dargelegt.

*According to Art. 8 Para. 2 ECHR, the interference with the rights under Art. 8 Para. 1 ECHR, also the right to respect for private life and correspondence, is justified if the interference is provided for by law and for the pursuit of one of the 8 para. 2 ECHR is necessary in a democratic society. The authorization basis for data retention in Turkey is provided in the respective provisions of Law No. 5809 and Law No. 5651.*

*In the thesis, this basis for authorization to intervene in the data retention measure in the Turkish legal system is*

*examined with regard to Art. 8 Para. 2 ECHR, because the data retention measure interferes with the right to respect for private life and correspondence. In this respect, the requirements of the ECHR regarding the admissibility of this measure are presented and it is checked whether the authorization basis for this measure in the Turkish legal system corresponds to the requirements of the ECHR, also whether the legal basis of the intervention is accessible and predictable and compatible with the rule of law. It is therefore considered whether domestic law provides adequate protection against arbitrary interference with the rights under Article 8. Finally, in this work, the practice in Turkey is set out in the context of the call regulation of the Turkish Criminal Procedure Code §135.*

#### I. Einleitung

Der türkische Gesetzgeber hat die Richtlinie 2002/58/EG<sup>1</sup> des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.7.2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten, den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation) sowie die Richtlinie 2006/24/EG<sup>2</sup> des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.3.2006 über die Vorratsspeicherung von Daten, die bei der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsnetze erzeugt oder verarbeitet werden, zum Anlass genommen, das am 5.11.2008 in Kraft getretene Gesetz Nr. 5809<sup>3</sup> über die elektronische Kommunikation zu erlassen. Zwar wird in § 51 dieses Gesetzes überwiegend die Art und Weise der Verarbeitung der persönlichen Daten geregelt, doch sieht § 51 in Absatz 10 eine allgemeine Ermächtigungsgrundlage für die Vorratsdatenspeicherung im Rahmen der elektronischen Kommunikation vor. Danach können die Verkehrs- und Standortdaten der

\* Die Verfasserin ist Assistenz Professorin für Straf- und Strafprozessrecht an der Ankara Sozialwissenschaften Universität/Türkei (LL.M. und Promotionsstudium an der Universität Bayreuth). Teile des Beitrags sind der Dissertation der Verfasserin mit dem Titel „Eingriffe in die Privatsphäre durch technische Überwachung. Ein deutsch-türkischer Vergleich anhand Art. 8 EMRK“ entnommen.

<sup>1</sup> Vertiefend Kindt, MMR 2009, 661 (663).

<sup>2</sup> Der EuGH hat die Richtlinie am 8.4.2014 für ungültig erklärt; zur Frage der Vereinbarkeit der Richtlinie mit dem Recht auf Achtung des Privatlebens aus Art. 8 EMRK Gola/Klug/Reif, NJW 2007, 2599 (2600); Westphal, EuZW 2010, 494 (495 f.); Simitis, NJW 2009, 1782 (1782 ff.); Westphal, EuR 2006, 706 (707 ff.); Roßnagel, NJW 2010, 1238 (1243); Roßnagel, MMR 2011, 493 (495).

<sup>3</sup> Elektronik Haberleşme Kanunu abrufbar unter <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5809.pdf> (zuletzt abgerufen am 14.3.2019).

Kommunikation sowie die persönlichen Daten des Anwenders im Rahmen der Überprüfung der Beschwerden und der Überwachungstätigkeiten verarbeitet werden. Die Datenkategorien und die Dauer der Datenspeicherung werden durch eine Verordnung bestimmt (§ 51 Abs. 9 i.V.m. Abs. 10 lit. c), derzufolge die Daten ein bis zwei Jahre ab dem Zeitpunkt der Kommunikation gespeichert werden müssen.

Gem. § 6 Abs. 1 lit. b des Gesetzes Nr. 5651 müssen Internetanbieter die bei der Nutzung ihres Internetdienstes anfallenden Verkehrsdaten für die Dauer von sechs Monaten bis zu zwei Jahren speichern und die Geheimhaltung sowie die Sicherheit der gespeicherten Daten gewährleisten. Dabei wird die Dauer der Datenspeicherung durch eine Verordnung bestimmt.

Auf Grundlage dieser Gesetze hat die Anstalt für Informationstechnologie und Telekommunikation (BTK) eine Ermächtigungsverordnung betreffend die elektronische Kommunikation erlassen.<sup>4</sup> § 19 Abs. 1 lit. f dieser Verordnung bestimmt, dass Internet- und Telefonanbieter die IP-Adressen, den Beginn und das Ende der Anwendungszeit, die Identifikationsinformationen und die Telekommunikationsverkehrsdaten zwei Jahre lang speichern und aufbewahren sollen.

Nach Art. 8 Abs. 2 EMRK sind Eingriffe in das Recht auf Achtung des Privatlebens und der Korrespondenz aus Art. 8 Abs. 1 EMRK gerechtfertigt, wenn der Eingriff gesetzlich vorgesehen und zur Verfolgung eines der in Art. 8 Abs. 2 EMRK genannten Ziele in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist.<sup>5</sup>

Im Folgenden untersucht dieser Beitrag die Vereinbarkeit der in der türkischen Rechtsordnung verankerten Ermächtigungsgrundlagen zur Vorratsdatenspeicherung mit dem Recht auf Achtung des Privatlebens und der Korrespondenz aus Art. 8 EMRK.<sup>6</sup> Hierzu erfolgt zunächst eine Darstellung der Rechtsprechungen des *EGMR* und des *EuGH* betreffend die Qualität des im Rahmen der Vorratsdatenspeicherung der Internet- und Telekommunikationsverkehrsdaten erfolgenden Eingriffs und der an die Vorratsdatenspeicherung gestellten Zulässigkeitsanforderungen, bevor es in einem zweiten Schritt zu prüfen gilt, ob die in der türkischen Rechtsordnung verankerten Ermächtigungsgrundlagen jenen Anforderungen des *EGMR* und *EMRK* genügen.

## II. Inhaltliche Prüfung hinsichtlich der Qualität des im Rahmen der Vorratsdatenspeicherung der Internet- und Telekommunikationsverkehrsdaten erfolgenden Eingriffs

### 1. Anforderungen nach der Rechtsprechung des *EGMR*

Nach der Rechtsprechung des *EGMR* werden die Telekommunikations-, Internetverbindungs- und Verkehrsdaten vom Schutzbereich des Rechtes auf Achtung des Privatlebens und der Korrespondenz umfasst.<sup>7</sup> Dabei ist es unerheblich, ob der Inhalt der Kommunikation und die Daten über die aufgerufenen Internetseiten auch gespeichert werden.

### 2. Anforderungen nach der Rechtsprechung des *EuGH*

Der *EuGH* hat im Rahmen seiner Rechtsprechung darauf hingewiesen, dass den auf Vorrat gespeicherten Daten insbesondere zu entnehmen ist, 1. mit welcher Person ein Teilnehmer oder registrierter Benutzer auf welchem Weg kommuniziert hat, 2. wie lange die Kommunikation gedauert hat und von welchem Ort aus sie stattfand und 3. wie häufig der Teilnehmer oder registrierter Benutzer während eines bestimmten Zeitraums mit bestimmten Personen kommuniziert hat.<sup>8</sup> In diesem Zusammenhang hat der *EuGH* hervorgehoben, dass aus der Gesamtheit dieser Daten konkrete Rückschlüsse auf das Privatleben der Personen, deren Daten auf Vorrat gespeichert werden, gezogen werden können.<sup>9</sup> So können die gespeicherten Daten Aufschluss über Gewohnheiten des täglichen Lebens, ständige oder vorübergehende Aufenthaltsorte, tägliche oder in anderem Rhythmus erfolgende Ortsveränderungen, ausgeübte Tätigkeiten, soziale Beziehungen und das soziale Umfeld geben.<sup>10</sup>

In Anbetracht dessen hat der *EuGH* festgestellt, dass es sich bei der Verpflichtung zur Vorratsspeicherung dieser Daten und der Gestattung des Zugangs der zuständigen nationalen Behörden zu diesen Daten um einen besonders schwerwiegenden Eingriff in die Grundrechte auf Achtung des Privatlebens und auf Schutz personenbezogener Daten handelt.<sup>11</sup>

## III. Rechtliche Anforderungen an die Vorratsdatenspeicherung

### 1. Die Anforderungen des *EGMR*

Der *EGMR* hat die Datenbanken nicht beanstandet: Nach der ständigen Rechtsprechung des *EGMR* stellen die Erhebung, die Aufbewahrung, die Nutzung und die Weitergabe personenbezogener Daten einen Eingriff in den

<sup>4</sup> Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği, abrufbar unter: <https://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=7.5.13078&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=Elektronik%20Haberleşme%20Sektörüne%20İlişkin%20Yetkilendirme%20Yönetmeliği> (zuletzt abgerufen am 14.3.2019).

<sup>5</sup> Marauhn/Thorn, in: Dörr/Grote/Marauhn, Konkordanzkommentar EMRK/GG, 2. Aufl. (2013), 16. Kapitel Rn. 79; Uerpman-Witzack, in: Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. (2014), § 3 Rn. 25.

<sup>6</sup> Vertiefend Bayraktar, Eingriffe in die Privatsphäre durch technische Überwachung, 2017, S. 217 ff.

<sup>7</sup> *EGMR*, Urt. v. 3.4.2007 – 62617/00 Rn. 41 f.; *EGMR*, Urt. v. 1.3.2007 – 5935/02 Rn. 60 f., *EGMR*, Urt. v. 24.4.2018 – 62357/14 Rn. 120.

<sup>8</sup> *EuGH*, Urt. v. 8.4.2014, C-293/12, C-594/12, EU:C:2014:238; *EuGH*, Urt. v. 21.12.2016, C-203/15, C-698/15, EU:C:2016:970.

<sup>9</sup> *EuGH*, Urt. v. 8.4.2014, C-293/12, C-594/12, EU:C:2014:238, Rn. 26 f.

<sup>10</sup> A.a.O.

<sup>11</sup> *EuGH*, Urt. v. 8.4.2014, C-293/12, C-594/12, EU:C:2014:238, Rn. 26 ff.

Schutzbereich des Rechts auf Privatleben dar.<sup>12</sup> Danach folgt aus Art. 8 EMRK zum einen das Recht auf Datenschutz.<sup>13</sup> Zum anderen ergeben sich aus dieser Norm die systematische Speicherung, die Verarbeitung und die weitere Verwendung personenbezogener Daten – also die „Vorratsdatenspeicherungsmaßnahmen“ selbst, welche ebenso einen Eingriff darstellen.<sup>14</sup> Unter der Verwendung personenbezogener Daten ist dabei "eine anschließend erfolgende Abfrage schon gespeicherter Daten" zu verstehen.<sup>15</sup> Ob die Daten später verwendet werden oder nicht, ist in diesem Zusammenhang nicht von Belang.<sup>16</sup>

Dennoch hat der *EGMR* mehrfach entschieden, dass Datenbanken in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind, soweit die gesetzliche Grundlage die Anforderungen an das Merkmal „in einer demokratischen Gesellschaft“ erfüllt.<sup>17</sup>

In seinen aktuellen Urteilen beschäftigt sich der *EGMR* auch spezifisch mit Beschwerden betreffend die Vereinbarkeit der jeweiligen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage zum massenhaften Abfangen personenbezogener Daten und zur Erfassung dynamischer IP-Adressen (Internet Protocol) durch den Staat mit Art. 8 EMRK. Bei der Feststellung, ob der Eingriff in das Recht des Beschwerdeführers auf Schutz der Privatsphäre den Anforderungen des Art. 8 Abs. 2 EMRK genügt bzw. ob der Eingriff gerechtfertigt ist, prüft der *EGMR*, ob die gesetzliche Grundlage des Eingriffs hinreichend klar und vorhersehbar sowie mit dem Rechtsstaatsprinzip vereinbar ist.<sup>18</sup> Im Rahmen der Prüfung der "Vereinbarkeit mit der Rechtsstaatlichkeit" stellt der *EGMR* darauf ab, ob das innerstaatliche Recht einen angemessenen Schutz gegen willkürliche Eingriffe in die Rechte des Art. 8 EMRK bietet. Nach der Rechtsprechung des *EGMR* hängt diese Beurteilung von allen Umständen des Einzelfalls ab, z.B. Art, Umfang und Dauer der möglichen Maßnahmen, die für ihre Anordnung erforderlichen Gründe, die für die Genehmigung, die

Durchführung und die Überwachung zuständigen Behörden sowie die Art der Rechtsmittel.<sup>19</sup>

## 2. Anforderungen des *EuGH*

Der *EuGH* hat im Rahmen seines Urteils vom 21.12.2016 im Hinblick auf die Regelungen über die Vorratsdatenspeicherung und den Zugang zu den gespeicherten Daten verlangt, dass sich die Ausnahmen vom Schutz personenbezogener Daten auf das absolut Notwendige beschränken.<sup>20</sup> Insofern hat der *EuGH* festgelegt, dass eine Überschreitung der Grenzen des absolut Notwendigen vorliegt, wenn eine nationale Regelung, die eine allgemeine und unterschiedslose Vorratsdatenspeicherung vorsieht, keinen Zusammenhang zwischen den Daten, deren Vorratspeicherung vorgesehen ist, und einer Bedrohung der öffentlichen Sicherheit verlangt und sich insbesondere nicht auf die Daten eines Zeitraums und/oder eines geographischen Gebiets und/oder eines Personenkreises, der in irgendeiner Weise in eine schwere Straftat verwickelt sein könnte, beschränkt. In einem solchen Fall kann der Eingriff in einer demokratischen Gesellschaft nicht als gerechtfertigt angesehen werden. Dies verlangt auch die Richtlinie im Lichte der Grundrechtecharta.

Zudem hat der *EuGH* hervorgehoben, dass die Datenschutzrichtlinie, welche eine gezielte Vorratsdatenspeicherung zur Bekämpfung schwerer Straftaten ermöglicht, einer nationalen Regelung nicht entgegensteht, sofern sich die Vorratsdatenspeicherung im Hinblick auf die Kategorien der zu speichernden Daten, die erfassten Kommunikationsmittel, die betroffenen Personen und die vorgesehene Speicherdauer auf das absolut Notwendigste beschränkt. Außerdem muss nach der Rechtsprechung des *EuGH* eine solche nationale Regelung klar und präzise sein und hinreichende Garantien enthalten, um die Daten vor Missbrauchsrisiken zu schützen. Zudem soll sie Angaben dazu beinhalten, unter welchen Umständen und Vo-

<sup>12</sup> *Fischer*, Rheinischer Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, 2015, Art. 8 Rn. 144; *EGMR*, Ur. v. 7.7.1989 – 10454/83 Rn. 41; *EGMR*, Ur. v. 26.3.1987 – 9248/81 Rn. 48; *Marauhn/Thorn*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Fn. 5), 16. Kapitel Rn. 73; *EGMR*, Ur. v. 4.5.2000 – 28341/95 Rn. 46; *Frowein*, in: Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar, 4. Aufl. (2019), Art. 8 Rn. 16; *EGMR*, Ur. v. 4.12.2008 – 30562/04, 30566/04 Rn. 67 ff.; *EGMR*, Ur. v. 16.2.2000 – 27798/95 Rn. 65 ff.; *EGMR*, Ur. v. 6.6.2006 – 62332/00 Rn. 70 ff.; *EGMR*, Ur. v. 21.6.2011 – 30194/09 Rn. 65.

<sup>13</sup> Vgl. *Bayraktar* (Fn. 6), S. 20 ff.; *EGMR*, Ur. v. 4.12.2008 – 30562/04, 30566/04 Rn. 103.

<sup>14</sup> *EGMR*, Ur. v. 2.9.2010 – 35623/05 Rn. 46 f.; *Frank*, Persönlichkeitsschutz heute, 1983, Rn. 233; Dem *EGMR* (Ur. v. 1.7.2008 – 42250/02 Rn. 132) zufolge stellt eine kurzzeitige Überwachung an öffentlichen Orten keinen Eingriff dar, sofern Daten nicht systematisch gesammelt oder gespeichert werden; da die Entscheidung nur auf Französisch vorliegt, wurde die Übersetzung von *Fethullah Bayraktar* – die Debatte mit Herrn Dr. *Fethullah Bayraktar*, 10.7.2019, Erzurum – als Grundlage genommen; *Hoeren/Gräbig* heben hervor, dass *Hensel*, *Kindt* und *Redeker* Kritik an der Vorratsdatenspeicherung aus datenschutzrechtlicher Sicht ausüben; außerdem stellen *Hoeren/Gräbig* fest, dass sich *Roßnagel/Bedner/Knopp* mit den rechtlichen Anforderungen an die Aufbewahrung der Vorratsdaten befassen, und dass sie die Regelungen zur Löschung der Daten als unzureichend erachten, vgl. hierzu *Hoeren/Gräbig*, MMR-Beil. 2010, 1 (36); *Hensel*, DuD 2009, 527; *Kindt*, MMR 2009, 661; *Redeker*, ITRB 2009, 112; *Roßnagel/Bedner/Knopp*, DuD 2009, 536.

<sup>15</sup> *EGMR*, Ur. v. 2.9.2010 – 35623/05 Rn. 46 f.; *Frank*, Persönlichkeitsschutz heute (Fn. 14), Rn. 233.

<sup>16</sup> *Meyer-Ladewig*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK, 4. Aufl. (2017), Art. 8 Rn. 42; *EGMR*, Ur. v. 4.12.2008 – 30562/04, 30566/04 Rn. 67; vgl. *Gola/Klug/Reif*, NJW 2007, 2599 (2600).

<sup>17</sup> *EGMR*, Ur. v. 26.3.1987 – 9248/81 Rn. 54 f.; *EGMR*, Ur. v. 21.6.2011 – 30194/09 Rn. 65 ff.; *EGMR*, Ur. v. 4.12.2008 – 30562/04, 30566/04 Rn. 95 ff.

<sup>18</sup> *EGMR*, Ur. v. 24.4.2018 – 62357/14 Rn. 124 ff.

<sup>19</sup> *EGMR*, Ur. v. 24.4.2018 – 62357/14 Rn. 125; *EGMR*, Ur. v. 13.9.2018 – 58170/13, 62322/14, 24960/15 Rn. 387; *EGMR*, Ur. v. 19.6.2018 – 35252/08 Rn. 180f.

<sup>20</sup> *EuGH*, Ur. v. 21.12.16, C-203/15, C-698/15, EU:C:2016:970; vgl. auch *EuGH*, Ur. v. 8.4.2014, C-293/12, C-594/12, EU:C:2014:238.



raussetzungen eine Maßnahme der Vorratsdatenspeicherung vorbeugend getroffen werden darf. Auf diese Weise soll gewährleistet werden, dass sich der Umfang dieser Maßnahme in der Praxis tatsächlich auf das absolut Notwendige beschränkt.

Zugleich hat der *EuGH* im Rahmen dieser Entscheidung Kriterien für den Zugang der zuständigen nationalen Behörden zu den gespeicherten Daten aufgestellt, die eine nationale Regelung erfüllen muss. Danach muss die betreffende nationale Regelung nicht nur einem der in der Datenschutzrichtlinie genannten Zwecke dienen, sondern darüber hinaus die verfahrens- und materiell-rechtlichen Voraussetzungen für den Zugang der zuständigen nationalen Behörden zu den gespeicherten Daten festlegen. Dies gilt auch für den Fall, dass es sich bei diesem Zweck um die Bekämpfung schwerer Straftaten handelt.

Insofern hat der *EuGH* betont, dass zur Bekämpfung von Straftaten grundsätzlich nur Zugang zu Daten von Personen gewährt werden darf, die im Verdacht stehen, eine schwere Straftat zu planen, zu begehen, begangen zu haben oder auf irgendeine Weise in eine solche Straftat verwickelt zu sein. Ausnahmsweise könnte in besonderen Situationen auch Zugang zu Daten anderer Personen gewährt werden, wenn vitale Interessen der nationalen Sicherheit, der Landesverteidigung oder der öffentlichen Sicherheit durch terroristischen Aktivitäten bedroht sind und objektive Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass diese Daten im konkreten Fall einen wirksamen Beitrag zur Bekämpfung solcher Aktivitäten leisten könnten.

Schließlich hat der *EuGH* im Rahmen seiner Entscheidung auf die Notwendigkeit einer vorherigen Kontrolle durch ein Gericht oder eine unabhängige Stelle hingewiesen. Einzig in Eilfällen könne der Zugang zu den auf Vorrat gespeicherten Daten auch ohne eine vorherige Kontrolle gewährt werden. Ferner müssten die zuständigen nationalen Behörden, denen der Zugang zu den gespeicherten Daten gewährt wurde, die davon betroffenen Personen in Kenntnis setzen. Nach Ablauf der Speicherungsfrist seien die gespeicherten Daten unwiderruflich zu vernichten.

#### IV. Vorratsdatenspeicherung in der Türkei

Im Folgenden werden die in der türkischen Rechtsordnung verankerten Ermächtigungsgrundlagen für die Vorratsdatenspeicherung im Hinblick auf die Vorgaben des *EGMR* geprüft.

##### 1. Gesetzliche Grundlagen der Vorratsdatenspeicherung von Telekommunikations- und Internetverkehrsdaten

Nach Art. 8 Abs. 2 EMRK muss ein Eingriff in die Rechte des Art. 8 Abs. 1 EMRK "gesetzlich vorgesehen" sein, um gerechtfertigt zu sein.<sup>21</sup> Demnach soll der Eingriff in die Rechte des Art. 8 Abs. 1 EMRK auf einem formellen Gesetz oder auf einer normativen Grundlage beruhen, die zumindest auf ein vom Parlament verabschiedetes Gesetz zurückzuführen ist.<sup>22</sup>

Nach herrschender Ansicht genügt eine allgemeine rechtliche Ermächtigung.<sup>23</sup> Hierzu zählen nationale Parlamentsgesetze, aber auch Verordnungen, Richterrecht und Gewohnheitsrecht; eine Ermächtigungsgrundlage in Form eines Parlamentsgesetzes ist demnach nicht zwingend.<sup>24</sup> Zu beachten ist jedoch, dass nur solche Rechtsnormen von Art. 8 Abs. 1 EMRK erfasst sind, die nach innerstaatlichem Recht auch als Rechtsnormen angesehen werden.<sup>25</sup> In der Türkei ist am 5.11.2008 das Gesetz Nr. 5809 über die elektronische Kommunikation in Kraft getreten. In § 51 Abs. 10 dieses Gesetzes ist eine Ermächtigungsgrundlage für die Vorratsdatenspeicherung im Zusammenhang mit der elektronischen Kommunikation vorgesehen. Demnach können die Verkehrs- und Standortdaten der Kommunikation sowie die persönlichen Daten im Rahmen der Prüfung der Beschwerde des Anwenders und der Überwachungstätigkeiten verarbeitet werden. Die Datenkategorien und die Dauer der Datenspeicherung werden durch eine Verordnung bestimmt (§ 51 Abs. 9 i.V.m. Abs. 10 lit. c), der zufolge die Daten ein bis zwei Jahre ab dem Zeitpunkt der Kommunikation gespeichert werden müssen.

Die Eingriffsermächtigungen für die Vorratsdatenspeicherung der Internetverkehrsdaten sind in der türkischen Rechtsordnung in den §§ 5 Abs. 3, 6 Abs. 1 lit. b des Gesetzes Nr. 5651 vorgesehen. § 5 Abs. 3 des Gesetzes Nr. 5651 bestimmt, dass die für das "Server Hosting" verantwortlichen natürlichen und juristischen Personen die Internetverkehrsdaten für die Dauer von einem Jahr bis zu zwei Jahren speichern müssen. Die Dauer der Vorratsdatenspeicherung wird durch eine Verordnung bestimmt.

Gleiches gilt gem. § 6 Abs. 1 lit. B des Gesetzes Nr. 5651 auch für natürliche und juristische Personen, welche den Internetzugriff anbieten. Demnach muss der Internetanbieter die Internetverkehrsdaten seines Internetdienstes

<sup>21</sup> Frowein, in: Frowein/Peukert (Fn. 12), Art. 8 Rn. 16; nach der Rechtsprechung des *EGMR* sind Abhörmaßnahmen ohne eine gesetzliche Grundlage mit Art. 8 Abs. 2 unvereinbar, *EGMR*, Urt. v. 2.8.1984 – 8691/79; *EGMR*, Urt. v. 12.5.2000 – 35394/97; *EGMR*, Urt. v. 25.3.1998 – 23224/94; vertiefend Breitenmoser, in: Thürer, EMRK: Neuere Entwicklungen, 2005, S. 130; Breitenmoser, Der Schutz der Privatsphäre gemäß Art. 8 EMRK, 1986, S. 73 ff.; Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl. (2016), § 18 Rn. 7-11, § 22 Rn. 36-39.

<sup>22</sup> Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, § 18 Rn. 8 f.; Fischer (Fn. 12), Rn. 6; Frowein, in: Frowein/Peukert (Fn. 12), Vorbem. zu Art. 8-11 Rn. 3f.; Peters, Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention, 2003, S. 23; Meyer-Ladewig, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer (Fn. 16), Art. 8 Rn. 100.

<sup>23</sup> Frowein, in: Frowein/Peukert (Fn. 12), Vorbem. zu Art. 8-11 Rn. 3; Fischer (Fn. 12), Art. 8 Rn. 6; vgl. auch Grabenwarter/Pabel (Fn. 22), § 18 Rn. 8; Peters (Fn. 22), S. 23; Pätzold, in: Karpens-tein/Mayer, EMRK, 2. Aufl. (2015), Art. 8 Rn. 92.

<sup>24</sup> A.a.O.

<sup>25</sup> Frowein, in: Frowein/Peukert (Fn. 12), Vorbem. zu Art. 8-11 Rn. 4; *EGMR*, Urt. v. 25.3.1983 – 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, 7136/75 Rn. 86.

für eine Dauer von sechs Monaten bis zu zwei Jahren speichern. Die Dauer der Datenspeicherung wird wiederum durch eine Verordnung bestimmt.

Insofern ist festzustellen, dass die Vorratsdatenspeicherung der Internet- und Telekommunikationsverkehrsdaten "gesetzlich vorgesehen" ist und die Voraussetzung der gesetzlichen Grundlage des Art. 8 Abs. 1 EMRK erfüllt ist.

## 2. Überprüfung der gesetzlichen Grundlagen für die Vorratsdatenspeicherung von Telekommunikations- und Internetverkehrsdaten im Hinblick auf deren Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft

Es gilt zu prüfen, ob die gesetzlichen Grundlagen für die Vorratsdatenspeicherung der Telekommunikations- und Internetverkehrsdaten den Anforderungen des *EGMR* an einen zulässigen Eingriff in das Recht auf Achtung des Privatlebens und der Korrespondenz genügen. Hierzu sollen die Eingriffsermächtigungen daraufhin untersucht werden, ob diese Schutzvorkehrungen gegen Missbrauch und Willkür vorsehen.<sup>26</sup>

### a) Die gesetzlichen Ermächtigungsgrundlagen der Vorratsdatenspeicherung der Internet- und Telekommunikationsverkehrsdaten

In der türkischen Ermächtigungsgrundlage für die Vorratsdatenspeicherung der Internetverkehrsdaten ist bestimmt, dass eine für das "Server Hosting" verantwortliche natürliche oder juristische Person die Internetverkehrsdaten für die Dauer von einem Jahr bis zu zwei Jahren speichern muss. Die Dauer der Datenspeicherung wird durch eine Verordnung bestimmt. Zudem sollen sie gem. § 5 Abs. 3 des Gesetzes Nr. 5651 die Geheimhaltung und die Sicherheit dieser Daten gewährleisten.

Gleiches gilt nach § 6 Abs. 1 lit. b des Gesetzes Nr. 5651 für natürliche und juristische Personen, welche einen Internetzugang anbieten. Danach muss der Internetanbieter die Internetverkehrsdaten seines Dienstes für die Dauer von sechs Monaten bis zu zwei Jahren speichern und die Geheimhaltung und die Sicherheit dieser gespeicherten

Daten gewährleisten. Die Dauer der Datenspeicherung wird durch eine Verordnung festgelegt.

In der türkischen Ermächtigungsgrundlage für die Vorratsdatenspeicherung der Telekommunikationsverkehrsdaten ist bestimmt, dass die Verkehrs- und Standortdaten der Kommunikation sowie die persönlichen Daten im Rahmen der Prüfung der Beschwerden des Anwenders und der Überwachungstätigkeiten verarbeitet werden können. Die Datenkategorien und die Dauer der Speicherung der Daten von einem Jahr bis zu 2 Jahren ab dem Zeitpunkt der Kommunikation werden gem. § 51 Abs. 9 i.V.m. § 51 Abs. 10 lit. c des Gesetzes 5809 über die elektronische Kommunikation durch eine Verordnung bestimmt.

Im Hinblick auf die Notwendigkeit des Eingriffs in einer demokratischen Gesellschaft und das vom *EGMR* etablierte Erfordernis der Schutzvorkehrungen gegen Missbrauch und Willkür ist erstens festzustellen, dass die Bestimmungen betreffend die Dauer der Datenspeicherung gegen den nach der Rechtsprechung des *EGMR* zu wahrenen Grundsatz der Vorhersehbarkeit der gesetzlichen Grundlage verstoßen.<sup>27</sup> Zwar wurde in der jeweils erlassenen Verordnungen die Dauer der Speicherung der Daten offen bestimmt.<sup>28</sup> Doch muss die *gesetzliche Grundlage* eines Grundrechtseingriffs, um dem Grundsatz der Vorhersehbarkeit zu genügen, derart bestimmt sein, dass der Bürger die Umstände und die Bedingungen behördlichen Handelns voraussehen, sein Verhalten nach dem Gesetz ausrichten und die Folgen seines Handelns voraussehen kann.<sup>29</sup>

In dem Verfahren *Sunday Times gegen Großbritannien* hat der *EGMR* die Vorhersehbarkeit wie folgt umschrieben: „Eine Norm kann nicht als „Gesetz“ (loi/law) angesehen werden, wenn sie nicht so präzise formuliert ist, dass der Bürger sein Verhalten danach einrichten kann: Er muss – gegebenenfalls aufgrund entsprechender Beratung – in der Lage sein, die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Bestimmtheit vorherzusehen.“<sup>30</sup>

<sup>26</sup> Zwar haben die Vertragsstaaten dem *EGMR* zufolge einen Ermessensspielraum bei der Durchführung der Telekommunikationsüberwachungsmaßnahmen. Jedoch überprüft er diese Maßnahmen im Hinblick auf ihre Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft. In diesem Zusammenhang überprüft er auch, ob die Ermächtigungsgrundlage, auf der die Maßnahme beruht, Schutzvorschriften gegen Missbrauch und Willkür vorsieht. D.h. er überprüft, ob die in der Ermächtigungsgrundlage genannten Begrifflichkeiten der Auswertung, der Verwendung und der Speicherung der erlangten Daten hinreichend bestimmt sind und ob im Hinblick auf Katalogstraftaten, eine unabhängige Anordnungsstelle, eine Benachrichtigungspflicht, Kontrollmechanismen, Rechtsschutzmöglichkeiten sowie eine Löschungspflicht vorgesehen wurden, vgl. *EGMR* Ur. v. 18.5.2010 – 26839/05 Rn. 153; *EGMR* Ur. v. 4.12.2008 – 30562/04, 30566/04 Rn. 99 ff.).

<sup>27</sup> *EGMR*, Ur. v. 18.5.2010 – 26839/05 Rn. 151; *EGMR*, Ur. v. 28.6.2007 – 62540/00 Rn. 74; *EGMR*, Ur. v. 27.9.2005 – 50882/99 Rn. 76 ff.; *EGMR*, Ur. v. 4.5.2000 – 28341/95 Rn. 55; *EGMR*, Ur. v. 21.6.2011 – 30194/09 Rn. 67 f.

<sup>28</sup> Ermächtigungsverordnung über die elektronische Kommunikation, vgl. „Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği“, Amtsblatt vom 28.5.2009, Nr. 27241; in § 19 Abs. 1 lit. f dieser Verordnung ist sowohl für die Vorratsdatenspeicherung der Telekommunikationsverkehrsdaten als auch für die Vorratsdatenspeicherung der Internetverkehrsdaten die genaue Zeitdauer der Speicherung bestimmt.

<sup>29</sup> *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 22), § 18 Rn. 11; *Frowein*, in: *Frowein/Peukert* (Fn. 12), Vorbem. zu Art. 8 – 11 Rn. 3; *Marauhn/Merhof*, in: *Dörr/Grote/Marauhn* (Fn. 5), 7. Kapitel Rn. 30; *Enmulat*, Datenschutzrechtliche Verpflichtungen der Gemeinschaftsorgane und -einrichtungen, 2008, S. 59; *Esßer*, in: *Löwe/Rosenberg*, StPO, Band 11, 26. Aufl. (2012), Art. 8 Rn. 37; zu der Frage, ob dem konventionsrechtlichen Bestimmtheitsgebot genüge getan ist, wenn der Bürger die Rechtsnorm nur nach entsprechender Beratung verstehen kann sowie zu der Frage, welche Bedeutung der behördlichen Praxis und der Rechtsprechung der innerstaatlichen Gerichte zukommt, *Marauhn/Merhof*, in: *Dörr/Grote/Marauhn* (Fn. 5), 7. Kapitel Rn. 30 ff.

<sup>30</sup> *EGMR*, Ur. v. 26.4.1979 – 6538/74 Rn. 49; *EGMR-E*, Band 1, S. 366 ff.; *EGMR*, Ur. v. 2.8.1984 – 8691/79 Rn. 66; vgl. auch *Frowein*, in: *Frowein/Peukert* (Fn. 12), Vorbem. zu Art. 8 – 11 Rn. 3; *Enmulat* (Fn. 29), S. 46.

Demzufolge soll die Rechtsgrundlage die Voraussetzungen für den Eingriff in das Freiheitsrecht und die Grenzen der Eingriffsmöglichkeit hinreichend klar regeln. Dadurch wird den Erfordernissen der Rechtssicherheit genüge getan, jeder Willkür staatlicher Organe entgegengewirkt und eine Nachprüfung der Entscheidungen staatlicher Organe erleichtert.<sup>31</sup> Insbesondere für staatliche Telefonüberwachungsmaßnahmen hat der *EGMR* wegen der schwerwiegenden Beeinträchtigung des Privatlebens und der Korrespondenz im Hinblick auf die Klarheit und Präzision der gesetzlichen Grundlage bestimmt, dass sie insbesondere zeitliche Grenzen von Abhörmaßnahmen genau bezeichnen muss.<sup>32</sup>

Die gesetzlichen Grundlagen zur Speicherungsfrist legen keine objektiven Kriterien fest, welche gewährleisten sollen, dass die Speicherung auf das absolut Notwendige beschränkt wird. Vielmehr werden die in den gesetzlichen Vorschriften benannten Merkmale „die Zeitdauer der Speicherung der Daten, die nicht weniger als ein Jahr und nicht mehr als 2 Jahre von der Kommunikation an“,<sup>33</sup> „Zeitdauer, die nicht weniger als 6 Monate und nicht mehr als zwei Jahre beträgt“<sup>34</sup> und „Zeitdauer, die nicht weniger als ein Jahr und nicht mehr als zwei Jahre beträgt“<sup>35</sup> schemenhaft und unpräzise gefasst. Erst durch die jeweilige Verordnung werden diese konkretisiert. Dies entspricht nicht den Anforderungen des *EGMR*. Dieser hat im Fall *Buck* im Rahmen der Rechtfertigung des Eingriffs unter dem Aspekt der Notwendigkeit des Eingriffs „in einer demokratischen Gesellschaft“ hervorgehoben, dass der Eingriff auf das unbedingt erforderliche Maß beschränkt werden muss.<sup>36</sup> Insofern ist festzustellen, dass die Vorschriften aufgrund ihrer schemenhaften und unpräzisen Fassung das Merkmal der „Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft“ nicht erfüllen.

Außerdem bieten die Vorschriften keine hinreichenden Garantien dafür, dass die Daten wirksam vor Missbrauchsrisiken geschützt sind:

Zwar entspricht es zunächst den Anforderungen des *EGMR*, dass der Gesetzgeber in § 5 Abs. 3 und § 6 Abs. 1 lit. b des Gesetzes Nr. 5651 – abweichend von § 51 Abs. 10 lit. c des Gesetzes Nr. 5809 – die Geheimhaltung

und die Sicherheit der gespeicherten Daten als erforderlich ansieht.<sup>37</sup> Doch hat der Gesetzgeber dazu keine objektiven Kriterien bestimmt und so den Internetanbietern im Rahmen der Bestimmung des von ihnen angewandten Sicherheitsniveaus einen weiten Ermessensspielraum eingeräumt. Dies entspricht nicht den Anforderungen des *EGMR*, da kein angemessener Schutz gegen Missbrauch besteht.

Der Gesetzgeber muss die Form und die Art und Weise der Sicherstellung genauer bestimmen. Zudem gewährleisten die Vorschriften nicht, dass die Daten nach Ablauf ihrer Speicherungsfrist unwiderruflich vernichtet werden. Dies ist nach der Rechtsprechung des *EGMR* jedoch erforderlich.<sup>38</sup>

Dem *EGMR* zufolge ist die Darlegung des Verfahrens der Auswertung, der Verwendung und der Speicherung der erlangten Daten erforderlich.<sup>39</sup> Dies ist jedoch ebenfalls gesetzlich nicht normiert.

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung geht der *EGMR* auch von der Beschränkung des Verwendungsbereiches der gespeicherten Daten aus.<sup>40</sup> Auch diesbezüglich enthalten die türkischen Vorschriften keine Bestimmung. Die Vorschriften sollten ein objektives Kriterium vorsehen, das die Beschränkung des Zugangs zu den Daten und deren Nutzung durch die zuständigen nationalen Behörden zwecks Verhütung, Feststellung oder Verfolgung von Straftaten auf solche Straftaten ermöglicht, die im Hinblick auf das Ausmaß und die Schwere des Eingriffs in die jeweiligen Grundrechte als so schwerwiegend angesehen werden können, dass sie einen solchen Eingriff rechtfertigen. Zudem sollte in den Vorschriften eine unabhängige Stelle für die Anordnung der Abrufung der gespeicherten Daten vorgesehen werden. Diese wurde in den Entscheidungen des *EGMR* mehrfach als Schutzvorkehrung gegen Missbrauch anerkannt.<sup>41</sup>

Ferner sieht § 6 Abs. 1 lit. c des Gesetzes Nr. 5651 vor, dass ein Internetanbieter mindestens drei Monate vor der Beendigung des Vertragsverhältnisses über Telekommunikationsdienste der Anstalt für Informationstechnologie und Telekommunikation (BTK) mitteilen muss, dass er

<sup>31</sup> Frowein, in: Frowein/Peukert (Fn. 12), Vorbem. zu Art. 8 – 11 Rn. 2; Gollwitzer, Menschenrechte im Strafverfahren, 2005, Art. 8 Rn. 11; Esser, in: Löwe/Rosenberg (Fn. 29), Art. 8 Rn. 39.

<sup>32</sup> *EGMR*, Ur. v. 24.4.1990 – 11105/84 Rn. 34; *Marauhn/Thorn*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Fn. 5), 16. Kapitel Rn. 84; *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 22), § 22 Rn. 37; *Peters/Altwickler*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl. (2012), 5. Teil Rn. 13; *Esser*, in: Löwe/Rosenberg (Fn. 29), Art. 8 Rn. 40, 82.

<sup>33</sup> § 51 Abs. 9 i.V.m. Abs. 10 lit. c des Gesetzes Nr. 5809 über die elektronische Kommunikation.

<sup>34</sup> § 6 Abs. 1 lit. b des Gesetzes Nr. 5651.

<sup>35</sup> § 5 Abs. 3 des Gesetzes Nr. 5651.

<sup>36</sup> *EGMR*, Ur. v. 28.4.2005 – 41604/98 Rn. 50.

<sup>37</sup> Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung hat der *EGMR* damit gerechnet, dass die gespeicherten Daten in einem gesonderten Bereich aufbewahrt werden, vgl. *EGMR*, Ur. v. 8.12.1979 – 8022/77, 8025/77, 8027/77 Rn. 230; vgl. auch *EGMR*, Ur. v. 4.12.2008 – 30562/04, 30566/04 Rn. 99 ff.

<sup>38</sup> Schließlich hat der *EGMR* im Fall *Iordachi* bemängelt, dass das Ermächtigungsgesetz zur Telekommunikationsüberwachung den Speicherungs- und Löschungsprozess der erlangten Daten nicht ausreichend bestimmt hat, vgl. *EGMR*, Ur. v. 10.2.2009 – 25198/02 Rn. 48; vgl. auch *EGMR*, Ur. v. 4.12.2008 – 30562/04, 30566/04 Rn. 99; *EGMR*, Ur. v. 18.5.2010 – 26839/05 Rn. 162 ff.; *EGMR*, Ur. v. 24.4.1990 – 11105/84 Rn. 34.

<sup>39</sup> Vgl. *EGMR*, Ur. v. 16.2.2000 – 27798/95 Rn. 76, 80; *EGMR*, Ur. v. 10.2.2009 – 25198/02 Rn. 48; *EGMR*, Ur. v. 21.6.2011 – 30194/09 Rn. 69; *EGMR*, Ur. v. 4.5.2000 – 28341/95 Rn. 56; *EGMR*, Ur. v. 4.12.2008 – 30562/04 und 30566/04 Rn. 99; *EGMR*, Ur. v. 24.4.1990 – 11105/84 Rn. 34.

<sup>40</sup> Die Verwendung von Daten ist auf Fälle der Strafverfolgung und Fälle, in denen es um die Erlangung der schwedischen Staatsangehörigkeit geht, begrenzt, vgl. *EGMR*, Ur. v. 26.3.1987 – 9248/81 Rn. 64-65; die gespeicherten Daten werden nur im Rahmen der Feststellung der Identität des Straftäters eines Terrordelikts für die Vergleichen verwendet, vgl. *EGMR*, Ur. v. 8.12.1979 – 8022/77, 8025/77, 8027/77 Rn. 230.

<sup>41</sup> *EGMR*, Ur. v. 15.1.2015 – 68955/11 Rn. 94; *EGMR*, Ur. v. 18.5.2010 – 26839/05 Rn. 153; *EGMR*, Ur. v. 28.4.2005 – 41604/98 Rn. 46; *EGMR*, Ur. v. 21.6.2011 – 30194/09 Rn. 68.

seinen Dienst beenden wird. Er ist zudem dazu verpflichtet, die Verkehrsdaten entsprechend der jeweiligen Verordnung an die BTK herauszugeben. Hier fehlt es an einer Regelung, welche den Umgang mit denjenigen Daten, die nach einer Beendigung des Dienstes des Speichernden an die BTK abgegeben werden, bestimmt. Dies ist mit den Vorgaben des *EGMR* bezüglich der Darlegung des Verfahrens bei der Auswertung, der Verwendung und der Speicherung der erlangten Daten nicht vereinbar.<sup>42</sup> In diesem Zusammenhang mangelt es am Schutz gegen Missbrauch.

*b) Die Ermächtigungsverordnung über die elektronische Kommunikation*

In den §§ 5 Abs. 3, 6 Abs.1 lit. b des Gesetzes Nr. 5651 sowie § 51 Abs. 10 lit. c des Gesetzes 5809 werden die äußeren Grenzen der Dauer der Speicherung der Internet- und Kommunikationsverkehrsdaten bestimmt. Zur genauen Feststellung der Dauer der Datenspeicherung verweisen die Vorschriften auf die jeweilige Verordnung. Obwohl die Ermächtigungsverordnung über die elektronische Kommunikation keine Gesetzeskraft besitzt und somit den Anforderungen des *EGMR* nicht entspricht, soll überprüft werden, ob sie das Merkmal der „Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft“ erfüllt.

§ 19 Abs. 1 lit. f der Ermächtigungsverordnung über die elektronische Kommunikation bestimmt, dass die den Internetzugang anbietende Anstalt und der Telefonanbieter die IP-Adressen, den Beginn und das Ende der Anwendungszeit, die Identifikationsinformationen und die Telekommunikationsverkehrsdaten zwei Jahre lang speichern und aufbewahren sollen. Kritisch ist hier jedoch zu sehen, dass durch die Vorschriften nicht gewährleistet ist, dass die Daten wirksam vor Missbrauch geschützt werden.<sup>43</sup> Es ist nicht sichergestellt, dass die Daten nach Ablauf ihrer Speicherungsfrist unwiderruflich vernichtet werden. Dies ist nach der Auffassung des *EGMR* jedoch erforderlich. Schließlich hat der *EGMR* im Fall *Iordachi* bemängelt, dass das Ermächtigungsgesetz zur Telekommunikationsüberwachung den Speicherungs- und Löschungsprozess der erlangten Daten nicht hinreichend bestimmt hat.<sup>44</sup>

Der *EGMR* fordert die Regelung eines Verfahrens betreffend die Auswertung, die Verwendung und die Speicherung der erlangten Daten.<sup>45</sup> Eine solche Regelung findet sich in der Vorschrift jedoch nicht. Im Rahmen der Ver-

hältnismäßigkeitsprüfung fordert der *EGMR* eine Beschränkung des Verwendungsbereichs der gespeicherten Daten.<sup>46</sup> Diesbezüglich enthält die türkische Vorschrift ebenfalls keine Bestimmung. Die Vorschrift sollte ein objektives Kriterium vorsehen, das die Beschränkung des Zugangs zu den Daten und deren Nutzung durch die zuständigen nationalen Behörden zwecks Verhütung, Feststellung oder Verfolgung von Straftaten auf solche Straftaten ermöglicht, die im Hinblick auf das Ausmaß und die Schwere des Eingriffs in die jeweiligen Grundrechte als so schwerwiegend angesehen werden können, dass sie einen solchen Eingriff rechtfertigen. Schließlich hat der *EGMR* schon mehrfach betont, dass ein Straftatenkatalog Schutz vor Missbrauch und Willkür böte.<sup>47</sup>

Auf der anderen Seite soll nach § 19 Abs.1 lit. p dieser Verordnung der Telefonanbieter alle Maßnahmen zur Sicherung und Wahrung des Kommunikationsgeheimnisses treffen und seine Systeme mit der neuesten Technologie ausstatten. Zudem soll er nach dieser Vorschrift im Rahmen der Aufbewahrung und Übermittlung der die Kommunikation betreffenden Informationen, Unterlagen und Daten das Datengeheimnis wahren und verhindern, dass dritte Personen diese Daten erhalten. Diese Vorschrift stellt eine Schutzvorschrift zur Sicherstellung und Geheimhaltung der gespeicherten Daten dar und ist insofern positiv zu bewerten, als der *EGMR* im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung das Vorhandensein der Schutzvorschriften zur Sicherstellung und Geheimhaltung der gespeicherten Daten positiv berücksichtigt. Schließlich hat es der *EGMR* im Fall *McVeigh* im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung für erforderlich gehalten, dass die gespeicherten Daten in einem gesonderten Bereich aufbewahrt werden.<sup>48</sup> Allerdings ist eine solche Verpflichtung des Internetanbieters zur Sicherstellung und Geheimhaltung der gespeicherten Daten vorgesehen.

## V. Die Abrufsregelung in der türkischen Rechtsordnung und die Praxis in der Türkei

Zwar ist eine Abrufsregelung für die gespeicherten Internetverkehrsdaten in der türkischen Strafprozessordnung (CMK)<sup>49</sup> nicht angeordnet, doch sind die Maßnahmen der Feststellung der Telekommunikation und der Bewertung

<sup>42</sup> Vgl. *EGMR*, Ur. v. 16.2.2000 – 27798/95 Rn. 76, 80; *EGMR*, Ur. v. 10.2.2009 – 25198/02 Rn. 48; *EGMR*, Ur. v. 21.6.2011 – 30194/09 Rn. 69; *EGMR*, Ur. v. 4.5.2000 – 28341/95 Rn. 56 f.; *EGMR*, Ur. v. 4.12.2008 – 30562/04, 30566/04 Rn. 99; *EGMR*, Ur. v. 24.4.1990 – 11105/84 Rn. 34.

<sup>43</sup> *EGMR*, Ur. v. 4.12.2008 – 30562/04, 30566/04 Rn. 99; *EGMR*, Ur. v. 6.6.2006 – 62332/00 Rn. 76; *EGMR*, Ur. v. 21.6.2011 – 30194/09 Rn. 69; *EGMR*, Ur. v. 18.5.2010 – 26839/05 Rn. 153; *EGMR*, Ur. v. 27.9.2005 – 50882/99 Rn. 82; *EGMR*, Ur. v. 28.4.2005 – 41604/98 Rn. 45.

<sup>44</sup> *EGMR*, Ur. v. 10.2.2009 – 25198/02 Rn. 48; vgl. auch *EGMR*, Ur. v. 4.12.2008 – 30562/04, 30566/04 Rn. 99; *EGMR*, Ur. v. 18.5.2010 – 26839/05 Rn. 162 ff.

<sup>45</sup> Vgl. *EGMR*, Ur. v. 16.2.2000 – 27798/95 Rn. 76, 80; *EGMR*, Ur. v. 10.2.2009 – 25198/02 Rn. 48; *EGMR*, Ur. v. 21.6.2011 – 30194/09 Rn. 69; *EGMR*, Ur. v. 4.5.2000 – 28341/95 Rn. 56 f.; *EGMR*, Ur. v. 4.12.2008 – 30562/04, 30566/04 Rn. 99.

<sup>46</sup> Die Verwendung von Daten ist auf die Fälle der Strafverfolgung und auf die Fälle, in denen es um die Erlangung der schwedischen Staatsangehörigkeit geht, begrenzt, vgl. *EGMR*, Ur. v. 26.3.1987 – 9248/81 Rn. 64 f.; die gespeicherten Daten werden nur im Rahmen der Feststellung der Identität des Straftäters eines Terrordelikts für die Vergleichung verwendet, vgl. *EGMR*, Ur. v. 8.12.1979 – 8022/77, 8025/77, 8027/77 Rn. 230.

<sup>47</sup> Vgl. *EGMR*, Ur. v. 24.4.1990 – 11105/84 Rn. 34.

<sup>48</sup> *EGMR*, Ur. v. 8.12.1979 – 8022/77, 8025/77, 8027/77 Rn. 230; vgl. auch *EGMR*, Ur. v. 4.12.2008 – 30562/04, 30566/04 Rn. 99 ff.; *EGMR*, Ur. v. 18.5.2010 – 26839/05 Rn. 162.

<sup>49</sup> Türkische Strafprozessordnung.



der Signalisierung in den §§ 135 ff. CMK geregelt.<sup>50</sup> Dieser Beitrag beschäftigt sich nicht mit der Frage, ob diese Vorschriften den Anforderungen des *EGMR* entsprechen bzw. ob die Vorschriften einen Minimalschutz gegen Missbrauch und Willkür bieten.<sup>51</sup> Vielmehr finden diese Vorschriften als die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für die Abrufung der schon gespeicherten Telekommunikationsdaten kurz Erwähnung. In Anknüpfung daran wird insbesondere die Praxis in der Türkei dargestellt.

Nach § 135 Abs. 1 CMK können die Telekommunikationsdaten des Beschuldigten oder Angeklagten verwertet werden. Voraussetzung dafür ist das Vorliegen eines dringenden und auf konkreten Beweisen beruhenden Tatverdachts (strong grounds for suspicion) bezüglich einer der in § 135 Abs. 8 CMK aufgezählten Katalogstraftaten.<sup>52</sup> Zudem darf die Erbringung des Tatnachweises auf andere Weise nicht möglich sein. D. h., diese Maßnahme ist nur gegenüber dem Beschuldigten oder Angeklagten zulässig.<sup>53</sup>

Gem. § 135 Abs. 6 CMK wird die Abfrage der Telekommunikationsverkehrsdaten eines Beschuldigten oder Angeklagten im Ermittlungsverfahren von einem Richter und bei Gefahr im Verzug durch die Staatsanwaltschaft und im Hauptverfahren durch das Gericht angeordnet. Hier ist besonders verwunderlich, dass die Gerichte im Rahmen ihrer strafrechtlichen Ermittlungen die Telekommunikationsverkehrsdaten auch unbekannter Dritter von den Speicherstellen abfragen und an sich weiterleiten lassen, obwohl gem. § 135 Abs. 6 CMK die Abfrage und Weitergabe von Telekommunikationsverkehrsdaten in den Fäl-

len repressiven Handelns nur gegenüber dem Beschuldigten oder dem Angeklagten zulässig sind. Diese sind dem Gericht selbstverständlich bekannt.

Die gerichtliche Praxis der rechtswidrigen Abfrage von Telekommunikationsverkehrsdaten unbekannter Dritter zeigte sich erstmals in dem Fall *Hrant-Dink*. Der armenische und türkische Staatsangehörige und Herausgeber, der in Istanbul erscheinenden zweisprachigen Wochenzeitung *Agos*, *Hrant Dink*, wurde am 19.1.2007 von *Ogün Samast* auf offener Straße erschossen. *Samast* wurde verhaftet. Doch ist der Fall nicht aufgeklärt worden. Viele Polizei- und Gendarmeriebeamte wurden wegen Unterlassung zu einer Freiheitsstrafe verurteilt. In diesem Zusammenhang wurde über das Bestehen eines „Tiefen Staat[es]“ debattiert.<sup>54</sup> Für den Ausgang des Prozesses war von entscheidender Bedeutung, wer zum Zeitpunkt der Ermordung *Dinks* in diesem Gebiet via Handy telefonierte.<sup>55</sup> Das 14. *Schwurgericht* in Istanbul hat vom TİB<sup>56</sup> die Herausgabe der Aufzeichnungen der Verkehrsdaten der gesamten in diesem Gebiet und zu diesem Zeitpunkt stattgefundenen Telekommunikation verlangt, ohne den Namen oder die Rufnummer des Adressaten der Maßnahme zu nennen oder eine andere Kennung des zu überwachenden Anschlusses oder des Endgerätes anzugeben.<sup>57</sup> Dies hat das TİB abgelehnt und das Gericht aufgefordert, von dem Herausverlangen dieser Aufzeichnungen Abstand zu nehmen, da die Herausgabe gegen geltendes Recht verstoße. Durch die Weitergabe der Aufzeichnungen werde in das

<sup>50</sup> Vgl. *Şahin*, in: *Ceza Muhakemesi Hukuku* Band I, 6. Aufl. (2015), S. 349 f.; *Ünver/Hakeri*, in: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Band I, 11. Aufl. (2016), S. 743; *Centel/Zafer*, in: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 12. Aufl. (2015), S. 445 ff.; *Kunter/Yenisey/Nuhoglu*, *Muhakeme Hukuku* Dalı Olarak *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 18. Aufl. (2010), S. 789 f.; *Yerdelen*, *Soruşturma ve Koruma Tedbirleri*, Ankara, 2006, S. 116 ff.

<sup>51</sup> Hierzu *Bayraktar* (Fn. 6), S. 466 ff.

<sup>52</sup> *Toroslu/Feyzioğlu*, in: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 12. Aufl. (2013), S. 254 f.; gem. § 135 Abs. 6 CMK können die Telekommunikationsverkehrsdaten für alle Delikte abgerufen werden, vgl. *Şahin* (Fn. 50), S. 354 ff.; *Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kirit/Özaydın/Alacan/Erdem*, *Nazari Ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. Aufl. (2015), S. 535 f.

<sup>53</sup> Vertiefend *Kaymaz*, *Ceza Muhakemesinde Telekommunikasyon Yoluyla Yapılan İletisimin Denetlenmesi*, 4. Aufl. (2015), S. 175; vgl. auch *Şen*, in: *Hilgendorf/Ünver*, *Das Strafrecht im deutsch-türkischen Rechtsvergleich*, 2010, S. 911; *Centel/Zafer* (Fn. 50), S. 405 ff.; *Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe*, in: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 7. Aufl. (2015), S. 459; vgl. hierzu auch die *Entscheidung des türkischen Kassationsgerichts* (Yargıtay) 4. *Ceza Dairesi*, Urt. v. 29.11.2006 E. 2006/4669 K. 2006/17007.

<sup>54</sup> *Gazeteci Hrant Dink silahlı saldırıda öldü*, in: *Hürriyet*, veröffentlicht am 19.1.2007, abrufbar unter: <http://www.hurriyet.com.tr/gazeteci-hrant-dink-silahlı-saldırıda-öldü-5805242> (zuletzt abgerufen am 7.4.2020); *Ogün Samast Dink cinayetindeki 3. ismi açıkladı*, in: *Sabah*, veröffentlicht am 5.12.2014, abrufbar unter: <http://www.sabah.com.tr/gundem/2014/12/05/ogun-samast-dink-cinayetindeki-3-ismi-acikladi> (zuletzt abgerufen am 7.4.2020); *Hrant Dink cinayetinde Paralel parmağı netleşti*, in: *Sabah*, veröffentlicht am 30.5.2015, abrufbar unter: <http://www.sabah.com.tr/gundem/2015/05/30/hrant-dink-cinayetinde-paralel-parmagi-netlesti> (zuletzt abgerufen am 7.4.2020); *Hrant Dink Davası'nda flaş gelişme*, in: *Sabah*, veröffentlicht am 13.1.2015, abrufbar unter: <http://www.sabah.com.tr/gundem/2015/01/13/hrant-dink-davasinda-flas-gelisime> (zuletzt abgerufen am 7.4.2020); *Dink cinayetinde 5 jandarma ceza aldı*, in: *Milliyet*, veröffentlicht am 8.4.2012, abrufbar unter: <http://www.milliyet.com.tr/dink-cinayetinde-5-jandarma-ceza-aldi/siyaset/siyasetdetay/08.04.2012/1525312/default.htm> (zuletzt abgerufen am 3.12.2019).

<sup>55</sup> Interview zwischen *Fatih Cekingir* und dem Vorsitzenden der BTK *Tayfun Acarer*, veröffentlicht am 12.12.2011, abrufbar unter: <http://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/19443277.asp?yazarid=174&gid=61&hid=19443582> (zuletzt abgerufen am 4.12.2019).

<sup>56</sup> Durch das Gesetz Nr. 5397 zur Änderung einiger Gesetze von 2005 wurde zur Vereinheitlichung der Überwachung der Telekommunikation sowie der Abrufung und Weitergabe der Telekommunikationsdaten in der Türkei das Telekommunikationspräsidium (TİB) gegründet. Dieses wurde jedoch durch § 22 des Gesetzesdekret Nr. 671 aufgelöst und sämtliche Befugnisse auf die Anstalt für Informationstechnologie und Telekommunikation (BTK) übertragen, vgl. *Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Kurum ve Kuruluşlara İlişkin Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname*, abrufbar unter: <http://resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/08/20160817-18.htm> (zuletzt abgerufen am 8.3.2019).

<sup>57</sup> Vgl. TİB dinleme kayıtlarını silmeyecek, in: *NTV*, veröffentlicht am 19.11.2011, abrufbar unter: <http://www.ntvmsnbc.com/id/25298551/> (zuletzt abgerufen am 3.12.2019).

Recht auf Achtung des Privatlebens und der Korrespondenz derjenigen Dritten eingegriffen, die zu diesem Zeitpunkt und in diesem Gebiet via Handy telefoniert haben.<sup>58</sup> Schließlich wird in § 135 Abs. 6 CMK angeordnet, dass ein Abrufen der Telekommunikationsverkehrsdaten nur gegenüber Beschuldigten oder Angeklagten angeordnet werden darf. Es gibt kein weiteres Ermächtigungsgesetz, das Eingriffe in die Rechte Dritter auf Achtung ihres Privatlebens und ihrer Korrespondenz gestattet. Die Liste über die Daten aller über eine Mobilfunkstation abgewickelten Anrufe enthält neben den Daten des Beschuldigten und des Angeklagten auch die Daten vieler weiterer Personen. Daraus folgt, dass das TİB der Aufforderung des 14. *Schwurgerichts* in Istanbul zu Recht nicht nachgekommen ist; und das Gericht mit seinem Herausgabeverlangen in nicht gerechtfertigter Weise in die Rechte Dritter eingegriffen hat. Jedoch beharrte das 14. *Schwurgericht* in Istanbul auf seinem Herausgabeverlangen. Daraufhin hat das TİB beim 9. *Schwurgericht* in Istanbul Widerspruch eingelegt.<sup>59</sup> Dieses stellte jedoch fest, dass die vom 14. *Schwurgericht* in Istanbul verlangten Aufzeichnungen der Verkehrsdaten nicht vom Schutzbereich des Rechts auf Privatleben umfasst seien und dementsprechend weitergeleitet werden müssten. Auf Grund dessen wurden im Fall *Hrant Dink* die Daten vieler unbeteiligter Dritter an das 14. *Schwurgericht* in Istanbul weitergeleitet.<sup>60</sup> Das TİB darf zwar gegen den Beschluss der Gerichte Widerspruch einlegen, wenn es den Beschluss für rechtswidrig hält. Doch darf es die Ansprüche und Anfragen der Gerichte nicht ausschlagen.

Das 14. *Schwurgericht* in Istanbul sollte am Anfang der Hauptverhandlung feststellen, dass § 135 Abs. 6 CMK nur die Befugnis einräumt, Telekommunikationsdaten des Beschuldigten oder des Angeklagten abzurufen. Eingriffe in die Rechte auf Achtung des Privatlebens und der Korrespondenz Dritter werden von § 135 Abs. 6 CMK nicht erfasst. Weil es keine weitere Ermächtigungsgrundlage für Eingriffe in die Rechte Dritter auf Achtung des Privatlebens und der Korrespondenz gibt, sollte das Gericht feststellen, dass durch die Abrufung der Daten vieler weiterer Personen – den Beschuldigten und den Angeklagten ausgenommen – in nicht gerechtfertigter Weise in die Rechte Dritter eingegriffen wird. Der Eingriff darauf zurückzuführen, dass im Rahmen der Aufzeichnung der Telekommunikationsverkehrsdaten sämtliche über eine Mobilfunkstation abgewickelten Anrufe dargestellt werden. Das Gericht sollte auf das Herausgabeverlangen dieser Aufzeichnungen verzichten. Jedoch wurde in diesem Fall die rechtswidrige Abfrage hingenommen.

Später erging zumindest in Bezug auf repressive Maßnahmen eine rechtmäßige Entscheidung.<sup>61</sup> Auch im Rahmen

dieser Entscheidung ging es um die Herausgabe der Aufzeichnungen der Verkehrsdaten solcher Personen, die an der Begehung der Straftat nicht beteiligt waren. In diesem Fall hat die 1. *Strafabteilung* des Amtsgerichts in Istanbul im Rahmen der Ermittlungen wegen Diebstahls zum Zwecke der Aufklärung der Tat die Aufzeichnungen der Telekommunikationsverkehrsdaten, welche sämtliche über eine Mobilfunkstation abgewickelten Anrufe betreffen, von der Speicherstelle herausverlangt. Gegen diesen Beschluss hat das TİB am 28.11.2008 Widerspruch eingelegt. Zur Begründung führte es aus, dass durch das Herausgabeverlangen des Gerichts in die Rechte auf Achtung des Privatlebens und der Korrespondenz Dritter, welche zu diesem Zeitpunkt und in diesem Gebiet via Handy telefoniert haben, eingegriffen werde. Der Widerspruch wurde jedoch von der 5. *Strafkammer* des Landgerichts in Istanbul zurückgewiesen. Infolgedessen erwuchs der Beschluss der 1. *Strafabteilung* des Amtsgerichts in Istanbul über das Herausgabeverlangen der Aufzeichnungen der Telekommunikationsverkehrsdaten in Rechtskraft.

Gegen diese Ablehnungsentscheidung der 5. *Strafkammer* des Landgerichts in Istanbul legte das Ministerium für Justiz Kassationsbeschwerde zu Gunsten der Gerechtigkeit ein. Zur Begründung führte es aus, dass aus § 135 Abs. 6 CMK ausschließlich die Befugnis zur Abrufung der Telekommunikationsdaten von Beschuldigten oder Angeklagten abgeleitet werden kann, nicht jedoch in Bezug auf Eingriffe in die Rechte auf Achtung des Privatlebens und der Korrespondenz Dritter.

Über diese Beschwerde hat die 6. *Strafkammer* des Kassationshofs entschieden. Dazu führte sie aus, dass in diesem Fall nur die Herausgabe der Aufzeichnungen der Verkehrsdaten der zu diesem Zeitpunkt und in diesem Gebiet stattgefundenen Telekommunikation verlangt worden sei. Hingegen sei eine Maßnahme wie die Überwachung der Telekommunikation, die einen Eingriff in die Rechte Dritter auf Achtung ihres Privatlebens und ihrer Korrespondenz darstellte, nicht angeordnet worden. In Anbetracht dessen verwarf die 6. *Strafkammer* die Kassationsbeschwerde des Ministeriums der Justiz zu Gunsten der Gerechtigkeit.

Gegen diesen Ablehnungsbeschluss über Kassationsbeschwerde zu Gunsten der Gerechtigkeit legte die Staatsanwaltschaft des Kassationshofs Widerspruch ein. Sie beantragte, die Ablehnungsentscheidung der 6. *Strafkammer* des Kassationshofs aufzuheben und über die Kassationsbeschwerde zu Gunsten der Gerechtigkeit gegen die Entscheidung von der 5. *Strafkammer* des Landgerichts in Istanbul zu entscheiden. Den Widerspruchsantrag begründete die Staatsanwaltschaft damit, dass nach § 135 Abs. 6

<sup>58</sup> Interview zwischen *Fatih Cekirge* und dem Vorsitzenden der BTK *Tayfun Acarer* (Fn. 56).

<sup>59</sup> Zum türkischen Justizsystem, vgl. *Erdem*, "The Turkish Judicial System", *Themis* (Revista da Faculdade de Direito da UNL) 2016, 281 ff.

<sup>60</sup> Ressource der TİB, vgl. TİB dinleme kayıtlarını silmeyecek (Fn. 57); Mahkeme TİB'den tüm kayıtları istedi, in: *Yeni Şafak*, veröffentlicht am 26.8.2011 abrufbar unter: <https://www.yenisafak.com/gundem/mahkeme-tibden-tum-kayitlari-istedi-337579> (zuletzt abgerufen am 5.2.2020); *Dink* davasında TİB kayıtları mahkemede, in: *T24*, veröffentlicht am 1.12.2011 abrufbar unter: <https://t24.com.tr/haber/dink-davasinda-tib-kayitlari-mahkemede>, 184693 (zuletzt abgerufen am 5.2.2020).

<sup>61</sup> Die Entscheidung des türkischen Kassationsgerichts (*Yargıtay*), *Ceza Genel Kurulu*, Urt. v. 15.11.2011, Nr. E. 2011/6-140, K. 2011/222.

CMK das Abrufen der Telekommunikationsverkehrsdaten nur gegenüber dem Beschuldigten oder dem Angeklagten angeordnet werden kann. Hingegen sei in diesem Falle die Maßnahme gegenüber allen Personen angeordnet worden, die in diesem Gebiet und zu diesem Zeitpunkt telefoniert haben. Damit legte die Staatsanwaltschaft dar, dass der Erhalt der Aufzeichnungen der Verkehrsdaten derjenigen Personen, die in keinerlei Verbindung mit der Straftat stehen und lediglich in diesem Gebiet und in diesem Zeitraum telefoniert haben, einen Eingriff in die Rechte auf Achtung des Privatlebens und der Korrespondenz Dritter darstellt. Zudem betonte die Staatsanwaltschaft, dass in der türkischen Rechtsordnung keine Ermächtigungsgrundlage für einen Eingriff in das Recht auf Achtung des Privatlebens und der Korrespondenz Dritter vorgesehen sei. Etwas anderes kann auch vor dem Hintergrund, dass der Täter einer bereits begangenen Straftat durch eine solche Maßnahme überführt werden könnte, nicht gelten.

Der Widerspruch der Staatsanwaltschaft des Kassationshofs wurde durch die *Vereinigten Grossen Senate* des Kassationshofs geprüft. Diese stellten fest, dass die Aufzeichnung der Verkehrsdaten der gesamten in diesem Gebiet und in diesem Zeitraum stattgefundenen Telekommunikation eine Feststellung der Telekommunikation darstellt. Sie betonten, dass nach dem CMK die Feststellung der Telekommunikation nur gegenüber dem Beschuldig-

ten oder dem Angeklagten angeordnet werden dürfe. Dies gelte nicht für diejenigen, die mit der Straftat in keinerlei Verbindung stehen. Daher haben die Senate die Ablehnungsentscheidung der 6. *Strafkammer* des Kassationshofs und die Ablehnungsentscheidung der 5. *Strafkammer* des Landgerichts in Istanbul, durch die der Widerspruch des TİB zurückgewiesen wurde, zu Gunsten der Gerechtigkeit aufgehoben.

## VI. Fazit

Die türkische Rechtsordnung sieht in § 51 Abs. 10 des Gesetzes Nr. 5809 und in § 6 Abs. 1 lit. b des Gesetzes Nr. 5651 Ermächtigungsgrundlagen für die Vorratsspeicherung der Telekommunikationsverkehrsdaten und die der Internetverkehrsdaten vor. Zudem gibt es eine Ermächtigungsverordnung über die elektronische Kommunikation, in deren § 19 Abs. 1 lit. f die genaue Dauer der Speicherung sowohl für die Vorratsdatenspeicherung der Telekommunikationsverkehrsdaten als auch für die der Internetverkehrsdaten festgelegt wird. Nach eingehender Prüfung der Vereinbarkeit der Ermächtigungsgrundlagen mit den vom *EGMR* aufgestellten Zulässigkeitsanforderungen, insbesondere der Notwendigkeit der Vorratsdatenspeicherung in einer demokratischen Gesellschaft und dem Schutz vor Missbrauch und Willkür, ist festzuhalten, dass diese Vorschriften den Anforderungen des *EGMR* nicht genügen.

## BUCHBESPRECHUNGEN

**Security, Populism, Human Rights and the underestimated Role of AI and Big Data**

A review of “Security and Human Rights”, edited by *Benjamin J Goold and Liora Lazarus* 2<sup>nd</sup> ed., 2019

*von Prof. Dr. Carsten Momsen,  
Cäcilia Rennert, Attorney at Law  
and Marco Willumat*

Bloomsbury Publishing, Extent 536 p., 2019, ISBN 978 1849 467 308, £ 40,00.

I. For years, right-wing and national populist governments and groups have tended to instrumentalize an extensive law and order security policy for their own purposes. By doing so, they aim at materializing their ideology dominated by xenophobia or a general hate towards specific social groups or minorities. Over the last 10 years this has become a central challenge to liberal democratic norms and cause for stoking racial and religious division.

*Benjamin Goold* and *Liora Lazarus* place this depressing summary of the last twelve years since the publication of the first edition at the beginning of the just published second edition of their already highly esteemed anthology “Security and Human Rights”.

In 2007, it was not foreseeable that in many Western democracies an essentially anti-democratic, in various forms nationalistic and xenophobic, not only sexually and religiously discriminating, racist and anti-Semitic program could become capable of gaining majority support. While at that time in some Eastern European countries and Russia corresponding currents were only just beginning to become visible, it took just ten years for them to become central contents of newly elected or programmatically changed governments – in a formally democratic way. Where such content is not supported by the majority, it is suitable for forming a strong and potentially majority-capable opposition. Certainly, the United States under President Trump and the post-Brexit United Kingdom under Boris Johnson cannot be compared with some other, e.g. Eastern European states or the Russia of President Putin. In fact, in some of the latter, these ideas seem to have a unifying effect, whereas in the United States and the United Kingdom, for example, they tend to divide the population. In both situations, however, human rights come under pressure. The rights of minorities become the plaything of divergent interests or their violation through

exclusion becomes the unifying momentum of the majority.

In the introductory and many other contributions to the book, however, it is worked out from various perspectives that these developments are substantially promoted in all countries by existential fear of terrorist attacks (and organized crime) and at least are only made possible in many areas by such ideas. The curtailment of rights and the associated threat to human rights are often crucial parts of successful political programs that promise one thing in the first place: security.<sup>1</sup>

This security is offered in two ways: First, prerequisites – not least the corresponding language usage – and the instruments have to be created to prevent threats to public safety. Dangers appearing as potential perpetrators / terrorists should be discovered and rendered harmless before they become active. Criminal prosecution should also be initiated as early as possible in order to prosecute the organization rather than the execution of the corresponding acts. Security and criminal prosecution should therefore be particularly effective because they substantially overlap in an area that could previously only be dealt with by both sides to a limited extent.

As the editors make clear, this creates a precarious situation for the protection of individual rights. This applies in particular to the right to privacy, to informational self-determination and the integrity of information infrastructures. Of course, free speech is getting under serious pressure too (mentioned in IV/15 “Indirectly Inciting Terrorism? Crimes of Expression and the Limits of the Law” by *Helen Duffy and Kate Pitcher*). However, to the extent that monitoring, investigation and further intervention are directed against specific population groups without any objective reason, a specific threat to human rights always arises.

The second strand of security policy measures has an externally oriented reference, i.e. measures to combat terrorism are carried out abroad. Insofar as combat operations

<sup>1</sup> The Center for International Human Rights (CIHR) at John Jay College of Criminal Justice, CUNY, CIHR report 2020: “The Closing of Civic Space in the Philippines”, [https://www.jjay.cuny.edu/sites/default/files/contentgroups/center\\_international\\_human\\_rights/philippinesreport\\_1.pdf](https://www.jjay.cuny.edu/sites/default/files/contentgroups/center_international_human_rights/philippinesreport_1.pdf).



are concerned, these also present specific threats to the human rights of the people in the affected areas. Their preparation, however, also requires extensive domestic reconnaissance measures, effectively and increasingly surveilling parts of the population unrelated to concrete suspects. Last but not least, the safeguarding of human rights requires a fair and independent judiciary, prosecution and police force, which does not focus on individuals or population groups without substantial suspicion and not arbitrarily. Why, as many of the contributions in this book ask in addition to the introduction, can democratically legitimate governments implement such measures that objectively reduce the civil liberties of the majority of the population more and more? The answer lies in the increasingly widespread fear of a permanent threat to their existence from terror and crime. Despite the fact that the contradicting empirical data is repeatedly confirmed, populist methods have succeeded in creating a corresponding mood in the population, which wants to buy more and more security with less and less freedom. The fact that this is accompanied by ever greater discretion on the part of the relevant authorities and an increasingly lower density of controls is sacrificed on the altar of effectiveness.

In this correctly described development, only one aspect could be more focused. Many citizens themselves create the basis of the restrictions on their freedom by uncritically and massively disclosing personal data to social media in particular. In addition, the data collection and analysis necessary for all measures merge private economic, political and official interests. The interaction of Big Data, AI and predictive policing would have deserved a part of its own in this extremely readable volume, which has been further improved in the second edition.<sup>2</sup>

However, this aspect plays a role in various of the contributions. Most of all it's mentioned in part III – Privacy, Anonymity and Dissent, especially in “Privacy versus Security: Regulating Data Collection and Retention in Europe” by *Arianna Vidaschi*.

In addition to this short introduction, the following text gives an overview of the contents of the volume before we then analyse two contributions in more detail. The two contributions were chosen not only because they seemed particularly interesting to us, but also because they represent the wide range of analyses collected here.

II. *Benjamin Goold* and *Liora Lazarus* again collect various outstanding experts on a broad range of topics. From different perspectives they all focus challenges for human rights under the flag of security. The editors are starting with:

(1.) “Security and Human Rights: Finding a Language of Resilience and Inclusion”.

Part I - Religion, Identity, and Citizenship – includes:

(2.) Torture and Othering by *Natasa Mavronicola*, (3.) Their Bodies, Ourselves: Muslim Women's Clothing at

the Intersection of Rights, Security, and Extremism by *Rumee Ahmed* and *Ayesha S Chaudhry*, (4.) The Uses of Religious Identity, Practice, and Dogma in 'Soft' and 'Hard' Counterterrorism by *Aziz Z Huq*, (5.) Curtailing Citizenship Rights as Counterterrorism by *Lucia Zedner* and (6.) Trusted Travellers and Trojan Horses: Security, Privacy, and Privilege at the Border by *Benjamin J Goold*.

Part II - Rights, Accountability and the State – starts with:

(7.) Secrecy as a Meta-paradigmatic Challenge by *Liora Lazarus*, (8.) Accountability Mechanisms for Transnational Counterterrorism by *Kent Roach*, (9.) Security and Human Rights after the Nationalist Backlash by *Victor V Ramraj*, (10.) The Demise of Rights as Trumps by *Robert Diab* and (11.) Violence, Human Rights, and Security by *Chetan Bhatt*.

Part III – Privacy, Anonymity and Dissent begins with the already mentioned:

(12.) Privacy versus Security: Regulating Data Collection and Retention in Europe by *Arianna Vidaschi* followed by (13.) Anonymity for Victims at the Special Tribunal for Lebanon: Security and Human Rights at Work in International Criminal Justice by *Juan-Pablo Pérez-León-Acevedo*, (14.) The Legal Death of Rebellion: Counterterrorism Laws and the Shrinking Legal Freedom of Violent Political Resistance by *Ben Saul* and (15.) Indirectly Inciting Terrorism? Crimes of Expression and the Limits of the Law by *Helen Duffy* and *Kate Pitcher*.

The final Part IV – Exceptionalism, Risk and Prevention includes (16.):

Oversight of the State of Emergency in France by *Marc-Antoine Granger*, (17.) Bounded Factuality: The Targeted Killing of Salah Shehadeh and the Legal Epistemology of Risk by *Shiri Krebs*, (18.) Countering Terrorism and Violent Extremism: The Security–Prevention Complex by *Andreas Armbrorst* and (19.) Security and Human Rights in the Context of Forced Migration by *David Irvine* and *Travers McLeod*.

III. *Rumee Ahmed* and *Ayesha S. Chaudhry*, Their Bodies, Ourselves: Muslim Women's Clothing at the Intersection of Rights, Security, and Extremism

The first part of the text collection of Goold and Lazarus deals with questions of religion, identity and citizenship from the perspective of security and human rights.

In a sense, this first part of the book is perhaps the one that evades clear legal classifications the most. This applies not least to this contribution "Their Bodies, Ourselves: Muslim Women's Clothing at the Intersection of Rights, Security, and Extremism" which, from an almost anthropological perspective, shows the connection between veiling and Muslim discrimination. The special nature of this perspective leads to insights that are often closed to legal

<sup>2</sup> *Cäcilia Rennert and Carsten Momsen*, Predictive Policing, Big Data, and the Changing Nature of Criminal Justice, in this issue.

analysis. However, if one tries to protect human rights by legal means against violations through legally regulated procedures, be it predictive policing or prosecution, such an approach is not differentiated enough. The following critical analysis takes place precisely from this legal perspective.

In a bigger picture the authors *Rumee Ahmed* and *Ayesha S. Chaudhry* deal with the relationship between secularism and religion. This is done using the example of the so-called "Burkinis", a wide swimsuit invented in 2004 by a Muslim-believing Australian woman, which completely covers the body except for hands and feet and is optionally available with a headgear that covers the body except for the face.

The authors ask themselves how the burkini, which in their view is the epitome of pluralism, feminism, human rights and multiculturalism, could become a symbol of misogyny, anti-assimilation, anti-pluralism, racism, xenophobia and Islamophobia and what could be the reason for this. It is denounced that Muslim women are marginalized as "burkini-wearers" and therefore feel vulnerable and insecure ("Their security was jeopardized in the name of security" [p. 56]). The bodies of Muslim women would be instrumentalized as a threat to security. And fear for their own security or that of the state leads to a deep concern and a feeling of threat (p. 59). This game with the fear for security would be at the expense of women who (want to) conceal themselves and is adopted by Islamic scholars as well as Secular legal scholars.

The authors equate extreme secularism and extreme religiosity and blame both as they appear in extreme shape, preferring to see these approaches working together in a moderate appearance and also recognizing a variety of connections here.

In their own words, the central concern of the two authors can be summarized very briefly as follows:

*"The burkini bans result from the failures of secular extremism, a failure of its imagination, a failure to meet its own ideals of liberty, freedom, and human dignity as goods in and of themselves, apart from the religious. Instead, in this discourse, human rights language is weaponised against the most marginalised citizens of the state, and rather than protecting them, it is used to police them. And this is the result of seeing secularism and religion as binaries, when far more unites them than divides them."* (p. 71)

The ban on (complete body veils and) facial veils, which is often justified on the grounds of protecting women from oppression, but on the other hand also protects Europe from too strong influences by Islam, leads to the fact that Muslim women are accused of a threat to "the purity of secularism" and the reproach is made that, for example, religiousness is always in the foreground when bringing up children, instead of justifying a cultural rooting in the country of birth.

The argumentation approaches of Islamic legal scholars and Secular legal scholars are compared, whereby the latter referred to human rights in their arguments against a veiling (p. 64). So, the authors write:

*"Though often unacknowledged, human rights language is itself rooted in religious concepts and accords people rights and responsibilities that, in an ideal world, all human beings should possess. These rights are described as intrinsic and inevitable, using technical terms and ideas that make 'human rights' an area of inquiry unto itself. This discourse is always aspirational, in that it describes how humans should be treated in order to achieve security. (p. 64 f.)*

(...)

*To that end, the UDHR begins with the premise that 'recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world' and warns that 'disregard and contempt for human rights have resulted in barbarous acts which have outraged the conscience of mankind'. These statements have all the hallmarks of an ideal, secure world seen earlier in Islamic legal discourse. The UN also aims at an impossible goal: international peace and security". (p. 65)*

According to the authors, bans on veiling are based both on the protection of human rights and the maintenance of security. Muslim women who veil themselves would thus be portrayed and abused either as victims of human rights violations or even as those who violate the human rights of others.

*"That is to say that Muslim women, when they wear something on their head or face, are presumed to be either victims of human rights violations or violating others' human rights, and they are thought to undermine the notion of an ideal, secure state". (p. 66)*

The authors pursue in particular a social-anthropological and gender-specific approach.

The article introduces the invention of the Burkini as a story of success that is supposed to offer women the possibility to cover their bodies when taking public baths - for whatever reason, apart from religion, it is also pointed out several times that the Burkini is also worn by many non-Muslim women who for other reasons do not feel comfortable exposing their bodies in public or, to put it negatively, displaying them.

Already in the presentation of the reasons for the invention of the Burkini it is only briefly mentioned that the niece of the inventor felt uncomfortable in the available swimwear and tried to reconcile her "national, cultural and religious identities". However, it remains unclear on what this discomfort is individually based, how old the niece is, whether she is exposed to pressure from her family or others with regard to questions of veiling or whether she wants to cover her body for purely altruistic reasons.

The authors explain in this respect:

*"The burkini is, at its best, a bridge, a language, a passageway that makes it possible to embrace and hold several values at once: the right of women to wear what they want, the right of women to occupy public spaces, the right of women to engage in leisurely public activities, the right of women to have agency in the kind of femininity they perform." (p. 55)*

*"This, despite the fact that many Muslim women claim that the hijab actually facilitates desegregation by allowing them to be in public spaces while maintaining their religious beliefs about modesty (p. 66f.)"*

Here it is not mentioned that the wearing of the headscarf and other veiling clothes in Islam – at least according to the local understanding – has the background to hide the female sexuality – as soon as a man is near, this is mandatory in order not to signal to him that the woman is sexually available. In the discussion about which basic rights are affected by the prohibition of veiling, the right to sexual integrity (regardless of the clothing worn) and self-determination of women is largely ignored.

On the contrary, the authors point out that the burkini enables women, among other things, to wear what they want. Hardly any thought is given to the question of whether the burkini is really what a woman would like to wear if she could decide for herself without any influences and constraints, although this very question would be of great interest.

There is particular criticism of the fact that the wearing of headscarves is widely portrayed as a threat to the human rights of others and as a threat to peace and security (here in particular using the example of schools in France [p. 67]), instead of seeing these women as victims of exclusion, as they are appearing in the view of the authors.

Breaking down the role of Muslim women to the term "headscarf wearer" is discriminatory and exclusionary, the authors rightly state. Presenting the wearing of veiling clothing as a threat to security is one of the main problems the authors see in this discussion. (p. 68) Not every Muslim woman who veils herself should automatically be understood as a threat by equating it with 'political Islam', 'salafisation', 'extremism' (p. 68), which the authors rightly point out. In contrast, the bans in countries such as Afghanistan and Saudi Arabia, in which women who do not wear a headscarf are seen as a threat to public morality, introducing 'modern corruption' and 'western cultural influence' into society (p. 69). Both directions of these prohibitions made women subjects, because they were degraded to non-ideal citizens, who threaten the ideal society and also the ideal, male citizens by their behaviour (p. 69).

Although it is briefly mentioned in the text that women in Islamic countries such as Saudi Arabia, Iran or Afghanistan are forced to wear a veil - under threat of the death

penalty, incidentally - the authors nevertheless consistently argue that the veil is a symbol of freedom, feminism, pluralism and emancipation and by no means a symbol of the oppression of women.

*"Tolerance, pluralism, and multiculturalism threaten extremism by threatening the security of extremist views, and so the language of security is deployed to criminalize them. It is logically consistent then that the burkini, an expression of pluralism, is seen as a threat to extreme secularism and that extreme secularists therefore seek its criminalization. (p. 71)"*

In the opinion of the authors, the burkini opens up many possibilities for women, while its rejection "decreases women's agency and choices, prevents women from enjoying the beach (...)" (p. 55f.) The authors unfortunately do not deal with the question of why the women addressed do not feel comfortable on the beach without wearing this garment, as already mentioned above.

In spite of all justified criticism of the regulation or prohibition of wearing a burqa, the authors do not mention essential aspects that play a role here. In particular with the example of France, which is mentioned several times in the text as a particularly negative example, it is essential for understanding to mention that France has been a laicist state since the beginning of the 20th century and, among other things, does not allow religious instruction in public schools. Furthermore, the wearing of religious symbols and clothing is forbidden in schools there altogether; this applies to all religions, not only Islam.

It is also necessary to mention that France has been the target of a large number of Islamic-based terrorist attacks with hundreds of fatalities for decades, when considering why the feeling of security in a society could be disturbed by wearing appropriate clothing. These points must not, of course, lead to the generalization and demonization of Muslim women's clothing, nor must they be used to justify the unspeakable incident described by the authors, in which, on a French beach, police officers forced a Muslim woman to remove her veiling clothes in front of everyone. Nevertheless, these points must be mentioned when the authors look for explanations. Unfortunately, despite the consideration that wearing a burka or burkinis could negatively influence the feeling of security in a society, the authors do not pursue the approach of what other form of discrimination this could lead to.

Finally, and that raises again the question of perspective, by equating extreme secularism und extreme religiosity, the authors seem to misjudge that it is religious intolerance not secularism that is actually responsible for innumerable human rights violations. Religiously constituted regimes probably outnumber secular states, being responsible for a vast percentage of human rights violations worldwide.

It would be quite interesting to further investigate the use of algorithms to filter women who order or search for appropriate clothing online and the use of these results to

substantiate suspicions, especially in the prevention and prosecution of terrorist crimes. If such online orders would be surveilled and categorized as predictors for terrorist offenses, that definitively would be discriminatory.

All in all, the contribution by *Rumee Ahmed* and *Ayesha S. Chaudhry* is a text well worth reading, which raises many questions about the interaction of religion, security and human rights, but as a result does not discuss many open questions further. The text thus encourages further reflection and makes clear how important it is not to ignore questions of religion or the practice of religion and identity in the discourse on questions of security or the increasing need for it, but to place a special focus on them. However, a sensitive handling of religion-related human rights is requested for any kind of security policy.

#### IV. Juan Pablo Pérez-León-Acevedo, Anonymity for Victims at the Special Tribunal for Lebanon

One issue in which the conflict between ensuring security and safeguarding human rights is particularly acute is the legal position of the accused in criminal proceedings. In general, the fundamental rights of the accused come under particular pressure when they are weighed against sometimes serious accusations. This is especially true when the subject of the criminal proceeding are accusation relating to "terrorist" crimes. It has long been the subject of scientific discussion, to which extent a certain "special treatment" can be identified both in substantive criminal law<sup>3</sup> and criminal procedural law<sup>4</sup>, when accusations of that kind are in question.<sup>5</sup> And indeed, from a purely factual perspective it can be said, that these criminal proceedings are characterized by a higher level of risk for all parties to the proceedings and also the general public. Nevertheless it remains to be considered, that these proceedings continue to be guided by the principles of the rule of law. For it is especially these principles that are set in place to serve and protect the human rights of the accused.

In his article *Juan Pablo Pérez-León-Acevedo* exemplifies this very conflict using the example of the United Nation's Special Tribunal for Lebanon (STL). He thoroughly analyses to what extent the anonymous participation of victims and witness testimonies are admissible in the proceedings conducted at the STL on the grounds of its procedural statute and its application by the different chambers of the STL. By doing so he examines to what extent these requirements reflect and balance the position of the

accused and his or her interests in a fair and just trial. He then presents the specific measures adopted by the STL that provide for a "structured consideration" of the accused's rights in contrast to an "individually balancing approach".

In his introductory remarks *Pérez-León-Acevedo* briefly presents the special features of the STL that distinguish it from other tribunals found in international criminal justice. From the perspective of substantive criminal law the STL is unique to the extent, that it not only holds jurisdiction over terrorist offences but while doing so it is also applying substantive Lebanese criminal law. From a procedural point of view it has been the subject of broad and prominent discussion, that the trials before the STL are conducted *in absentia*.<sup>6</sup> But *Pérez-León-Acevedo* rightly emphasises that at the same time the STLs institutions and procedural provisions have also been designed in a way that is aimed at providing a high standard concerning the preservation of the rights of the accused. He especially points to the STLs Defence Office (see Section 7 Rules of Evidence and Procedure) that has been set in place in order to provide the infrastructure that is necessary to guarantee the effectiveness of the defence. Moreover *Pérez-León-Acevedo* notes that according to Rule 55 Subsect. 2 Rules of Evidence and Procedure it is the explicit duty of the prosecutor to take part in the finding of the truth and the preservation of the rights of the defendant. One can add that this aspect appears to be suitable to shape the proceedings in front of the STL in a less adversarial way than it can normally be identified with other tribunals in international criminal justice.

After having presented these structural peculiarities of the STL *Pérez-León-Acevedo* continues to examine the general participative rights of the (alleged) victims. He presents their position in the proceedings both as general participants and as witnesses. Right from the beginning *Pérez-León-Acevedo* emphasizes, that the requirements imposed by the Rules of Evidence and Procedure and their application by the various judicial bodies of the STL hold the tendency to restrict the general participation of (alleged) victims. He rightly states, that even though that tendency potentially limits the restorative effect connected to

<sup>3</sup> Usually including a substantially widened scope of criminalization and/or an increase in maximum sentences see e.g. § 129a German Penal Code, the provisions of Chapter 1 of the UK Counter Terrorism and Border Security Act 2019 or 18 U.S.C. §§ 2331 et seq.

<sup>4</sup> See e.g. §§ 31 et seq. German EGGVG or certain provisions historically related to proceedings with regards to terrorism such as § 137 I 2 German Code of Criminal Procedure.

<sup>5</sup> In the German discussion referred to as the so called „Feindstrafrecht“: *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 751; *ibid.* Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck 2004, p. 40 et seq.; *ibid.* HRRS 2004, 88; *ibid.* ZStW 117 (2005), 839 ff.; from a more critical perspective: *Cancio Meliá*, ZStW 117 (2005), 267; *Greco*, GA 2006, 96; *Hawickhorst*, § 129a StGB – Ein feindstrafrechtlicher Irrweg zur Terrorismusbekämpfung, 2011; *Hefendehl*, StV 2005, 156; *Heinrich*, ZStW 121 (2009), 94; *Sinn*, ZIS 2006, 107.

<sup>6</sup> See for further reference: *Gaeta*, Journal of International Criminal Justice 5 (2007), 1165; *Gardner*, George Washington International Law Review 91 (2011), 91 (99); *Jordash/Parker*, Journal of International Criminal Justice 8 (2010), 487; *Pons*, Journal of International Criminal Justice 8 (2010), 1307; *Riachy*, Journal of International Criminal Justice 8 (2010), 129.



the participation of victims in the proceedings<sup>7</sup>, a more restrictive approach was in fact necessary in order to protect the interests and rights of the defendant.

According to *Pérez-León-Avecado* that is in particularly the case when participatory rights and the possibility to give testimony as a witness are granted while still maintaining anonymity. *Pérez-León-Avecado* shows that under Rule 93 lit. a) Rules of Evidence and Procedure at least anonymous witness evidence is explicitly admissible at the STL in every stage of the proceedings. He then briefly presents the procedure that is applied in order to conduct anonymous witness hearings.

In general *Pérez-León-Avecado* not only pragmatically states, that the sheer existence of anonymous witness evidence was a necessary institution with regards to the need to protect witnesses in the proceedings under the STLs jurisdiction. He also criticises, that the scope of Rule 93 lit. a) Rules of Evidence and Procedure is explicitly restricted to witnesses and does not include the general participation of (alleged) victims. He shows that in the practical application of the Rules of Evidence and Procedure especially by the Appeals Chamber a restrictive tendency concerning the anonymous participation of victims can be observed.<sup>8</sup> *Pérez-León-Avecado* rightly points to both the Pre Trial Judge's and the Appeals Chamber's notion in *Ayyash et al.* according to which the anonymous participation of victims in a broader sense is only admissible during the pre-trial but not during the stage of the trial itself. He argues that granting anonymity during the pre-trial generally held a less harmful potential with regards to the rights of the accused than during the trial, as the question of guilt was not yet at stake. From a German perspective it may be added, that in contrast to the German criminal procedure, at the STL the pre-trial judge and the judges conducting the trial are not identical. Therefore adverse cognitive-psychological effects concerning the (unbiased) finding of the truth during the trial that have been empirically proven in German criminal proceedings<sup>9</sup> are abetted at the STL. Therefore *Pérez-León-Avecado* is right in the context of the STL when he argues, that the question of guilt was not at stake in the course of the pre-trial. Still one has to consider, that even the conduction of the trial itself does hold the potential to infringe the human rights of the defendant. Nevertheless this aspect is not of great

practical relevance in the specific case of the STL as the trial is conducted *in absentia*.

But more importantly for the general topic of his article *Pérez-León-Avecado* criticizes that the aforementioned restrictions imposed by the Appeals Chamber only based on the argument, that witnesses in contrast to general participants may be forced to give testimony in trial were logically inconsistent. As he sees it, the impact of anonymous witness testimony on the rights of the defendant and the overall fairness of the trial was far more severe than the impact of a general participation of victims i.e. by giving statements or opinions concerning the proceedings. Therefore *Pérez-León-Avecado* argues that by granting anonymous witness hearings the general anonymous participation of victims ought to be admissible *a fortiori*.

*Pérez-León-Avecado* then elaborates his examination specifically with regards to the adverse impacts anonymous witness testimonies may have on the finding of the truth and how the Rules of Evidence and Procedure and its application by the chamber attempt to still maintain the overall fairness of the trial. He rightly states, that the defendant's ability to directly question and confront a witness was of crucial importance for the overall fairness of the trial. By thoroughly analysing a selection of previous decisions by different tribunals of international criminal justice concerning the admissibility of anonymously interrogating witnesses during the trial he comes to the conclusion, that the approach adopted by the STL and its Rules of Evidence and Procedure was characterised not by individually balancing the interests between the security of the witness and the rights of the defendant but rather by providing a "structured consideration". *Pérez-León-Avecado* refers to Rule 159 lit. b) Rules of Evidence of Procedure according to which the conviction may not be based solely or at least to a decisive extent on the statement of a witness that testified anonymously. He shows that by that the STL especially adopted the approach of the ECtHR prominently developed in *Kostovski v. The Netherlands* in the 1980s.<sup>10</sup> In this decision the ECtHR stated that although anonymous testimonies may be necessary in the interest of witness protection, certain "judicial safeguards" were needed in order to counterbalance the inability of the defendant to directly confront the witness. The key "judicial safeguard" can then be found in

<sup>7</sup> It has been a long standing tradition among abolitionist theorists to focus the role of the (alleged) victim by proposing that the social conflict expressed in delinquency shall be resolved by the conflicting parties rather than by a criminal justice system operated by the state (see: *Christie*, *The Journal of British Criminology*, 17 (1977), pp. 1 et seq.). This approach reflects to a certain extent in the so called „restorative justice movement“: *Bazemore/Walgrave*, *Restorative Juvenile Justice: Repairing the Harm of Youth Crime*, 1999; *Marshall*, *European Journal of Criminal Policy and Research* 1996, 21-43. Still one has to consider that providing a state operated criminal justice system is a major achievement of a modern and liberal state philosophy (see: *Momsen*, *Die Zumutbarkeit als Begrenzung strafrechtlicher Pflichten*, 2006, pp. 35 et. seq.) especially suitable to guarantee the rights of both the accused and the alleged victim in a procedural rather than an arbitrary manner only governed by the "right of the stronger". Still, then aspects such as the actual "access to justice" e.g. by means of legal aid are becoming increasingly important, see: *Lubitz*, NK 2019, 282.

<sup>8</sup> See *Ayyash et al.*, STL Appeal Decision on Protective Measures (above n. 71) para 36.

<sup>9</sup> See for further reference especially from a comparative perspective *Momsen/Washington*, FS Eisenberg, 2019, 453.

<sup>10</sup> *Kostovski v. The Netherlands* (1989), ECtHR no. 11454/85, paras 37-45.

the restriction that the conviction must not be entirely based on the evidence obtained in such manner.<sup>11</sup>

Although the ECtHR has by now furtherly developed these “judicial safeguards”<sup>12</sup> the aforementioned principle that addresses the evidence necessary for a conviction remains the core of the requirements stipulated by the ECtHR. It is interesting to note, that this very core of the “judicial safeguards” developed by the ECtHR and – as *Pérez-León-Avecedo* showed – not only accepted but explicitly adopted in international criminal justice in the case of the STL has only recently been highly criticised by the third division of the German federal court in criminal matters.<sup>13</sup> In this decision the German court is especially critical concerning the notion expressed by the ECtHR, that a testimony obtained without any confrontation of the defendant is not sufficient to present a basis for a conviction. The German federal court argues, that this notion substantially conflicted with the general procedural principle that under German law the judge is free to assess the probative value of the individual pieces of evidence (see § 261 German Code of Criminal Procedure). But one can rightly argue against this assumption applying the findings of *Pérez-León-Avecedo*. Indeed, he showed that the standard developed by the ECtHR and adopted by the STL does not provide for a “balancing approach”<sup>14</sup> but rather a “structured consideration”. Therefore, the infringement of the defendant’s right to confront the witness can only be counterbalanced by the “structured consideration”, that there are pieces of evidence sufficient for the conviction that the defendant was in fact able to directly confront. Without such additional pieces of evidence, a counterbalancing mechanism is simply not available and there remains no room for a conviction without consequently infringing the defendant’s right to a fair trial.

As we see it thanks to his thorough research *Pérez-León-Avecedo* is able to show two key aspects in his article:

- Although in certain criminal procedures – especially with reference to allegations of terrorist crimes – there is a need to protect the interests of the (alleged) victims and witnesses and their personal security, there is no room to “freely” relativize the right of the defendant to a fair trial.
- Still one can already find specific measures both in international and national criminal justice that provide for a structured approach that is suitable to prevent judicial decisions based on a “case to case”-balancing approach that may be influenced considerably by the seriousness of the allegations. Only by doing so, the rule of law can be upheld while still allowing the state to provide security for the people.

Based on *Pérez-León-Avecedo* findings, tendencies to move away from this principle should therefore provide reasons for criticism.

V. The editors presented again a highly important collection of very different approaches showing how human rights are getting under pressure when security and the war on terror are becoming implanted as the only solution to a common fear promoted by populist politics. But the collection as well is balanced showing necessary measures of prevention and law enforcement and how they can be conducted without inherently structurally damaging human rights. However, we can give our full recommendations to get a closer look at the thoughtfully composed collection edited by *Benjamin J Goold* and *Liora Lazarus*.

<sup>11</sup> *Kostovski v. The Netherlands* (1989), ECtHR no. 11454/85, paras 44; more explicitly in: *Doorson v. The Netherlands* (1996), ECtHR no. 20524/92, para 76.

<sup>12</sup> See e.g. *Schatschawili v. Germany* (2015), ECtHR No. 9154/10, paras 103 et seq. with reference to the so called „Al-Khawaja-test“ developed in: *Al-Khawaja & Tahery v. The United Kingdom*, ECtHR No. 26766/05, paras. 118-151.

<sup>13</sup> *BGH*, NStZ 2018, 51 commented by *Arnoldi*.

<sup>14</sup> The idea of balancing certain procedural guarantees with the gravity of the accusations is indeed a distinctive feature of German criminal procedural law e.g. with regards to the exclusion of improperly obtained evidence, see *BGHSt* 51, 285 with reference to *Rogall*, *ZStW* 91 (1979), 1 (31) et seq.; providing a critical assessment from a broader perspective: *Momsen*, *ZStW* 131 (2019), 1009 (1018).

## ***Till Zimmermann: Das Unrecht der Korruption. Eine strafrechtliche Theorie***

*von Prof. Dr. Anja Schiemann*

2018, Nomos, ISBN: 978-3-8487-4144-1, S. 835, Euro 179,00.

Die umfangreiche Habilitation von *Zimmermann* macht es sich zur Aufgabe, eine Theorie des Unrechts der Korruption zu entwerfen. Der Autor stellt die These auf, dass das bisherige Fehlen einer solchen Theorie zumindest mitursächlich für die beklagte defizitäre Bestimmtheit der Korruptionsdelikte ist. Die Auslegungsschwierigkeiten begannen am denkbar frühesten Punkt, nämlich mit der Unklarheit über die Reichweite des Korruptionsbegriffs (S. 56). Den Ausgangspunkt bildet die Hypothese, dass die Korruptionsdelikte eine spezielle Deliktskategorie darstellen und eine spezifische, eigenständige Unrechtsstruktur aufweisen (S. 59).

Daher arbeitet der Verfasser im ersten Teil seiner Monographie diese Kern-Struktur der Korruption heraus. Auf Grundlage dessen wird ein abstrakter „Ur-Deliktstatbestand“ der Korruption entworfen. Dieser wird dann auf seine Ausweitungsmöglichkeiten und -grenzen hin untersucht. Im zweiten Teil werden die Erkenntnisse für konkrete Sachbereiche fruchtbar gemacht. Hilfreich ist, dass *Zimmermann* dem Leser durch ein Personen- und Sachverzeichnis die Suche im Werk erleichtert. Auch die Beispielfälle können durch ein separates Verzeichnis schnell aufgefunden werden.

Ausgangspunkt der fundierten Untersuchung ist die Feststellung, dass fast alle der im strafrechtlichen Kontext vertretenen Korruptionsdefinitionen mangelhaft sind. Der Autor seziert alle Definitionen, um die Schwächen offen zu Tage treten zu lassen. Als „einigermaßen prämissenkonform“ bezeichnet er Modifikationen der Tauschtheorie, die die äußere Form des Korruptionsunrechts in dem regelwidrigen Tausch eines Vorteils gegen eine Entscheidung ansähen. Auch diese Ansätze versagten aber dann, wenn die Art des Unrechts sowie der Person des Opfers zu bestimmen sei.

Wegen der Schwächen dieser bisherigen Definitionsansätze nähert sich der Verfasser in einem weiteren Schritt von der Rechtsgutsdiskussion her – auch hier seien die Theorien zahlreich, aber wenig überzeugend. Dies macht er auf argumentativ sehr hohem Niveau deutlich für das Konstrukt eines Loyalitäts-, Nichtkäuflichkeits- und Untergeltlichkeitsrechtsgut. Überzeugender findet *Zimmermann* dann schon die Vertrauensschutzlehre sowie das Postulat eines Rechtsguts der Entscheidungskorrektheit. Gegen eine solche Deutung spreche aber, dass das Vertrauen in ein System kein Schutzgut einer rationalen Strafnorm sein könne. Ausführlich wird sich dann der Inkorrektheitslehre mit ihrem Rechtsgut der Sachgerechtigkeit

von Entscheidungen gewidmet. Verhinderungswürdig sei danach das Hervorrufen einer Fehlentscheidung bei der normgeleiteten Auflösung eines Interessenkonflikts zwischen verschiedenen Parteien. Hier käme ausschließlich den Regeln des jeweils betroffenen gesellschaftlichen Subsystems ein Votum über die Sachgerechtigkeit einer gekauften Entscheidung zu. Das Defizit dieser akzessorischen Inkorrektheitslehre bestünde aber darin, dass die Person des Korruptionsofers nicht präzise bestimmt werden könnte. Die Figur des Korumpierenden könne dogmatisch ebenfalls nicht eingebunden werden. Da den Autor keiner der vorgefundenen Rechtsgutsansätze überzeugt, folgt konsequent die Entwicklung einer eigenen Theorie des Korruptionsunrechts.

Für *Zimmermann* bilden zwei Elemente den Kern des Korruptionsunrechts: Die vorsätzliche Vornahme einer Fehlentscheidung (1.) bilde den Kern des Unrechts der Korruption (2.). Umgangssprachlich sei demnach folgende Definition anzuwenden: Korruption ist der (Ver-)Kauf einer unfair benachteiligenden Fehlentscheidung.

Diese Definition führt zu diversen dogmatischen Folgerungen: Theoretisch könne Korruption in fast allen gesellschaftlichen Subsystemen auftreten. Es käme für ihr Vorliegen nicht darauf an, ob ein bestochener Entscheidungsträger weisungsgebunden agiert oder weisungsfrei ist. Daher sei es grundsätzlich möglich, auch den Geschäftsherrn zu korrumpieren und zu bestrafen, sofern das jeweilige gesellschaftliche Subsystem bestimmte Entscheidungen als inkorrekt anerkennt. Das Unrecht der Korruption sei im Kern ein Verletzungs-Erfolgsunrecht. Materiell-rechtlich sei der Bestechende Anstifter und nicht (Mit-)Täter. Bei der durch Korruption beeinträchtigten Entscheidungskorrektheit handele es sich um ein Rahmenrechtsgut, dessen spezifischer Inhalt und dessen Träger für jeden Einzelfall gesondert anhand des Schutzzwecks zu bestimmen sei.

Korruptionsunrecht sei auch in Gestalt der Beeinträchtigung ausschließlich individueller Interessen möglich. In diesen Fällen könne aber das Tatopfer auch auf den Schutz durch das Recht verzichten. Dagegen sei Heimlichkeit kein Wesensmerkmal der Korruption. Daher könnten auch Leistungen an Dritte korruptionsrelevant sein. Entscheidend für den Eintritt des Unrechtserfolgs sei allein, ob der gegenüber dem Entscheidungsträger versprochene Zuwendungsvorgang jenen zu bestimmen geeignet sei. Allerdings verwirkliche nicht jede Bestechung das Korruptionsunrecht. Eine korruptionsrelevante Fehlentscheidung läge nämlich nur dann vor, wenn der Nehmer zur verbindlichen Entscheidung eines Interessenswiderstreits zwischen Dritten befugt sei. Diese Bedingung sei beim

„Abkaufen“ des Ergebnisses eines intrapersonalen Interessenswiderstreits (etwa bei Prostitution) nicht gegeben. Auch verneint wird dies in Fällen, in denen der Geber den Nehmer mittels Vorteilszuwendung zu einer arbeitsrechtlichen Schlechtleistung zulasten des Prinzipals bestimmt (bspw. bei der Bestechung von Sportlern oder Trainer gem. §§ 265c, 265d StGB). Weiterhin ist der Autor der Ansicht, dass Erpressungs- und Korruptionsunrecht nicht in einem Exklusivitätsverhältnis stünden. Handele der von einem Entscheidungsträger zur Schmiergeldzahlung Gedrängte aber in einem Zustand des entschuldigenden Nötigungsnotstands, so läge mangels Kollusion kein Korruptionsunrecht vor.

Nach diesen dogmatischen Schlussfolgerungen widmet sich Zimmermann den Vor- und Sonderformen des Korruptionsunrechts. So seien die versuchte passive und die versuchte aktive Korruption dogmatisch-konstruktiv möglich. Denkbar sei auch der Fall der Verschwörung zur Korruption, die dogmatisch dem noch nicht realisierten Unrechtspakt zwischen präsumtivem Täter und Anstifter nach § 30 StGB entspräche. Dogmatisch ebenfalls möglich sei das Konstrukt eines Unrechts der Kettenanstiftung zur Korruption. Allerdings scheine der kriminalpolitische Nutzen eines solchen Straftatbestands zweifelhaft.

Daneben sei auch denkbar, eine Sanktionierung der Belohnungskorruption einzuführen, die einem Entscheidungsträger nachträglich einen Vorteil für die Herbeiführung einer inkorrekten Entscheidung gewährt. Der Autor sieht in einer solchen Konstruktion ein abstraktes Gefährdungsdelikt. Legitimationsgrundlage sei die nicht ganz unbegründete Erwägung, mit einer nachträglichen Belohnung sei die Gefahr verbunden, hierdurch den Anreiz zur künftigen Begehung ähnlicher Fehlentscheidungen zu setzen. Außerdem könne man über eine Sanktionierung der Gewährung von Vorteilen ohne unmittelbaren Bezug zu einer künftigen oder vergangenen inkorrekten Entscheidung (sog. Protokorruption) nachdenken. Die Gefährdung durch eine protokorruptive Zuwendung sei aber erst dann strafrechtlich signifikant, wenn der Geber mit Beeinflussungswillen gehandelt habe. Darüber hinaus sieht Zimmermann den Stimmhandel als strafwürdiges Verhalten an und kann sich ein solches Kumulationsgefährdungsdelikt vorstellen, sofern es bei Kollektiventscheidungen typischerweise an einem nachweisbaren Einfluss auf das Endergebnis fehlt bzw. unüberwindbare Nachweis-schwierigkeiten zu erwarten seien.

Kriminalpolitisch diskutiert werden sollten die de lege ferenda Vorschläge des Verfassers. Der Korruptions-Mustertatbestand lautet wie folgt:

#### § A Korruption (Vollendung und Versuch)

(1) Ein (zur Entscheidung eines Interessenwiderstreits Befugter), der durch das Versprechen oder die Gewährung eines Vorteils für sich oder einen

Dritten zu (der Herbeiführung einer inkorrekten Vorzugsentscheidung) bestimmt worden ist (Bestechlichkeit), wird mit (...) sanktioniert.

(2) Wer einen (zur Entscheidung eines Interessenwiderstreits Befugten) durch das Versprechen oder die Gewährung eines Vorteils für diesen oder einen Dritten zu (der Herbeiführung einer inkorrekten Vorzugsentscheidung) bestimmt hat (Bestechung), wird (milder) (sanktioniert)“ (S. 465 f.).

Der Verfasser weist darauf hin, dass es sich keineswegs um einen gebrauchsfähigen Straftatbestand handelt, gerade in Bezug auf die Klammern bestünde je nach „Einsatzgebiet“ abzustimmender Konkretisierungsbedarf. Es ist schade, dass sich nicht die Mühe gemacht wurde, diese konkreten Straftatbestände zu formulieren. Durch die „Vorläufigkeit“ ist hier vor einer gewissen Ausfüllungsbefugnis zu warnen. Durch klar gefasste Straftatbestände hätte eine konkrete Entscheidungs- und Diskussionsgrundlage geschaffen werden können. So reiht sich in den weiter abzustimmenden und zu konkretisierenden Vorschlag auf S. 468 f. noch ein weiterer Korruptions-Mustertatbestand ein.

Kriminalpolitisch zurückhaltend diskutiert werden sollten meiner Meinung nach die von Zimmermann vorgeschlagenen Gefährdungstatbestände der Verschwörung zur Korruption (S. 469, 474) und dem Stimmhandel bzw. der Verschwörung zum Stimmhandel (S. 487). Auch wenn der Verfasser hier konsequent das umsetzt, was das Ergebnis seiner Definition des Korruptionsunrechts ist, so ist doch die Vorfeldkriminalisierung gerade auch im Hinblick auf fehlende Kausalitäten und die Schwierigkeit des Nachweises eines vom Autor konstatierten „Beeinflussungswillens“ mit Vorsicht zu betrachten.

Daneben konstruiert der Verfasser den korruptiven Einflusshandel (S. 491), die Belohnungskorruption (S. 501) sowie die Protokorruption (S. 536). Insgesamt wird betont, dass die Normarchitektur sämtlicher Modelltatbestände so ausgestaltet ist, dass innerhalb eines Modellparagrafen eine separate Erfassung von aktiver und passiver Seite erfolgen kann.

Die Habilitation bietet nicht nur eine umfassende Abhandlung aller theoretischen Diskussionen und Fundierungen des Korruptionsunrechts. Sie bietet auch eine dezidierte, argumentativ überzeugende Kritik am Korruptions-Kernstrafrecht de lege lata. Durch die de lege ferenda Vorschläge bleibt die Habilitation nicht nur umfangreiches Nachschlagewerk mit sehr dezidiertem Literaturverzeichnis, sondern transportiert die Theorie in eine kriminalpolitische, zukunftsorientierte Neuausrichtung des Korruptionsstrafrechts. Zimmermann ist hier großzügig, was zu bestrafendes Unrecht der Korruption sein könnte. Gerade die Vorfeldkriminalisierungen sind hier in kritischer Diskussion zu überprüfen.



## Sebastian Bauer: Soziale Netzwerke und strafprozessuale Ermittlungen

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2018, Duncker & Humblot GmbH, Berlin, ISBN: 978-3-428-15235-3, S. 406, Euro 89,90.

Die Dissertation von *Bauer* wurde 2018 veröffentlicht, der Stand der Literatur und Rechtsprechung liegt allerdings schon länger zurück (April 2016). Man muss aber bedenken, dass Monografien auf diesem Gebiet mehr als rar sind und die Arbeit einen reichen Fundus an Literatur und Rechtsprechung bereithält, so dass man schon allein von dem sehr ausführlichen Fußnotenapparat profitieren kann. Zudem werden *de lege ferenda*-Vorschläge formuliert, die durchaus auch die aktuelle Diskussion bereichern können.

Der Verfasser macht es sich zur Aufgabe, die Zulässigkeit der Strafverfolgung in sozialen Netzwerken herauszuarbeiten. Dabei legt er einen besonderen Schwerpunkt auf die spezifischen Herausforderungen bei Ermittlungen in sozialen Netzwerken im Unterschied zu sonstigen Ermittlungen in den Kommunikationsdiensten des Internets.

Damit ein einheitliches Begriffsverständnis herrscht, nimmt *Bauer* zunächst eine Begriffserklärung der sozialen Netzwerke sowie eine Beschreibung der Grundfunktionen vor (S. 26 ff.). Auch die technischen Grundlagen werden vermittelt (S. 39 ff.). Dies ist erforderlich, um den Raum und die Grenzen von polizeilichen Ermittlungen technisch abzustecken. Anschließend werden die Möglichkeiten der Nutzung von sozialen Netzwerken als Informationsquelle für Strafverfolgungsbehörden kurz aufgezeigt (S. 47 ff.).

Die nächsten rund 30 Seiten widmet der Autor den verfassungsrechtlichen Anforderungen an strafprozessuale Ermächtigungsgrundlagen. Hier geht es um sehr grundsätzliche Aspekte, wie beispielsweise das Gebot der Normenklarheit und Bestimmtheit, das Analogieverbot oder den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

Ein erstes Hauptkapitel (S. 98 ff.) beschäftigt sich mit dem Zugriff auf öffentlich zugängliche Daten. Dabei erläutert der Verfasser zunächst den „schillernden“ Begriff der Online-Streife, um diesen dann in Bezug zu den öffentlich zugänglichen Daten zu setzen. Er beschreibt die Online-Streife als „passiv beobachtend“ (S. 99) und sieht in ihr einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (S. 121). Mit der herrschenden Meinung geht *Bauer* davon aus, dass die Ermittlungsmaßnahme der Online-Streife auf die Generalermittlungsklausel gem. §§ 161 Abs. 1 S. 1, 163 Abs. 1 S. 2 StPO gestützt werden kann. Zwar könne das Ausforschungspotential aufgrund der mannigfaltigen netzwerköffentlichen Daten hoch sein. Eine Vertraulichkeitserwartung, dass die Daten gar nicht oder nur begrenzt erhoben und verarbeitet werden, bestünde jedoch nicht. Eine Einschränkung macht *Bauer* dann doch: nur soweit keine technischen Mittel zum Auf-

finden und Erheben der netzwerköffentlichen Daten eingesetzt würden, sei die Online-Streife nach der Generalermittlungsklausel zulässig (S. 146).

In einem weiteren Hauptkapitel widmet sich der Verfasser den verdeckten Ermittlungen (S. 147 ff.), wobei er zwei Vorgehensweisen unterscheidet. Zum einen können die Ermittler ein Profil mit unwahren Angaben – ein sog. Fake-Profil – errichten. Zum anderen können die Ermittler auch ein echtes, bereits existierendes Profil nutzen, das der tatsächliche Nutzer den Strafverfolgungsbehörden freiwillig überlassen hat (sog. verdeckte Identitätsübernahme). Auch hier sieht *Bauer* in beiden Varianten durch die Kommunikationsbeziehung ohne Offenlegung der hoheitlichen Aufgabe einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (S. 167). Im Folgenden legt er dezidiert dar, dass die §§ 110a ff. StPO im Gegensatz zur überwiegenden Literaturmeinung nicht auf verdeckte virtuelle Ermittler anwendbar sind. Die Argumente sind sehr gut nachvollziehbar und überzeugend. Denn der Aufbau einer virtuellen Legende entspricht nach Auffassung *Bauers* nicht den Anforderungen an den Aufbau einer analogen Legende. Bei einer Identitätsübernahme fehle der Aufbau einer veränderten Identität. Zudem seien die Befugnisse des verdeckten Ermittlers auf körperliche Treffen und nicht auf virtuelle Kommunikation ausgerichtet (S. 198). Auch die Ermittlungsgeneralklausel könne virtuelle verdeckte Ermittlungen in sozialen Netzwerken nicht rechtfertigen (S. 209).

Als Konsequenz dieses Ergebnisses formuliert der Verfasser einen *de lege ferenda* Vorschlag. Nachdem er die Maßstäbe hierzu abgesteckt hat (S. 209 ff.), folgt ein stimmiger Gesetzesvorschlag eines neu einzufügenden § 110d StPO-E. Dieser lautet wie folgt:

### „§ 110d StPO-E

(1) Virtuelle verdeckte Ermittler dürfen zur Aufklärung von Straftaten eingesetzt werden, wenn zureichende tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Straftat von erheblicher Bedeutung

1. auf dem Gebiet des unerlaubten Betäubungsmittel- oder Waffenverkehrs, der Geld- oder Wertzeichenfälschung,
2. auf dem Gebiet des Staatsschutzes (§§ 74a, 120 des Gerichtsverfassungsgesetzes),
3. gewerbs- oder gewohnheitsmäßig oder
4. von einem Bandenmitglied oder in anderer Weise organisiert

begangen worden ist.

Zur Aufklärung einer Straftat von erheblicher Bedeutung, die mittels Kommunikation begangen worden ist,

*dürfen virtuelle Ermittler außerdem eingesetzt werden, wenn die besondere Begehung der Tat den Einsatz gebietet. Der Einsatz ist nur zulässig, soweit die Aufklärung auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre. Zur Aufklärung von Verbrechen dürfen virtuelle verdeckte Ermittler nach Maßgabe des Absatzes 1 Satz 3 eingesetzt werden.*

*(2) Virtuelle verdeckte Ermittler sind Beamte des Polizeidienstes, die unter einer virtuell veränderten Identität (virtuelle Legende) in den Kommunikationsdiensten des Internets ermitteln. § 110a Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 gilt entsprechend.*

*(3) Virtuelle verdeckte Ermittler dürfen sich unter ihrer virtuellen Legende Zugang zu nicht allgemein zugänglichen Bereichen mit dem Einverständnis des Berechtigten verschaffen. Die Zugangsberechtigung eines Dritten darf hierfür nicht genutzt werden (Identitätsübernahme). § 110c Satz 2 und 3 gilt entsprechend. ...“ (S. 213).*

In einem letzten Hauptteil (S. 214 ff.) beschäftigt sich der Verfasser sehr ausführlich mit dem Zugriff auf nichtöffentlich zugängliche Daten. In einem ersten Schritt qualifiziert er sämtliche freiwillige Angaben in sozialen Netzwerken als Inhaltsdaten. Damit unterfallen sie dem Schutz des Art. 10 GG, soweit sie für einen begrenzten Empfängerbereich bestimmt sind (S. 244 f.). Er verneint mit zahlreichen Literaturstimmen die §§ 94 ff. StPO als Eingriffsgrundlage. Erforderlich sei eine auf Art. 10 GG abgestimmte, bereichsspezifische Vorschrift. Er wirft dem *BVerfG* – auch hier ist er nicht alleine – vor, ein „Fernmeldegeheimnis light“ geschaffen zu haben. Die fehlende Beherrschbarkeit der Kommunikationsinhalte werde auf strafprozessualer Ebene inkonsequent relativiert (S. 273).

Auch eine direkte oder analoge Anwendung der §§ 99 ff. StPO lehnt *Bauer* ab (S. 281). In einem nächsten Schritt werden die §§ 100a ff. StPO geprüft und für die Überwachung von Nachrichten und Chatinhalten für anwendbar gehalten, da soziale Netzwerke hier als Telekommunikationsdienstleister fungieren. Für die Überwachung anderer Kommunikationsinhaltsdaten seien sie aber als Telemediendienste anzusehen und mangels Nennung in § 100b Abs. 3 StPO nicht zur Mitwirkung verpflichtet. Soweit der Zugriff unter Infiltration des Accounts stattfindet, genügen die §§ 100a ff. StPO nach Auffassung des Autors nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen (S. 316), so dass ein weiterer *de lege ferenda* Vorschlag formuliert wird. Hierbei wird danach differenziert, ob die Ermittler auf den Account des Nutzers mittels Infiltration oder ohne Infiltration zugreifen. Für letztere Eingriffe reiche eine Änderung des § 100b Abs. 3 StPO und der Kernbereichsprognose aus. Dieser müsse um einen 4. Satz ergänzt werden: „Satz 1 gilt entsprechend für jeden, der geschäftsmäßig eigene oder fremde Telemedien zur Nutzung bereithält oder den Zugang zur Nutzung vermittelt“ (S. 317). Bei Eingriffen mit Infiltration sei eine gesetzliche Neuregelung erforderlich (S. 316). Hier formuliert der Verfasser einen ausgewogenen, allerdings sehr ausführlichen *de lege ferenda* Vorschlag eines § 100k StPO-E auf mehreren

Seiten (S. 321 ff.). Ob eine solch explizite Regelung praxistauglich ist, sei einmal dahingestellt. Jedenfalls trägt sie sehr umsichtig der hohen Eingriffsintensität unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ausreichend Rechnung.

Nachdem die gesetzlichen Möglichkeiten zu den Inhaltsdaten *de lege lata* und *de lege ferenda* aufgezeigt wurden, wird im Folgenden dem Zugriff auf Bestandsdaten nachgegangen (S. 335 ff.). Auch wenn *Bauer* diesbezüglich einen offenen Zugriff über die §§ 94 ff. StPO angesichts der geringen Eingriffsintensität für denkbar hält, spricht er sich doch für eine normklare Neuregelung aus (S. 342). Hier ist die Frage, ob man tatsächlich alles neu formulieren muss, wenn schon Eingriffsgrundlagen in der StPO vorhanden sind und greifen. Als *de lege ferenda* Vorschlag ist hier vom Autor die Einfügung eines § 100m StPO-E vorgesehen (S. 343). Die immer differenziertere und umfangreichere Anreihung möglicher Ermittlungsmaßnahmen nach §§ 100a ff. StPO lässt unabhängig von der vorliegenden Dissertation die Frage entstehen, ob nicht eine Neuformulierung, Präzisierung und Modernisierung der Ermittlungsmaßnahmen unter besonderer Berücksichtigung des digitalen Fortschritts geboten ist. Hier sind Wissenschaft und Gesetzgebung gefordert, nicht das Stückwerk der strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen fortzusetzen, sondern einheitliche, übersichtliche und praxistaugliche Eingriffsbefugnisse zu schaffen, die trotz dieser Straffung der jeweiligen Eingriffsintensität und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung tragen.

Abschließend widmet sich der Verfasser den Verkehrs- und Nutzungsdaten. Während er für erstere keinen gesetzgeberischen Handlungsbedarf sieht (S. 349), sieht er bei den Nutzungsdaten die Notwendigkeit eines Gesetzentwurfs für einen strafprozessualen Auskunftsanspruch (S. 365). Auch hier wird ein *de lege ferenda* Vorschlag (§ 100n StPO-E) gemacht (S. 369).

Insgesamt, so lässt sich resümieren, ist Handlungsbedarf angezeigt. Die Dissertation legt den Finger in die Wunde unzureichender Ermächtigungsgrundlagen, die den Herausforderungen des digitalen Zeitalters nicht gewachsen sind. *Bauer* macht einen ersten Aufschlag mit zahlreichen *de lege ferenda* Vorschlägen. Insofern hat sich seine Dissertation auch bei einem Bearbeitungsstand von April 2016 keinesfalls überholt, ganz im Gegenteil bieten die Vorschläge und Ausführungen viel Material für eine kriminalpolitische Diskussion. Allerdings sollte man nicht (nur) über die Gesetzesvorschläge in der Dissertation nachdenken, sondern über eine komplette Revision und Neuformulierung strafprozessualer Ermittlungsmaßnahmen. Denn wie soll es weitergehen, wenn der Gesetzgeber bei § 100z StPO angekommen ist? Übersichtlicher wird es ganz sicher nicht.

Die Dissertation von *Bauer* kann jedem empfohlen werden, der sich kritisch mit strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen in der virtuellen Welt auseinandersetzt. Es ist der Arbeit zu wünschen, dass sie viel rezipiert wird, damit sich schließlich auch der Gesetzgeber der digitalen Neuausrichtung der StPO stellt.

## TAGUNGSBERICHT

## Tagungsbericht, Defence Counsel at the International Criminal Tribunals, Berlin, am 25. Januar 2020

von Rain Pia Bruckschen\*

Am 25. Januar 2020 fand auf Einladung des „ICDL Germany e.V.“, einem Zusammenschluss von Strafverteidigern und Wissenschaftlern mit Interesse für das Wirken der internationalen Strafjustiz, die bereits 14. Auflage der Konferenz „Defence Counsel at the International Criminal Tribunals“ in den Räumlichkeiten des Hotels Inter-Continental in Berlin statt. Die Veranstaltung wurde gefördert von der RAK Berlin, der Deutschen Gesellschaft für die Vereinten Nationen e.V. (DGVN), der Vereinigung Berliner Strafverteidiger e.V. und der Strafverteidiger Vereinigung Sachsen/Sachsen-Anhalt e.V. Praktiker aus dem In- und Ausland - u.a. aus dem Irak, der Schweiz, Frankreich und den Niederlanden - fanden sich zur Diskussion und Analyse aktueller Probleme und Entwicklungen in den Verfahren vor den Internationalen Strafgerichtshöfen sowie in deutschen Verfahren mit internationalem Bezug zusammen. Ein intensiver Erfahrungsaustausch praktizierender Juristen sowie die Diskussion erheblicher verfahrensrechtlicher und tatsächlicher Problematiken – neuer oder altbekannter Art – prägten dabei den spannenden Konferenztag in Berlin.

Nach einer Begrüßung durch Dr. Mayeul Hiéramente, Fachanwalt für Strafrecht und Vorstandsmitglied des ICIDL Germany e.V., und Frau Isabelle Beaucamp von der DGVN, eröffnete H.E. Judge Van den Wyngaert, die Konferenz mit einem Vortrag zum Thema „Flashbacks and vision of the future of International Criminal Law and Tribunals“. Van den Wyngaert, die derzeit als Richterin an den „Kosovo Specialist Chambers“ in Den Haag tätig ist und zu einer der erfahrensten RichterInnen vor internationalen Gerichten zählt, beschrieb die grundsätzliche Entwicklung der Internationalen Strafjustiz sehr treffend mit den Worten „The times are changing“. Das generelle politische Klima und die Unzufriedenheit von Staaten, die das IStGH-Statut ratifiziert haben sowie auch die Kritik anderer Institutionen und Praktiker auf dem Gebiet an der Arbeit des Internationalen Strafgerichtshofes in Den Haag (IStGH) hätten zu einer veränderten Wahrnehmung internationaler Strafverfahren und zu einem Vertrauensverlust gegenüber der Arbeit der internationalen Strafjustiz geführt. Auch sie selbst mache sich Sorgen um die Zukunft des IStGH und stellte die Frage in den Raum, ob „Licht am Ende des Tunnels“ aktuell noch möglich erschiene. Ihrer Meinung nach sei das Licht aber durchaus greifbar, wenn der IStGH realistischer und professioneller

mit den aktuellen Gegebenheiten und seinen Möglichkeiten umgehen würde.

Im Folgenden gelang Van den Wyngaert ein vergleichender Überblick über die Geschichte internationaler Strafjustiz in der Zeit von Versailles 1918, den Nürnberger Prozessen nach dem 2. Weltkrieg, über die 70er und 80er Jahre bis hin zur Errichtung des IStGH im Jahr 1998.

Während man 1918 noch ein erhebliches Problem mit der Immunität von Staatsoberhäuptern gehabt habe, so Van den Wyngaert, sei nunmehr nach dem Römischen Statut selbst eine Verfolgung amtierender Staatsoberhäupter durchsetzbar. Im Rahmen der Nürnberger Prozesse seien die maßgeblichen und bis heute anwendbaren Begriffsbestimmungen in Bezug auf international verfolgbare Verbrechen geschaffen worden, die als eine Art Grundgerüst weiterhin gelten. Dennoch habe der Internationale Militärgerichtshof nur einen eingeschränkten Handlungsspielraum gehabt und sei dem Vorwurf der Einseitigkeit ausgesetzt gewesen. In den 70er und 80er Jahren habe man von internationaler Strafjustiz geträumt, es sei aber weiterhin undenkbar gewesen, diejenigen, die für schwerste Verbrechen als verantwortlich gehalten wurden, vor ein Gericht zu stellen. Dies habe schließlich zur Schaffung des IStGH geführt, welcher indes mit enormen Herausforderungen zu kämpfen habe, so Van den Wyngaert. So müsse die Staatsanwaltschaft beispielsweise eine selektive Auswahl treffen, in welchen Ländern und Situation sie ermittelnd tätig werde. Auch der tatsächliche Umfang und die Dauer der Verfahren sowie deren Kosten und die Erwartungen der Verletzten seien immer mit in den Blick zu nehmen. Van den Wyngaert betonte aber, dass die Zeit deutlich gezeigt habe, dass nicht ein zynischer Pessimismus angebracht sei, sondern dass es vielmehr nötig sei, eine realistische Diskussion darüber zu führen, in welcher Form ein Beitrag zu einem funktionierenden internationalen Strafsystem geleistet werden könne. Aus Sicht Van den Wyngaerts seien dabei drei Dinge besonders in den Fokus zu nehmen: Zum einen müssten die Erwartungen an den IStGH und die Internationale Strafjustiz angepasst werden und ein gewisser Realismus Einzug halten. Auch die Auswirkungen eines Verfahrens vor dem IStGH auf staatliche oder innerstaatliche Konflikte dürften dabei nicht beschönigt werden. Als zweites bedürfe es einer strikteren Beachtung des Grundsatzes der Komplementarität, welcher der Durchführung nationaler Verfahren den

\* Die Verfasserin ist seit Januar 2018 Vorstandsmitglied des ICIDL Germany e.V.

Vorrang vor internationalen Strafverfahren einräumt. Mehrfach machte *Van den Wyngaert* diesbezüglich deutlich, dass die Zukunft des internationalen Strafrechts ihrer Meinung nach bei den Mitgliedsstaaten läge. Zwar sei es vor einigen nationalen Gerichten eine Herausforderung, ein mit internationalen Strafverfahren vergleichbares Niveau an sog. *fair-trial*-Rechten des Angeklagten sicherzustellen. Strafverfolgung zu betreiben, sei aber auch eine Pflicht der Staaten. Drittens sei es von enormer Bedeutung, die Arbeit der Mechanismen wie des kürzlich erschaffenen *International Impartial and Independent Mechanism* (IIIM)<sup>1</sup>, des *International Public Prosecutor* (IPP) oder des *United Nations Investigative Team for the Promotion of Accountability for Crimes Committed by Da'esh/ISIL* (UNITAD)<sup>2</sup> für eine systematische Sichtung und Klassifizierung von Beweismitteln und Informationen und zur Nutzung in zukünftigen Verfahren (international oder national) in Anspruch zu nehmen. Trotz der deutlichen Defizite, zu denen *Van den Wyngaert* sich kritisch äußerte, schuf sie im Rahmen ihres Vortrages viel Raum für Verbesserungen und gab insbesondere den deutlichen Anstoß für notwendige Reformen im Bereich des internationalen Strafrechts.

Dr. *Caroline Buisman*, seit März 2019 Mitglied des „*United Nations Investigative Team for the Promotion of Accountability for Crimes Committed by Da'esh/ISIL*“ (UNITAD) gab sodann in ihrem Vortrag mit dem Thema „*The challenges of a UN investigation mechanism*“ einen spannenden Einblick in ihre derzeitige Arbeit für UNITAD im Irak. Der durch Resolution des Sicherheitsrates erschaffene Mechanismus zur Aufklärung der durch den Islamischen Staat (IS) im Irak begangenen Verbrechen mit Sitz in Bagdad, arbeitet seit nunmehr rund 1,5 Jahren unter der Leitung des Special Advisers *Karim Khan, QC*, selbst ein erfahrener Strafverteidiger.<sup>3</sup> Zwar konzentrierte sich der Mechanismus auf Verbrechen, die im Irak begangen wurden, habe aber, so *Buisman*, gleichzeitig eine globale Funktion. *Buisman*, die seit Anfang Dezember im Irak lebt und in einem von mittlerweile vier Teams von UNITAD arbeitet, beschäftigt sich vor allem mit Jesiden, die Opfer von Vertreibung, Gewalt und Massentötungen durch den IS geworden sind. Sie machte in ihrem Vortrag deutlich, dass sie die Erfahrungen, die sie als Strafverteidigerin im Rahmen von Ermittlungen zuvor gemacht habe, gelehrt hätten, dass es hierfür eigentlich niemals ideale Bedingungen gebe. Grundsätzlich, so *Buisman*, brauche man für eine erfolgreiche Ermittlungsarbeit neben den guten Verbindungen zur Regierung, in deren Staat die Ermittlungen stattfinden, eine gute Kooperation mit internationalen und nationalen Organisationen vor Ort. Im besten Fall könnte man von diesen bereits gesammelte Informationen und Beweise analysieren und ggf. verwerten. Es sei deshalb besonders hilfreich, dass UNITAD sowohl mit der irakischen Regierung als auch mit kurdischen Organisationen kooperiere. *Buisman*, die vor ihrer Arbeit bei UNITAD vor allem als Strafverteidigerin vor internationalen Strafgerichten tätig gewesen ist,

verglichen aus der Erfahrung ihres derzeitigen Perspektivwechsels heraus die mit ihrer Tätigkeit verbundenen persönlichen Herausforderungen. Die Arbeit als Mitglied eines Verteidigerteams und ihre jetzige Arbeit würden sich in einem entscheidenden Punkt erheblich unterscheiden, so *Buisman*. In der Verteidigerrolle habe man vor allem die Aufgabe, möglichst viele Fehler in der Sachverhaltsdarstellung durch die Anklage (*case of the prosecution*) zu finden. Bei UNITAD müsse sie nun von Grund auf die Informationen und Beweismittel für einen eigenen Fall (*case*) sammeln, orientiert an dem Mandat von UNITAD. Dabei müsse sie unvoreingenommen an den Sachverhalt herangehen – zu viele Vorabinformationen seien zum Teil hinderlich. Mitglieder der Jesidischen Gemeinschaft, mit welchen UNITAD zusammenarbeite, seien zwar oft bereit ihre Geschichten zu erzählen, allerdings wäre auch ihre Frustration sehr deutlich spürbar.

*Buisman* berichtete, dass viele Familienangehörige der Befragten weiterhin verschwunden seien und manche in Gefangenschaft des IS. Um dennoch bestmöglich mit den Menschen arbeiten zu können, sei deshalb eine aufrichtige und ehrliche Kommunikation wichtig. *Buisman* beleuchtete im Folgenden auch die durchaus innovative Aufgabe von UNITAD, anderen Staaten und deren Justizbehörden Informationen und Beweismittel für nationale Verfahren zur Verfügung zu stellen. Dabei könne es besonders hilfreich sein, dass UNITAD bereits gewisse Informationen vorgefiltert habe. Problematisch sei aber, dass es beispielsweise im Irak noch die Todesstrafe gebe und gerade in den von UNITAD ermittelten Fällen die Terrorismusgesetze Anwendung finden würden. Die Ermittlungsarbeit von UNITAD dürfe selbstverständlich nicht in ein Verfahren münden, welches zu einem Todesurteil führen könnte, weshalb aktuell auf diplomatischem Wege mit irakischen Behörden und der Regierung verhandelt würde. Was die spezifische Ermittlungs- und Zeugenarbeit von UNITAD angehe, würden sie u.a. mit Stimmenwiedererkennung und mit Lichtbildvorlagen arbeiten. *Buisman* machte jedoch klar, dass dies auch die Gefahr der Voreingenommenheit der Zeugen mit sich bringe, deren Erinnerungsvermögen über die Zeit naturgemäß nachlasse. Es sei bei der Sicherung von Beweisen auch nicht unproblematisch, dass man nicht wisse, in welchem Land letztendlich die Beweismittel genutzt werden würden. Damit wisse man auch nicht, welche Verfahrens- und Beweisregeln Anwendung finden würden. Aufgrund der Befürchtung, dass Beweismittel zerstört bzw. in einem Verfahren nicht mehr verwendbar sein könnten, seien alle UNITAD-Mitarbeiter sehr vorsichtig bei der Sammlung von Beweisen, so *Buisman*. Auch hier sei man als Verteidiger gut aufgestellt, da man ausreichend Erfahrung damit habe, die Herkunft und Qualität der von Strafverfolgungsbehörden gesammelten Beweismittel in Frage zu stellen und damit auch seine eigene Arbeit kritisch hinterfragen würde. Grundsätzlich, so schlussfolgerte *Buisman*, sei es bei der gesamten Arbeit von UNITAD und als Teil eines *Investigative Teams* vor Ort von besonderer Bedeutung, die eigenen Erwartungen realistisch einzuschätzen. Es sollten

<sup>1</sup> Mehr Informationen zum IIIM unter: <https://iiim.un.org>.

<sup>2</sup> Mehr Informationen zu UNITAD unter: <https://www.unitad.un.org>.

<sup>3</sup> Siehe den 3. Bericht des Special Advisers *Karim Khan QC* vom

13.11.2019 unter: [http://uniraq.com/images/SGReports/S\\_2019\\_878\\_E.pdf](http://uniraq.com/images/SGReports/S_2019_878_E.pdf) (zuletzt abgerufen am 29.4.2020)



keine Versprechen gemacht werden, die am Ende nicht gehalten werden könnten. Solche Mechanismen wie UNITAD seien aber möglicherweise die Zukunft der „Internationalen“ Strafgerichtsbarkeit, man könne internationale Expertise vor nationalen Gerichten sinnvoll einbringen. Es ließen sich Netzwerke aufbauen, die effektive und nachhaltige Arbeit leisten könnten. Geplant sei, dass Staaten, die Informationen von UNITAD benötigten, entsprechende Anfragen direkt an UNITAD stellen könnten. Wer darüber hinaus Anfragen an UNITAD richten könne und ob bspw. auch *Anklagebehörden oder Strafverteidiger* entsprechende Hilfe von UNITAD in Anspruch nehmen könnten, hinge ihrer Ansicht nach u.a. von den nationalen Systemen und strafprozessualen Regeln des jeweiligen Staates ab.

Im Anschluss hieran, ermöglichte *Simon Meisenberg*, derzeit Chef de Cabinet und Senior Legal Officer an den *Kosovo Specialist Chambers*<sup>4</sup> in Den Haag, in seinem Vortrag „*The Kosovo Specialist Chambers: Expectations and Accomplishments*“ einen erhellenden Überblick über die neuerlich errichteten *Kosovo Specialist Chambers* mit Sitz in Den Haag.

Die Kosovo Specialist Chambers bestehen aus zwei separaten und unabhängigen Institutionen: den Kammern (*Specialist Chambers* – SC) und der Staatsanwaltschaft (*Specialist Prosecutor's Office* – SPO). SC und SPO sind dem Justizsystems des Kosovo nachgebildet und die vier Instanzen sind dem kosovarischen Gerichtssystem angepasst: Basic Court, Court of Appeals, Supreme Court und Constitutional Court. Das Constitutional Court ist zuständig für Individualbeschwerden. Richter könnten auch Rechtsfragen an dieses Gericht richten. SC und SPO finden ihre Rechtsgrundlage in einer Verfassungsänderung und einem neuen Gesetz (Art. 162 der Verfassung des Kosovo [August 2015] sowie dem Gesetz „*Law on Specialist Chambers and Specialist Prosecutor's Office*“ [August 2015]). Diese wurden von der Versammlung des Kosovo adoptiert. Sie sind vorübergehender Natur und ihr Mandat ist die Sicherstellung eines sicheren, unabhängigen, unparteiischen, fairen und effizienten Strafverfahrens in Bezug auf Vorwürfe grenzüberschreitender und internationaler Straftaten, die während und im Nachgang des Konflikts im Kosovo begangen wurden und die in Zusammenhang stehen mit den Taten, die im Council of Europe Parliamentary Assembly Report Doc 12462 of 7 January 2011 enthalten sind sowie Gegenstand strafrechtlicher Ermittlungen der *Special Investigative Task Force* (SITF) gewesen sind. Gegenstand der Verfahren sollen also Verbrechen sein, die von natürlichen Personen zwischen dem 1.1.1998 und dem 31.12.2000 auf dem Staatsgebiet des Kosovo begonnen oder begangen („commenced or committed“) wurden, vgl. Art. 7, 8 und 9 (1) SC-Law. Das Gesetz sieht die Durchführung der Verfahren außerhalb des Kosovo vor, weshalb die Kammern ihren Sitz in Den Haag (Niederlande) haben, und mit internationalen Richtern, Staatsanwälten und Mitarbeitern besetzt werden. *Meisenberg* berichtete, dass es im Januar 2020 noch keinen Fall (*case*) gebe, der vor den Kammern zur Anklage

gebracht wurde. Seitdem sind jedoch am 24.2.2020 Anklageschriften einem Vorverfahrensrichter vorgelegt worden, der derzeit die Zulassung zur Hauptverhandlung prüft. Zuletzt machte *Meisenberg* noch auf den enormen Fortschritt in den Vorschriften innerhalb des Regelwerkes der SC aufmerksam. Es sei versucht worden, aus guten und schlechten Erfahrungen der anderen internationalen Tribunale zu lernen. So seien in den im Juli 2017 in Kraft getretenen „*Rules of Procedure and Evidence*“, die sich an den Regelungen kosovarischer Strafverfahren anlehnen, z.B. gewisse Fristen für die Richter kodifiziert. Sie müssen über Beschwerden innerhalb von 7 Tagen entscheiden. Wird diese Frist nicht eingehalten, muss das Court of Appeal darüber entscheiden. Im Vergleich zu den sonst kaum vorhandenen Fristenregelungen in den Regelwerken der internationalen Gerichte, sei dies ein wichtiger Schritt, so *Meisenberg*.

*Thomas Koll*, Strafverteidiger in Aachen, bot den Konferenzteilnehmern in seinem Vortrag „*Defending an ISIS-Suspect before a German court*“ einen plastischen Einblick in die sogenannten „Rückkehrer-Verfahren“ vermeintlicher IS-Kämpfer oder Unterstützer und mit derartigen Verfahren verbundene Besonderheiten. Eine Hürde sei unter anderem, dass viele Kämpfer nicht nach Deutschland zurückgekehrt seien und auch nicht zurückkehren würden, somit für die Verteidiger unerreichbar seien, aber theoretisch als Entlastungszeugen in Frage kämen. Lediglich Bundeskriminalamt (BKA) und Nachrichtendienste hätten die Möglichkeiten, Personen im Ausland, insbesondere in Krisengebieten, zu befragen. Wenn hierbei Material gesammelt würde, das die Tatvorwürfe gegen einen Angeklagten stützen würde, so würde dieses zeitnah ins Verfahren eingeführt werden können. Im umgekehrten Fall sei dies hingegen leider kaum gängige noch realistische Praxis. Ein besonderes Augenmerk legte *Koll* zudem auf die problematischen gesetzlichen Regelungen in Bezug auf die Kommunikation des Verteidigers mit seinem Mandanten und der grundsätzlichen Behandlung eines Angeklagten in Prozessen wegen des Tatvorwurfs der Mitgliedschaft in einer ausländischen terroristischen Vereinigung. Viele der Bestimmungen stammten noch aus den Zeiten der RAF. Der Angeklagte sitze beispielsweise immer abgeschirmt hinter Glas, ob es sich um ein Treffen mit seinem Verteidiger handele oder um eine mündliche Verhandlung im Gerichtssaal. Auch würde die Kommunikation zwischen Verteidiger und Mandant umfassend kontrolliert. Jedes Schreiben des Verteidigers an seinen inhaftierten Mandanten werde von einem sogenannten Kontrollrichter gelesen werden, der sog. Lese- und Kontrollrechte hat und ggf. auch Dokumente an die Staatsanwaltschaft weiterleiten könne. Zwar sei der entsprechende Kontrollrichter nicht der für das Hauptverfahren zuständige Richter. Käme es jedoch zu Vorfällen innerhalb der JVA, wäre der Kontrollrichter, der auch den Schriftverkehr mit dem Verteidiger kontrolliert, auch der Richter am Amtsgericht, der über den Vorfall entscheiden würde. Zwar dürfe er Erkenntnisse oder Tatsachen aus den Kontrollen in diesen Verfahren nicht verwerten. Ob sich der

<sup>4</sup> Mehr Informationen zu den Kosovo Specialist Chambers unter: <https://www.scp-ks.org/en>.

jeweilige Richter aber vollkommen unbeeinflusst von etwaigen Erkenntnissen aus der Postkontrolle mit den Vorfällen befassen würde, sei zumindest fraglich. Die Zielrichtung derart weitreichender Eingriffe in das Verhältnis des Verteidigers mit seinem Mandanten stamme ebenfalls noch aus der Zeit der RAF, in welcher man vielen Verteidigern misstraut habe und vermutet habe, sie seien ebenfalls Teil der in den Blick genommenen Vereinigung. Solche Gesetze seien mittlerweile deutlich überholt, so Koll.

Chris Gosnell, Co-Counsel von Bosco Ntaganda in dessen Verfahren vor dem *IStGH*<sup>5</sup>, hielt einen Vortrag zum Thema „*A Defence Perspective on Disclosure in ICC Proceedings*“. Hierin brachte er seinen Zuhörern die weitreichende Problematik der Weitergabe von Beweismaterial und Dokumenten („disclosure“) von der Staatsanwaltschaft an die Verteidigung unter besonderer Berücksichtigung der übermäßigen Anonymisierung von Dokumenten näher. Insbesondere würden viele Beweismittel erst sehr spät an die Verteidiger übersandt und dies zudem in derart anonymisierter Form, dass die Verteidiger kaum etwas damit anfangen könnten. Es würden beispielsweise nicht nur die Namen von Zeugen geschwärzt, sondern auch alle Informationen, die irgendwie über die Identität der Zeugen Aufschluss geben könnten. Damit seien in vielen Fällen aber auch alle substantiellen Informationen geschwärzt, sodass kaum ein Aussagewert oder Ermittlungsansatz für die Verteidigung übrigbliebe. Eine sehr verzögerte Übersendung der Protokolle von Zeugenvernehmungen reduziere zwar zum Teil das Risiko der Gefährdung von Zeugen und Opfern, allerdings seien die Grundsätze eines fairen Verfahrens in Gefahr, verletzt zu werden.<sup>6</sup> So gäbe es beispielsweise häufig sogenannte „ex parte“-Korrespondenz zwischen dem Gericht und der Staatsanwaltschaft. Das bedeutet, dass Anträge gestellt werden, zu denen die andere Partei (hier die Verteidigung) nicht Stellung nehmen kann, von der sie zumeist noch nicht einmal Kenntnis hat. Das mittlerweile beim *IStGH* weit verbreitete Schwärzen von Verfahrensunterlagen sei zudem extrem zeit- und ressourcenintensiv. Dieses ausufernden „Zensieren“ von Beweismaterial und das Zurückhalten von entlastendem Material, so Gosnell, seien absolut kontraproduktiv, wenn es doch um die entscheidende Frage gehe, ob die Angaben des jeweiligen Zeugen glaubhaft seien oder nicht. Die Staatsanwaltschaft sei eigentlich ver-

pflichtet jedes be- und entlastende Material an die Verteidiger weiterzuleiten, unter Berücksichtigung der in den Rules of Procedure and Evidence kodifizierten und durch die Rechtsprechung untermauerten Ausnahmen. Gosnell endete mit einem vergleichenden Überblick über die Verfahren des ICTY und des ICC. Dabei seien die Verfahren vor dem ICTY seiner Ansicht nach weitaus stringenter geführt und die Prinzipien des *fair trial* grundlegender beachtet worden, als in den Verfahren vor dem *IStGH*. Seiner Ansicht nach müssten die Umsetzung der Verfahrensvorschriften und die Prozessführung beim *IStGH* mittlerweile weiterentwickelt sein, als es tatsächlich der Fall ist.

Marion Carrin, Strafverteidigerin und Mitglied des Verteidigerteams des Angeklagten Charles Blé Goudé am *IStGH*<sup>7</sup>, erläuterte in ihrem Vortrag mit dem Titel „*Confirmation of Charges: a Trial before the Trial?*“ in sehr anschaulicher Art und Weise den ungeklärten Charakter der Verfahrensstufe der sogenannten *Confirmation of Charges* am *IStGH*.<sup>8</sup> In einem Verfahren vor dem *IStGH* wird der Beschuldigte erst nach der *Confirmation of Charges* zum Angeklagten. Die Verfahrensnatur der sogenannten *Confirmation of Charges* sei jedoch nicht einfach zu verstehen, so Carrin. Es solle insbesondere kein sogenanntes Vorverfahren (Pre-trial) sein – also kein „Mini“-Verfahren vor dem Hauptverfahren. Die Kammer solle die Beweismittel deshalb auch nicht derart würdigen, wie sie es im Hauptverfahren tun würde. Selbst wenn Beweismittel teilweise widersprüchlich seien, könne eine Anklage grundsätzlich zugelassen werden. Zum Teil würde der Vortrag der Staatsanwalt im *confirmation of charges hearing*, einer Hauptverhandlung, aber auch einem Plädoyer gleichkommen. Hintergrund der *Confirmation of Charges* sei, dass dieser Verfahrensabschnitt eine Art Filter sei, um nicht jede Anklage in ein langwieriges Verfahren münden zu lassen, so Carrin. Zugelassen werden sollten nur die Anklagen, die dem Anspruch des „*substantial grounds to believe*“<sup>9</sup> gerecht würden, dass also aufgrund substantieller Gründe anzunehmen sei, dass der Verdächtige die in der Anklageschrift enthaltenen Taten begangen habe. Was aber in diesem Stadium des Verfahrens besonders verwunderlich sei, ist laut Carrin die Möglichkeit des Gerichtes, diese Entscheidung erst einmal zu vertagen. Dieses Mittel werde ihrer Ansicht nach vor allem dafür genutzt, den Anklägern zu verdeutlichen, dass sie zusätzliche Beweismittel beibringen müssten oder dass die bereits

<sup>5</sup> Zum Verfahren gegen Mr. Bosco Ntaganda siehe: <https://www.icc-cpi.int/drc/ntaganda> (zuletzt abgerufen am 29.4.2020).

<sup>6</sup> Siehe auch die Ausführungen von Kai Ambos zu: Confidential Investigations (Article 54 (3) (E) ICC Statute) vs. Disclosure Obligations: The Lubanga Case and National Law, *New Criminal Law Review*, Vol. 12, No. 4, Herbst 2009, S. 543 ff., abrufbar unter: <https://www.legal-tools.org/doc/c76c63/pdf/> (zuletzt abgerufen am 29.4.2020).

<sup>7</sup> Zum Verfahren gegen Mr. Charles Blé Goudé siehe: <https://www.icc-cpi.int/cdi/gbagbo-goude> (zuletzt abgerufen am 29.4.2020).

<sup>8</sup> Für mehr Informationen und eine kritische Auseinandersetzung siehe auch: The Confirmation of Charges Process at the International Criminal Court: A Critical Assessment and Recommendations for Change, College of Law Washington, October 2015, abrufbar unter: <https://www.wcl.american.edu/impact/initiatives-programs/warcrimes/our-projects/icc-legal-analysis-and-education-project/reports/report-19-the-confirmation-of-charges-process-at-the-icc-a-critical-assessment-and-recommendations-for-change/> (zuletzt abgerufen am 29.4.2020); siehe zudem: Protokoll zum Vortrag von Mr. Enrique Carnero Rojo, vom 5.9.2017 zu Art. 61 Rome Statute – „Confirmation of Charges before Trial“ unter: <https://www.legal-tools.org/doc/8e430d/pdf/> (zuletzt abgerufen am 29.4.2020).

<sup>9</sup> Siehe auch: War Crimes Research Office, Investigative Management, Strategies, and Techniques of the International Criminal Court's Office of the Prosecutor (2012), 9. The burden of proof during the ICC confirmation of charges stage is 'substantial grounds to believe'; siehe dazu: Rome Statute of the International Criminal Court, UN Doc.A/CONF.183/9 (1998), Art. 61(7).

vorgebrachten Beweismittel noch nicht ausreichend/überzeugend strukturiert seien. Hierdurch würde der Staatsanwaltschaft ermöglicht, im Vorhinein bereits eine Voreinschätzung des Gerichtes zu erhalten. Im Anschluss hieran hätte die Verteidigung einen Monat Zeit, um die Anklageschrift zu prüfen. Sie enthielte dann, so *Carrin*, die Sachverhaltsschilderung, deren rechtliche Würdigung und Ausführungen zur individuellen Verantwortlichkeit des Beschuldigten. Um sich hierauf adäquat vorzubereiten, d.h. seinen eigenen Fall (*case*) bzw. die Verteidigung gegen die Tatvorwürfe vorzubereiten und (Gegen-)Beweise zu ermitteln, sei ein Monat wenig Zeit. Die Aufgabe der Verteidigung sei es, die Anklage in Frage zu stellen und Fehler und Lücken aufzuzeigen – und dies obwohl das Hauptverfahren noch nicht eröffnet sei. Damit werde der Anklagebehörde genau vor Augen geführt – diesmal von Seiten der Verteidigung – in welchen Punkten die Anklageschrift angreifbar sein könnte, wo Fehler gemacht wurden und wo nachgebessert werden müsse. Somit würde die Verteidigungsstrategie noch vor der Hauptverhandlung offengelegt. Die Anklagebehörde hätte zum Teil bereits Jahre jahrelang ermittelt, während der Verteidigung seit der Beordnung der Rechtsanwälte kaum Zeit zur Vorbereitung bliebe. Wie genau die beste Strategie der Verteidigung in der Phase der *Confirmation of charges* sei, komme deshalb immer auf die Einzelsituation an. Alles in allem, so schlussfolgerte *Carrin*, könne man nicht wirklich darauf vorbereitet sein, welcher Situation man als Verteidiger während der *Confirmation of charges* ausgesetzt sei und welche Strategie zur Vertretung der Rechte und Interessen des Mandanten letztendlich am zielführendsten sei.

Den sehr vielseitigen Konferenztag beendete *Natalie von Wistinghausen*, Strafverteidigerin in nationalen und internationalen Strafverfahren in Berlin und Den Haag (u.a. Co-Verteidigerin beim *Special Tribunal for Lebanon* in dem Verfahren *The Prosecutor vs. Ayyash et. al*<sup>10</sup> im Verteidigerteam für den Angeklagten *Hussein Hassan On-eissi*) und ebenfalls Vorstandsmitglied des ICDL Germany e.V., in ihrem Vortrag „*Representing a Yesidi survivor in a German ISIS-trial*“ mit einem spannenden Einblick in ihre Arbeit in einem aktuell laufenden IS-Strafverfahren gegen eine deutsche Staatsangehörige, in welchem sie die Nebenklägerin, eine überlebende Jesidin, vor dem Oberlandesgericht in München vertritt. Der Anklageschrift zufolge soll die Angeklagte mit 24 Jahren nach Syrien und später in den Irak gereist sein. Sie habe sich zuvor über einen längeren Zeitraum immer stärker dem Islam zugewandt und sich im Laufe der Jahre radikalisiert. In Syrien habe sie einen irakischen IS-Kämpfer geheiratet und habe die *hisbah*, die sogenannte Moral- bzw. Religionspolizei, aktiv unterstützt. Im Jahr 2015 hätten sie und ihr Ehemann, Sklavinnen gehalten – die überlebende Jesidin, die *von Wistinghausen* nun im Rahmen der Nebenklage vertritt, und ihre Tochter. Das damals 5-jährige

Kind der Sklavin habe eines Tages bestraft werden sollen, woraufhin der Ehemann der Angeklagten das Kind bei 45 Grad in der sengenden Sonne von Fallujah im Hof des Hauses angekettet haben soll und verdursten ließ. Die Angeklagte soll dies mit angesehen und nichts unternommen haben, um das Kind zu retten. Nach ihrer Rückkehr nach Deutschland habe die Angeklagte entschieden, wieder nach Syrien auszureisen. Bei der Person, die ihr zur Ausreise verhelfen sollte, handelte sich jedoch um eine Vertrauensperson eines ausländischen Geheimdienstes, der im Rahmen vertraulicher Gespräche von ihren Erfahrungen in Syrien, der Unterstützung der *hisbah* und des IS sowie von der Situation mit dem Kind, welches ums Leben kam, erfuhr. Diese Gespräche wurden aufgezeichnet und die Angeklagte, als sie sich mit der Vertrauensperson in einem Auto auf dem Weg gen Süden befand, festgenommen. Ihr werden die Mitgliedschaft in einer ausländischen terroristischen Vereinigung, Mord durch Unterlassen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit zur Last gelegt. Nach Anklageerhebung durch den Generalbundesanwalt, der für die Ermittlung von Straftaten nach dem Völkerstrafgesetzbuch (VStGB) zuständig ist, erfuhr – so *von Wistinghausen* – von diesem Verfahren auch eine Mitarbeiterin der NGO Yazda im Irak, die sich mit dem Schicksal der Jesiden befasst und u.a. Befragungen von Überlebenden durchführt, die ggf. als Beweismittel in Strafverfahren gegen vermeintliche IS-Mitglieder eingeführt werden können, aber auch zur Dokumentation der systematischen Angriffe gegen die Jesiden gesichert werden. Diese Mitarbeiterin von Yazda konnte sich an eine jesidische Frau erinnern, die genau diese Geschichte über den Tod ihres 5-jährigen Kindes erzählt hatte. Die jesidische Mutter und Überlebende habe sich nun als Nebenklägerin dem Verfahren vor dem OLG München angeschlossen. Aufgrund der Angaben der Nebenklägerin habe der Generalbundesanwalt auch die Tatbestände der Verbrechen gegen die Menschlichkeit im Rahmen der Tatvorwürfe gegen die Angeklagte mit aufnehmen wollen, obwohl diese ursprünglich nicht Teil der Anklageschrift gewesen waren. Dies ist durch einen entsprechenden Antrag des Generalbundesanwalts vom Senat des OLG München positiv beschieden worden. Vor einem internationalen Gericht hätte ein solcher Antrag nach Einschätzung von *von Wistinghausen* für extensiven Schriftverkehr und zahlreiche Stellungnahmen der Parteien gesorgt und wäre ein heikles und umstrittenes Thema gewesen. Der irakische Ehemann der Angeklagten ist mittlerweile in Griechenland festgenommen und nach Deutschland ausgeliefert worden. Ab dem 24. April 2020 wird er sich vor dem OLG Frankfurt am Main u.a. wegen des Tatvorwurfs des Mordes des Kindes, aber auch wegen Völkermordes zu verantworten haben. Die Mandantin von *von Wistinghausen* hat sich auch diesem Verfahren als Nebenklägerin angeschlossen. Solche Strafverfahren, so *von Wistinghausen*, könnten in Zukunft häufiger vor deutschen Oberlandesgerichten verhandelt werden.

<sup>10</sup> Mehr Informationen zu diesem Verfahren am STL abrufbar unter: <https://www.stl-tsl.org/en/the-cases/stl-11-01> (zuletzt abgerufen am 31.1.2019).