

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. Dongyi Syn PhD
Prof. Dr. Davi Tangerino
Prof. Dr. Sheng-Wei Tsai
Prof. Dr. Merab Turava
Prof. Dr. Dr. h.c. Yener Ünver

ALLGEMEINE BEITRÄGE | 199 – 240

- 199 | **Neuregelung der Sterbehilfe – Gesetzgeber muss Konsequenzen aus der Entscheidung über die Verfassungswidrigkeit des § 217 StGB ziehen**
von Prof. em. Dr. Arthur Kreuzer
- 204 | **Wer sucht der findet... Fehlende OK-Ermittlungen**
von Prof. Dr. Britta Bannenberg
- 210 | **Die Bekämpfung von Clankriminalität in Deutschland**
von Prof. Dr. Dorothee Dienstbühl
- 217 | **Das Geschäft mit Cannabidiol – lukrativ und selten legal**
von StAin Dr. Raphaela Etzold
- 224 | **Zwölf Thesen zur Neuregelung der Verbandssanktionierung**
von Dr. Alexander Baur, M.A. und Dr. Philipp Maximilian Holle
- 234 | **Limited Protection and No Reward: An Overview of Whistleblowing in Germany**
von Prof. Dr. Carsten Momsen and Paula Benedict

ENTSCHEIDUNGEN | 241 – 248

- 241 | **Tötungsvorsatz bei riskanten Verhaltensweisen im Straßenverkehr**
BGH, Urt, v. 18.6.2020 – 4 StR 482/19 – LG Berlin

BUCHBESPRECHUNGEN | 249 – 256

- 249 | **Carolin Arnemann: Defizite der Wiederaufnahme in Strafsachen**
von Prof. Dr. Anja Schiemann
- 252 | **Toni Böhme: Das strafgerichtliche Fehlurteil**
von Prof. Dr. Anja Schiemann
- 255 | **Barbara Dunkel: Fehlentscheidungen in der Justiz**
von Prof. Dr. Anja Schiemann

FORSCHUNGSBERICHT | 257 – 262

- 257 | **Sicherheit und Zusammenhalt in Zeiten von Corona – Eine Quantitative Bevölkerungsbefragung in Hamburg**
von Hendrik Thurnes, M.A.

Neuregelung der Sterbehilfe

Gesetzgeber muss Konsequenzen aus der Entscheidung über die Verfassungswidrigkeit des § 217 Strafgesetzbuch ziehen

von Prof. em. Dr. Arthur Kreuzer*

Abstract

Das BVerfG hat § 217 StGB mit der Strafbarkeit geschäftsmäßiger Sterbehilfe für verfassungswidrig erklärt. Der Gesetzgeber sollte angesichts nun bestehender rechtlicher Unsicherheiten und der Gefahr des Entstehens einer „Suizid-Kultur“ rasch eine Neuregelung von Sterbe- und Suizidhilfe schaffen. Die jetzt bestehende Rechtslage wird skizziert. Fünf bislang geltende Grundsätze werden auf mögliche Modifikationen durch das Verfassungsgerichtsurteil geprüft: Straflosigkeit des Suizids; Straflosigkeit der Beihilfe zum Suizid; Strafbarkeit aktiver Sterbehilfe; Straflosigkeit passiver Sterbehilfe; Straflosigkeit indirekter Sterbehilfe. Durchaus dürfen Risiken für das Entstehen einer „Suizid-Kultur“ berücksichtigt, beispielsweise auch Sterbehilfevereine unterbunden werden. Das setzt aber voraus, dass Suizidwilligen Wege zu ärztlich assistierter Hilfe offen bleiben. Elemente eines denkbaren Modells werden hier vorgestellt: Ärztliche Berufsordnungen beseitigen strikte Verbote ärztlicher Suizidassistenz. Nach Vorbild der Schwangerschaftsberatungsstellen werden von Sozialverbänden Sterbeberatungsdienste eingerichtet, die allen Betroffenen zur Verfügung stehen. Ihnen obläge zuvörderst Beratung zur Lebenserhaltung; erst nach ärztlicher Prüfung fehlender zumutbarer Alternativen, der freien und ohne sozialen Druck getroffenen Willensentschließung zum Suizid, der Ernsthaftigkeit und Beständigkeit dieser Entscheidung darf ärztliche Suizidhilfe zugelassen und zu ihr vermittelt werden. Darüber hinaus könnte anstößige Werbung für Suizidhilfen strafbar sein.

The German Constitutional Court has declared § 217 StGB (punishment for commercially assisted suicide services) to be unconstitutional. Facing the risk of an arising „suicide-culture“ caused by an uncertain legal position the legislator is required to enact a new bill regulating suicide assistance without delay. The current legal position is to be analyzed here. Five traditional principles shall be examined concerning possible modifications by the new decision: Impunity of suicide; impunity of assisting suicide; „active suicide assistance“ as criminal offence; impunity of „passive suicide assistance“; impunity

of „indirect/unintended suicide assistance“. It is legitimate for a new legislation to take risks of potentially arising suicide cultures into account, prohibiting for instance private suicide services. This requires however alternative real chances for suicidal persons to get medical assistance. Elements of a possible new legal model are presented here: Professional medical legal regulations must abolish strict bans on medically assisted suicide. Following the example of the existing model of legally controlled services for pregnant women and abortions, corresponding counseling should be organized for all persons seeking help. They should primarily be concerned with saving lives; only when a physician has investigated that there are no acceptable alternatives, that the decision is based on the free will of the person concerned, and that its seriousness and invariance cannot be doubted and that no social pressure was exerted, medical suicide assistance can be permitted. Furthermore it would be legitimate to criminalize inappropriate advertising and assisted suicide services.

I. Zur aktuellen Situation

Auch hier geht es um Leben und Tod: Bei der Sterbe- und Suizidhilfe. Sie muss dringend gesetzlich neu geregelt werden. Am 26. Februar 2020 hatte das BVerfG – für viele Experten unerwartet – die Strafbarkeit geschäftsmäßiger Sterbehilfe in § 217 StGB rundum für verfassungswidrig erklärt.¹ Nun ist der Gesetzgeber am Zuge. Nicht völlig unbegründet meint nämlich ein Zyniker, jetzt sei die Hoch-Zeit für alle Sterbewilligen; sie könnten entstandene rechtliche Freiräume nutzen und für sich Hilfe zur Selbsttötung rechtzeitig vor erneuter gesetzlicher Beschränkung sicherstellen.

Einstweilen scheint man jedoch die gebotene unverzügliche Neuregelung politisch aus vier Gründen hintanzusetzen: Corona droht die Arbeitskraft der Entscheidungsinstanzen vollkommen zu binden. Das verstärkt die Einstellung, in der 2021 auslaufenden Legislaturperiode werde man ein derart strittiges Gesetzesvorhaben ohnehin nicht mehr durchziehen können. Zudem handelt es sich

* Der Verfasser ist Universitätsprofessor (em.) für Kriminologie, Jugendstrafrecht und Strafvollzug an der Justus-Liebig-Universität Gießen.

¹ BVerfG, Urte. des Zweiten Senats v. 26.2.2020 – 2 BvR 2347/15, abrufbar unter: www.bverfg.de/e/rs20200226_2bvr234715.html (zuletzt abgerufen am 7.7.2020), abgedruckt auch in: NJW 2020, 905 ff.; Kusch/Hecker, Handbuch der Sterbehilfe, 2020, S. 416 ff.

um ein äußerst komplexes, moralisch hoch aufgeladenes Problem der Rechtspolitik, das Politiker angesichts vielfältiger, jeweils umstrittener Lösungsstrategien nicht gern anpacken. Letztlich möchte man einem neuen Grundsatzstreit zwischen Parteien, medizinischen, theologischen und juristischen Fachverbänden ausweichen. Deswegen ist bislang nicht einmal eine Expertenkommission von Fachleuten der Justiz- und Gesundheitsministerien, politischen Parteien, Fachverbände und Wissenschaften eingesetzt worden.² Eine solche müsste jedoch wichtige Vorarbeit leisten. Nur dann kann in der nächsten Legislaturperiode unverzüglich ein Gesetzentwurf in den Bundestag eingebracht, diskutiert und umgesetzt werden.

II. Grundsätze der geltenden Rechtslage

Vergegenwärtigen wir uns die bisherige *Rechtslage zur Sterbehilfe und zum Suizid* und ihre eventuelle Veränderung durch das Urteil des *BVerfG*. Wir verstehen dabei unter rechtlich zu regelnder „Sterbehilfe“ nicht selbstverständlichen Beistand und gebotene Hilfe von Angehörigen, Ärzten und Pflegekräften im Sterbeprozess. Es geht allein um Nachhelfen zum Sterben und um aktive Unterstützung eines Suizids. Die vom *BVerfG* gewählte strikte terminologische Trennung zwischen Suizid- und Sterbehilfe³ lässt sich allerdings nicht übernehmen; zu groß sind sachliche Überschneidungen infrage kommender Konstellationen (man denke beispielsweise nur an die im Verfassungsgerichtsurteil nicht näher erörterte Assistenz beim „Sterbefasten“⁴); Alltags- und Fachsprachen unterscheiden zudem inhaltlich gar nicht oder unterschiedlich; und allenthalben „Sterbehilfevereine“ benannte Vereinigungen widmen sich gerade der Suizidhilfe.

Erster Grundsatz: *Suizid ist straflos.* Es gibt keine rechtliche Pflicht zu leben. Das *BVerfG* hat dies bekräftigt und konkretisiert: „Das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) umfasst als Ausdruck persönlicher Autonomie ein *Recht auf selbstbestimmtes Sterben*.“ Dieses Recht schließt die Freiheit ein, sich das Leben zu nehmen. Das Gericht geht noch zwei Schritte weiter: Zum einen ist die Suizidentscheidung „als Akt autonomer Selbstbestimmung von Staat und Gesellschaft zu respektieren“. Daraus lässt sich beispielsweise ableiten, dass es nicht erlaubt, geschweige denn rechtlich geboten sein kann, den Suizid zwangsweise zu unterbinden. So darf jemand nicht wegen unterlassener Hilfeleistung bestraft werden, weil er den anderen nicht am frei verantworteten Suizid hindert. Hier zeigt sich, wie sehr sich die Bewertungen des Suizids in der Rechtsprechung gewandelt haben. Noch 1954 befand der *Große Strafsenat*

des *BGH*: „Da das Sittengesetz jeden Selbstmord – von äußersten Ausnahmefällen vielleicht abgesehen – streng missbilligt, da niemand selbtherrlich über sein eigenes Leben verfügen und sich den Tod geben darf, kann das Recht nicht anerkennen, dass die Hilfespflicht des Dritten hinter dem sittlich missbilligten Willen des Selbstmörders zu seinem eigenen Tode zurückzustehen habe.“⁵

Zum anderen, so das *BVerfG*, umfasst dieses Recht „auch die Freiheit, hierfür bei Dritten Hilfe zu suchen und Hilfe, soweit sie angeboten wird, in Anspruch zu nehmen“. Beispielsweise, sich ein tödliches Medikament oder ärztliche Mitwirkung in einem Land mit freizügigerem Recht oder durch Sterbehilfevereine zu besorgen. Freilich gilt auch: „Niemand kann verpflichtet werden, Suizidhilfe zu leisten.“ Also dürfen Ärzte Suizidassistenz verweigern.

Zweiter Grundsatz: *Beihilfe zum Suizid ist straflos.* Strafbare Beihilfe setzt eine strafbare Haupttat voraus, der Suizid ist aber keine Straftat. Diesen Grundsatz hatte der 2015 geschaffene § 217 StGB eingeschränkt. Er hatte dadurch „mit der über 140 Jahre währenden deutschen Rechtstradition der generellen Straflosigkeit der Teilnahme an einer eigenverantwortlichen Selbsttötung“ gebrochen.⁶ Im Einzelfall geleistete Suizidhilfe blieb straflos; strafbar sollte nunmehr jedoch die geschäftsmäßige Ausübung sein; sie sollte bereits vorliegen, wenn etwa Ärzte konkret solche Hilfe zusagen und bereit sind, es auch in vergleichbaren Lagen wieder zu tun, oder wenn Vereine auf die Vermittlung von Suizidhilfe angelegt sind. Die Strafbestimmung ist jetzt nichtig. Sie war ohnehin von Kriminalwissenschaftlern und Fachverbänden ganz überwiegend kritisiert worden; sie greife illegitim weit in das Vorfeld von Rechtsgüterschutz und in bloßes Moralrecht über, sei viel zu weit und unbestimmt gefasst, bringe ungünstige Nebenwirkungen, schaffe Denunziationspotenziale und verstoße gegen den Grundsatz, Strafrecht dürfe nur letztes Mittel, ultima ratio einer rechtlichen Regulierung sein.⁷ Dennoch ist auch jetzt ärztliche Suizidassistenz noch nicht ohne weiteres rechtlich und tatsächlich möglich. Sie ist nämlich nach ärztlichen Berufsordnungen in zehn Bundesländern strikt untersagt.⁸ Hilfe wäre dort also berufsrechtswidrig und könnte standesrechtlich geahndet werden. Auch dürfen Ärzte, Apotheker und Hilfsvereine nicht legal für Suizid geeignete Medikamente zur Verfügung stellen. Zwar hatte – im Sinne des Verfassungsgerichtsurteils, aber schon zuvor – das *BVerwG* 2017 entschieden, in „extremen Ausnahmesituationen“ müsse auf Antrag Betroffener die zuständige Bundesbehörde solche Medikamente zugänglich machen;⁹ doch hat Gesundheitsminister *Spahn* dem Bundesamt für

² Das ist dem Verf. durch das Bundesgesundheitsministerium am 24.4.2020 bestätigt worden. Der Bundesgesundheitsminister hat inzwischen aber schon Stellungnahmen von Kirchen und Verbänden angefordert zu eventuellen Eckpunkten eines Schutzkonzeptes für Sterbewillige.

³ *BVerfG*, o. Fn. 1, Rn. 23.

⁴ Unklar war, ob der auch insoweit als zu unbestimmt gerügte § 217 StGB die ärztliche Beratung über und Hilfe bei dem „Sterbefasten“ als strafbares Verhalten umfasst: *Kreuzer*, in: Sinn u.a., Populismus und alternative Fakten, Abschiedskolloquium für Walter Gropp, 2020, S. 151 (155 ff.). Im Verfassungsgerichtsverfahren wurde eine dagegen sprechende, restriktive Auslegung vom Deutschen Bundestag geltend gemacht (Urteil, Rn. 112).

⁵ BGHSt 6, 147 (153); dazu kritisch schon *Kreuzer*, Ärztliche Hilfeleistungspflicht bei Unglücksfällen im Rahmen des § 330c StGB, 1965, S. 50 ff. (seinerzeit allerdings noch davon ausgehend, es gebe kein Recht auf Suizid, sondern ein rechtliches Unverbotensein).

⁶ *Hecker*, GA 2016, 455.

⁷ Statt vieler: *Hecker/Rosenau*, NJW 2015, Heft 49, Editorial; *Roxin*, NSTZ 2016, 185 ff.; *Kreuzer*, NK 2018, 141 (147); *ders.*, o. Fn. 4, S. 155; *Wörner*, NK 2018, 157.

⁸ Übersicht: *BVerfG*, o. Fn. 2, Rn. 293.

⁹ *BVerwG*, Urt. v. 2.3.2017 – 3 C 19.15 – abgedruckt in *Kusch/Hecker*, S. 353 ff.

Arzneimittel und Medizinprodukte untersagt, das Gerichtsurteil umzusetzen.¹⁰ Die Anordnung muss spätestens seit dem Verfassungsgerichtsurteil als obsolet erachtet werden. Der Gesundheitsminister sollte dies unverzüglich klarstellen.

Insofern ist ein weiterer, ja entscheidender Schritt des *BVerfG* bemerkenswert; er wird freilich anhaltend kritisiert werden¹¹: *Strafrecht dürfe nicht die Ausübung der autonomen Entscheidung zum Suizid faktisch verhindern*; der Suizidwillige dürfe nicht darauf angewiesen sein, zur Verwirklichung seiner autonomen Entscheidung in andere Länder auszuweichen oder einen Arzt zu finden, der sich über das berufsrechtliche Verbot hinwegsetze; die *Rechtsordnung müsse sicherstellen, dass „im Einzelfall ein Zugang zu freiwillig bereitgestellter Suizidhilfe real eröffnet bleibt“*. Wie das geschehen und zugleich präventiv einer ungebremsten Entwicklung zu einer „Suizidkultur“ entgegen gewirkt werden kann, lässt das Urteil offen.

Widerstand gegen eine Neuregelung im Sinne des Verfassungsgerichtsurteils wird auch künftig insbesondere von medizinischer und theologischer Seite zu erwarten sein. Das darf nicht eine nötige politische Lösung des Problems verhindern. Immerhin zeigt sich an mancher Stelle kritischer Institutionen eine Bereitschaft für einvernehmliche Regelungen. Als Beispiel stehe die Äußerung des ehemaligen Ratsvorsitzenden der Evangelischen Kirche in Deutschland *Nikolaus Schneider*: Die Kirchen „sollen auch weiterhin um Verständnis dafür werben, dass es Not-situationen gibt, in denen aus Gründen der Nächstenliebe dem Willen zur Selbsttötung nicht nur Respekt gezollt werden, sondern Menschen auch fachlich kompetente Unterstützung angeboten werden muss“.¹²

Sind Suizid und Hilfe zum Suizid straffrei, so gilt doch unverändert der *dritte Grundsatz*: *Aktive Sterbehilfe ist strafbar*. § 216 StGB versteht darunter, dass „jemand durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getöteten zur Tötung bestimmt worden“ ist. Keiner darf dem Sterbewilligen das tödliche Gift verabreichen. Das gilt selbst angesichts bewegungsunfähiger Patienten. Der Arzt *Julius Hackethal* blieb allerdings straffrei; er hatte Patienten ein tödliches Medikament zur selbsttätigen Einnahme mit einer eigens dazu geschaffenen Einnahmeverrichtung zur Verfügung gestellt.¹³

Keineswegs ist hingegen unserem Gesetzgeber zu empfehlen, der niederländischen Regelung zu folgen; ein Arzt wurde nach dem jüngsten Entscheid des dortigen höchsten Gerichts vom Mordvorwurf freigesprochen; er hatte seine

demente Patientin medikamentös getötet und dabei auf ihren in einer Patientenverfügung bekundeten Willen und den Wunsch der Angehörigen abgestellt; in gesundem Zustand hatte sie zwar den Sterbewillen erklärt für den Fall unerträglichen Leidens, wenn sie „denke, dass die Zeit dafür reif“ sei, aber in der akuten Situation als Demenzerkrankte in der Pflege die Tötung mehrmals abgelehnt und sich gegen diese noch während der Ausführung heftig gewehrt. Für uns sollte gelten: Der im gesunden Zustand rechtlich verbindlich etwa in der Patientenverfügung geäußerte Wille kann jederzeit, vor allem in der akuten Situation, widerrufen werden, sei es durch Worte, sei es durch physische Abwehr; dann rechtfertigt der ursprünglich abstrakt geäußerte Wille nicht mehr einen tödenden Eingriff.

Vierter Grundsatz: *Passive Sterbehilfe ist straffrei*. Darunter versteht man das Sterbenlassen eines Angehörigen oder Patienten, ohne weitere lebensverlängernde Maßnahmen zu ergreifen. Leitend ist der Respekt vor der Selbstbestimmung und Würde des Sterbenden, vor dessen etwa in einer Patientenverfügung erklärtem Willen, nicht künstlich am Leben gehalten zu werden, wenn keine realistische Chance mehr für ein Überleben in erträglichem Zustand besteht. Manchmal ist es eben besser, nichts mehr zur Lebenserhaltung zu tun statt mehr Leiden zu schaffen. Ebenso ist es straffrei, bereits eingeleitete lebensverlängernde Maßnahmen wie künstliche Beatmung und Ernährung wegen entgegenstehenden Willens abbrechen. Doch auch hier sind Grenzen fließend und umstritten. Beispielsweise kann sich die Frage stellen, ob einem Patienten ein oft langes künstlich bewirktes Siechtum – womöglich im Koma – aufgezwungen werden darf, wenn sich ein entgegenstehender Wille nicht ermitteln lässt. Rechtssicherheit ist hingegen endlich für behandelnde Ärzte suizidwilliger Patienten im Juli 2019 durch den *BGH* geschaffen worden. Im „Fall Wittig“ hatte das Gericht 1984 noch anders judiziert¹⁴: Der Hausarzt hatte Rettungsmaßnahmen gegenüber seiner suizidwilligen, betagten, hochgradig kranken und behinderten Patientin unterlassen; sie suchte seit langem den Suizid; bei einem Hausbesuch fand *Wittig* sie bewusstlos nach Einnahme einer Überdosis Morphium in offenbar erheblich lebensgefährdetem Zustand vor; sie hatte eine Nachricht auf einem Zettel für den Arzt bei sich, er möge nichts zur Wiederbelebung unternehmen; ihm war klar, dass eine Notfallbehandlung allenfalls zu einem Weiterleben mit erheblichen zusätzlichen Leiden geführt hätte. Dass der Arzt dennoch als „Garant“ wegen der vertraglichen Behandlungsübernahme zur Lebenserhaltung verpflichtet sei – so die damalige Entscheidung – hat nunmehr der *Fünfte Senat* des *BGH* überfällig

¹⁰ Die Verweigerung durch das BfArM hält das *VG Köln* im Beschluss v. 19.11.2019 für verfassungswidrig und hat deswegen die Frage dem *BVerfG* vorgelegt; vgl. Deutsches Ärzteblatt, abrufbar unter: <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/107546/Recht-auf-Selbsttoetung-Verwaltungsgericht-ruft-Bundesverfassungsgericht-an> (zuletzt abgerufen am 7.7.2020).

¹¹ So hat der Stiftungsrat der Deutschen Palliativ-Stiftung polemisch geäußert, das *Verfassungsgericht* sei „ein entgrenztes Gericht“, habe „demokratischen Respekt verloren“; es zeige sich eine „Übergriffigkeit des sich allmächtig wählenden Senats“: FR v. 26.2.2020, abrufbar unter: <https://www.fr.de/politik/strebehilfe-urteil-frei-tod-13560324.html> (zuletzt abgerufen am 7.7.2020).

¹² *Schneider*, FR v. 16.3.2020, abrufbar unter: <https://www.fr.de/meinung/ausbau-palliativmedizin-hospizen-muss-weitergehen-13599724.html> (zuletzt abgerufen am 7.7.2020).

¹³ Dazu: *OLG München*, NJW 1987, 2940; *Kreuzer*, DIE ZEIT v. 30.5.1986, S. 68.

¹⁴ BGHSt 32, 367 ff.

als rechtsirrig erkannt: Patienten dürfen jederzeit die Behandlung ablehnen; die Grundlage einer „Garantenpflicht“ zur Lebenserhaltung entfällt dann.¹⁵

Schließlich der **fünfte Grundsatz**: die in ihren Grenzen wiederum unscharfe *Rechtmäßigkeit der sogenannten indirekten Sterbehilfe*. Oft geraten Ärzte todkranker Patienten in die Situation, zur Vermeidung oder wenigstens Minderung von Schmerzen etwa Krebskranken im fortgeschrittenen Stadium Medikamente wie Morphium verabreichen zu müssen. Dazu sind sie sogar rechtlich verpflichtet. Notwendige Dosissteigerung kann indes den Todeseintritt beschleunigen. Ärzte nehmen damit einen rascheren tödlichen Verlauf in Kauf. Da nur Schmerzbehandlung Ziel ist, nicht früherer Tod, ist ihr Handeln rechtmäßig. Das ist mit strafloser indirekter Sterbehilfe gemeint. Kaum je dürfte sich aber beweisen lassen, ein Arzt habe eine nicht erforderliche höhere Dosierung gewählt, um den Patienten wunschgemäß vom weiteren Leiden „zu erlösen“. Davon zu unterscheiden sind indes eigenmächtige, zu Tode führende Injektionen etwa von Luminal oder Insulin durch als „Todesengel“ apostrophierte Pflegekräfte; sie werden oft erst angesichts seriellen Auftretens entdeckt und zu Recht wegen vorsätzlicher Tötungen, ja Morde verfolgt.¹⁶

II. Mögliche gesetzliche Problemlösung

In der anstehenden Gesetzgebung muss geklärt werden, wie man dem Grundrecht auf autonome Suizidentscheidung gerecht werden kann: Müssen zur Verwirklichung gesetzliche Verbote gelockert werden? Wie kann man vermeiden, dass sozial Druck entsteht auf namentlich ältere, kranke, pflegebedürftige Menschen, sich als lästig zu fühlen und durch Suizid weitere Pflege zu vermeiden? Immerhin ist in Ländern wie Belgien, den Niederlanden und der Schweiz die Selbsttötungsrate nach gesetzlichen Lockerungen angestiegen; in Oregon etwa ist Wirtschaftlichkeitsdenken in die Gesundheitspolitik gedrungen, so dass sich Suizidassistenten als legalisierte kostengünstigere Alternative gegenüber weiterer Behandlung aufdrängt.¹⁷ Lassen sich bei uns Sterbehilfevereine erneut unterbinden, weil von ihnen möglicherweise eine Gefährdung autonomer Entscheidungen Betroffener, eine Sogwirkung in Richtung Suizidbereitschaft, der Eindruck einer Normalität von Selbsttötung, ein Nachahmungseffekt, soziale Pressionen zum Suizid insbesondere gegenüber Alten und Pflegebedürftigen ausgehen? Welche alternativen Angebote zur Vorbeugung, Sterbeberatung und Suizidhilfe setzt dies voraus?

Das *BVerfG* deutet *Möglichkeiten für unsere Gesetzgebung* an:¹⁸ etwa die Öffnung ärztlichen Berufsrechts und der Verschreibungsverordnungen zur Freigabe von Medi-

kamenten und Betäubungsmitteln in Ausnahmesituationen, weiterhin Beratungspflichten, Fristen, Prüfung durch unabhängige Ärzte, um eingehende Information und Entscheidungsfreiheit Suizidwilliger zu gewährleisten und die Überzeugung von Ernsthaftigkeit und Beständigkeit ihrer Entscheidungen zu gewinnen.

Es ließe sich an ein Modell ähnlich den Regelungen für Schwangerschaftsabbrüche in §§ 218 ff. StGB denken. Dieses könnte statt im Strafrecht in einem Sterbehilfegesetz verankert werden. Es könnte *Sterbeberatungsdienste* vorsehen. Sie lägen nicht in Händen exklusiver Sterbehilfevereine, sondern wären von öffentlich-rechtlich organisierten und kontrollierten Sozialverbänden einzurichten. Sie sollten imstande sein, Betroffene im Bedarfsfall aufzusuchen. Ihnen käme zuvörderst die Beratung Betroffener, sei es solcher, die sich auf eventuelle künftige, für sie existenzielle Situationen vorbereiten wollen oder konkret in einer ihnen ausweglos erscheinenden Krise Suizid anstreben, zu. Betroffene wären nicht nur schwer kranke Patienten, sondern ebenso alle anderen, die ernsthaft an Suizid denken. Die Beratung wäre lebensorientiert; vorrangig wäre es, Selbsttötungen zu vermeiden. Gerade zu Zeiten der Covid-19-Pandemie mit sich abzeichnenden Folgen auch zunehmender Suizide infolge psycho-sozialer Auswirkungen dieser Erscheinung¹⁹ kommt solcher Beratung große Bedeutung zu. Das verlangt vor allem Beratung, wo nötig die Vermittlung psychologisch-psychiatrischer, oftmals aber palliativ-medizinischer Behandlung oder eines Hospizes. Ehe eine Beratungsbescheinigung erteilt wird als Voraussetzung ärztlicher Suizidhilfe, müsste ärztlich – evtl. nach dem Vier-Augen-Prinzip – geprüft werden, ob das Sterbeverlangen auf freier Willensentschließung beruht, ernstlich und beständig ist. Sichernd könnten sogar Fristen und die Prüfung durch eine Ethikkommission vorgesehen werden. Gegebenenfalls könnte der Beratungsdienst zu Ärzten vermitteln, die Sterbehilfe zu leisten bereit sind. Verstöße gegen die in dem Gesetz aufgestellten Pflichten wären verwaltungsrechtlich als Ordnungswidrigkeiten zu ahnden. Dieses Modell setzt voraus, dass mitwirkende Ärzte nicht berufsrechtswidrig handeln; die Bundesärztekammer sollte deswegen § 16 ihrer Musterberufsordnung so ändern, dass den Landesärztekammern empfohlen wird, ein in den meisten Berufsordnungen festgelegtes Verbot der Suizidhilfe zu streichen oder wenigstens Ausnahmen zuzulassen.²⁰ Nur unter dieser Voraussetzung verantwortungsbewusster, kontrollierter Beratung und äußerstenfalls möglicher ärztlicher Suizidassistenten lässt es sich rechtfertigen *Sterbehilfevereine zu verbieten*. Sterbeberatungsdienste stünden allen Betroffenen, nicht lediglich zahlenden Mitgliedern exklusiver Hilfsvereine, jederzeit zur Verfügung. Solche Vereine zu untersagen, dürfte unverändert Anliegen der Mehrheit des Bundestags sein. Der Gesetzgeber müsste dann prüfen, ob dieses Anliegen strafrechtlich oder durch andere rechtliche

¹⁵ BGH, Urt. v. 3.7.2019 – 5 StR 393/18, abgedruckt in: HRRS 2019 Nr. 1052 und bei *Kusch/Hecker*, S. 401 ff.

¹⁶ Dazu *Kreuzer*, in: *Landesseniorenrat Thüringen* (Hrsg.), *Seniorenreport*, Jg. 24, Juni 2019, S. 48 ff.

¹⁷ Vgl. *BVerfG*, o. Fn. 1, Rn. 249 ff., zu Oregon insb. Rn. 257 f.

¹⁸ *BVerfG*, o. Fn. 1, Rn. 338 ff.

¹⁹ Dazu jüngst rechtsmedizinisch gewonnene Erkenntnisse: FOCUS-Online v. 18.5.2020, abrufbar unter: https://www.focus.de/gesundheit/news/rechtsmediziner-mahnt-michael-tsokos-wir-werden-eine-psycho-soziale-pandemie-erleben_id_11988295.html (zuletzt abgerufen am 7.7.2020).

²⁰ Zu der berufsrechtlichen Lage und gesetzgeberischen Kompetenzen für Änderungen der Berufsordnungen: *BVerfG*, o. Fn. 1, Rn. 290-297; *Lindner*, ZRP 2020, 66 ff., passim.

Regelungen umgesetzt werden sollte. Jedenfalls hat es das Verfassungsgerichtsurteil als an sich legitim angesehen, dass er in seiner Gefahreinschätzungs-Prärogative ein Verbot auf Erkenntnisse stützt, die plausibel Beeinträchtigungen der Selbstbestimmungsfreiheit andeuten; Risiken bestehen nämlich in Richtung gesellschaftlicher Normalisierung von Suiziden, dadurch eines Anstiegs von Suiziden, des Entstehens sozialer Pressionen vor allem auf Ältere und Pflegebedürftige sowie des Eingangs ökonomischen Denkens in der Pflege, wenn man Sterbehilfevereine gewähren oder sonst offene Sterbehilfe wie in den genannten Ländern zuließe.²¹

Das skizzierte Modell unterscheidet sich einmal von dem Vorschlag von Lindner²², der sein Modell in dem neu zu fassenden Straftatbestand des § 217 StGB verwirklicht sehen und Sterbehilfevereine zulassen will: An der grundsätzlichen Strafbarkeit gewerbsmäßiger Suizidhilfe hält er fest, wodurch allerdings verfassungsrechtliche Bedenken, namentlich wegen der begrifflichen Unbestimmtheit, aufrecht erhalten blieben; eine Ausnahme wird für Ärzte geschaffen bei Beachtung einiger prozeduraler, verwaltungsrechtlich umzusetzender Sicherheiten; Sterbehilfe-Institutionen können unter bestimmten Voraussetzungen

zugelassen werden. Zum anderen unterscheidet sich das vorgestellte Modell von dem „Suizidhilfekonflikt-Gesetz“ des Humanistischen Verbandes Deutschlands²³; es hält ebenfalls an dem Wirken von Sterbehilfevereinen fest, bindet dieses jedoch an feste formelle und inhaltliche Regeln, sieht weiterhin eine durchaus diskutable fortbestehende, inhaltlich präzisierte Strafbarkeit bei kommerzieller, anstößiger Werbung für Suizid oder dessen Durchführung vor.

Es bliebe ein ungeregelter, vielleicht nicht regelbarer, *schicksalhafter Bereich*: Betroffene, die medizinisch-psychologisch und rechtlich betrachtet keinen „freien“ Willen entfalten, beispielsweise schwer depressiv sind und trotz aller Behandlungsbemühungen keinen Ausweg außer Suizid zu erkennen vermögen. Soll man ihnen angemessene tödliche Medikamente verweigern, sie stattdessen physisch oder medikamentös fixieren, wissend, dass sie sonst schwerst erträgliche Wege suchen, um sich das Leben zu nehmen, sich von Brücken, Hochhäusern zu stürzen, vor einen Zug zu werfen, in Brand zu setzen oder am Krankenbett erhaltene und gesammelte Medikamente mit ungewissem Ausgang einzunehmen?

²¹ BVerfG, o. Fn. 1, Rn. 249-258.

²² Lindner, ZRP 2020, 66 ff. (zu VII.).

²³ Humanistischer Verband Deutschlands (Hrsg.), Entwurf des Humanistischen Verbandes Deutschlands – Bundesverband (HVD) für ein Gesetz zur Bewältigung von Suizidhilfe- und Suizidkonflikten, Berlin, 9.3.2020.

Wer sucht der findet... Fehlende OK-Ermittlungen

von Prof. Dr. Britta Bannenberg*

Abstract

Die Aufmerksamkeit für Clans ist zu begrüßen. Wir benötigen in Deutschland aber eine deutlich verbesserte gesellschaftliche Sensibilität für Organisierte Kriminalität (OK) und die vielfältigen kriminellen Gruppierungen und Parallelgesellschaften. Zu fordern sind Strukturermittlungen, Vermögensabschöpfungen und abgestimmte vernetzte Maßnahmen im Rahmen von internationalen Strategien der vier „P“: prevent, pursue, protect and prepare. Eine Einbindung in kriminelle Gruppen und deren Anwachsen muss verhindert werden (Prävention), die Strafverfolgung sowie der Schutz potentieller und tatsächlicher Opfer und Geschädigter muss sichergestellt und letztlich müssen die Entwicklungen der OK verfolgt und ihre Schäden abgemildert werden.

Attention for Clans is important. In Germany we need a better sensitiveness for serious and organized crime with its varied criminal groups. Tackling organized crime needs structured criminal prosecution and a strategic framework with combined measures like four „P“: prevent, pursue, protect and prepare.

I. Kriminelle Clans

Die Aufmerksamkeit für Clans mit dem Schwerpunkt auf arabischen Großfamilien ist ein guter Schritt, um jahrzehntelange gesellschaftliche Versäumnisse überhaupt zur Kenntnis zu nehmen und endlich zu versuchen, die komplexen Problemstellungen zu lösen.¹ Seit 2019 wird das Thema in den Medien und der Fachöffentlichkeit diskutiert.² Vor allem in den Bundesländern Berlin, Bremen, NRW und Niedersachsen werden arabische Clans verdächtigt, mit kriminellen Strukturen den Rechtsstaat zu unterwandern. Die Familien bestehen aus zahlreichen Mitgliedern und stammen überwiegend aus denselben Ursprungsregionen. DER SPIEGEL³ veröffentlichte 2019 eine Titelstory über „Die Macht der Clans“ und konnte sich neben den eigenen aufwändigen Recherchen u.a. auf einen Artikel des damaligen Inspektionsleiters für Organisierte Kriminalität in Berlin, *Markus Henninger*, berufen, der das Phänomen schon 2002 für die Kriminalistik beschrieben hatte.⁴

Nicht nur wegen der politischen Brisanz der ethnischen Herkunft der Täter, sondern auch wegen jahrzehntelangen polizeilichen, justiziellen und gesellschaftlichen Versäumnissen konnten diese und andere Phänomene organisierter Kriminalität zum Problem werden. Mittlerweile wird das Thema Clans im Bundeslagebild Organisierte Kriminalität (OK) aufgegriffen: Clans sind demnach kriminell abgeschottete Subkulturen mit einer starken Ausrichtung auf zumeist patriarchalisch-hierarchisch geprägte Familienstrukturen, einer mangelnden Integrationsbereitschaft mit Aspekten einer räumlichen Konzentration, dem Provozieren von Eskalationen auch bei nichtigen Anlässen oder geringfügigen Rechtsverstößen und der Ausnutzung gruppenimmanenter Mobilisierungs- und Bedrohungspotentiale.⁵ Erfasst wurden im Jahr 2018 insgesamt 45 OK-Verfahren mit 654 Tatverdächtigen, bei denen 24 Gruppierungen mit arabischstämmiger Herkunft dominierten, aber auch andere ethnische Gruppen vertreten waren. Die Bundesländer NRW⁶ und Niedersachsen⁷ haben Landeslagebilder zur Clankriminalität vorgelegt, die weitere Indizien zur Definition der Clankriminalität aufführen (etwa Ausleben eines stark überhöhten Ehrbegriffs). Diese Lagebilder betrachten nicht nur OK, sondern erfassen darüber hinaus „Ereignisse“ und Ermittlungsverfahren mit einem breiten Spektrum. Die Zahlen vermitteln deshalb andere Größenordnungen (etwa über 2.600 Ereignisse und fast 1.600 Ermittlungsverfahren gegen 1.646 Tatverdächtige in Niedersachsen). Möglich werden phänomenologische Beschreibungen der Aktivitäten der Clanmitglieder und ihre Entwicklung. Dabei kommt es auch zu Ermittlungsverfahren wegen OK, aber es zeigen sich durch die breit gefächerte Betrachtung auch andere Ansatzpunkte für Strukturkenntnisse und Gegenwirkungsmöglichkeiten, die über OK-Ermittlungen weit hinausgehen. In Berlin engagiert sich der Vorsitzende der CDU Neukölln, *Falko Liecke*, mit deutlichen Worten und zahlreichen Vorschlägen und Initiativen zur Clankriminalität in Neukölln.⁸ Auf der Seite www.clansstoppen.berlin finden sich konkrete Vorschläge zu Gegenmaßnahmen und neue Entwicklungen.

* Die Verfasserin ist Inhaberin des Lehrstuhls für Kriminologie an der Justus-Liebig-Universität Giessen.

¹ *Ghadban*, Arabische Clans. Die unterschätzte Gefahr, 2018; LKA NRW, Clankriminalität – Lagebild NRW 2018, abrufbar unter: <https://lka.polizei.nrw.de> (zuletzt abgerufen am 15.7.2020); LKA Niedersachsen, Lagebild Clankriminalität, Kriminelle Clanstrukturen in Niedersachsen 2019; BT-Drs. 19/11105 v. 25.6.2019, Antrag der Abgeordneten *Konstantin Kuhle* u.a. sowie der Fraktion der FDP, Clankriminalität effektiv bekämpfen.

² Schwerpunktheft Kriminalistik 5/2019.

³ DER SPIEGEL: „Die Macht der Clans“ v. 16.2.2019: „Arabische Familienbanden haben den Staat lange verhöhnt – jetzt schlägt er zurück“.

⁴ *Henninger*, Kriminalistik 12/2002, 714-729; 5/2019, 282 ff. im Neuabdruck.

⁵ BKA, Lagebild OK 2018, S. 28.

⁶ LKA NRW, Clankriminalität – Lagebild NRW 2018.

⁷ LKA Niedersachsen, Lagebild Clankriminalität, Kriminelle Strukturen in Niedersachsen.

⁸ *Liecke*, der kriminalist 5/2020, 20-26.

II. Gefahr durch andere Parallelgesellschaften

Die Clanproblematik darf bei aller berechtigten Aufmerksamkeit nicht zu einem wiederum verengten Blickwinkel führen. Vielfach werden die Bundesländer Berlin, Bremen, NRW und Niedersachsen mit Clans in Verbindung gebracht, weil man vor allem die libanesisch-kurdischen Mhallami im Blick hat und weil typische Clanaktivitäten neuerdings medial breit berichtet werden. Daraus kann bei anderen Bundesländern der falsche Eindruck entstehen (oder verstärkt werden), man habe kein Problem mit Parallelgesellschaften.

Die Organisierte Kriminalität wird wie die Wirtschaftskriminalität kaum verfolgt. Die zu begrüßende Aufmerksamkeit für arabischstämmige Clanfamilien darf den Blick für die Organisierte Kriminalität durch ethnisch geprägte Familienverbände und andere kriminelle Strukturen nicht verstellen. Kriminalitätsphänomene durchlaufen Modellen und entsprechende mediale Aufmerksamkeit wie andere gesellschaftlich relevante Themen auch. Das Thema Organisierte Kriminalität ist mit den Entwicklungen seit dem 11. September 2001 und der Konzentration auf zunächst islamistischen, mittlerweile auch rechten Terror, seit langem aus dem Blick geraten. Bedenkt man Diskussionen in den 1990er Jahren, die von theoretischen Debatten (Definition OK), der Frage der Existenz und Bedeutung des Phänomens (Mafia oder Netzwerke, russische OK und sizilianische Mafia und anderes) und zahlreicher rechtlicher Debatten (Beweislastumkehr bei der Vermögensabschöpfung, zahlreichen Geldwäschenovellen, gescheiterte und mittlerweile aufgehobene Vermögensstrafe, § 43a StGB a.F.; Verbrechensbekämpfungsgesetz, OrgKG u.a.m.) geprägt war, aber auch die damals zahlreichen nationalen und internationalen Konferenzen⁹, Debatten und Dispute, so kam all das mit der Konzentration auf das Thema Terrorismus auf einmal nicht mehr vor.¹⁰ Die Kernthemen der Organisierten Kriminalität sind altbekannt (Rotlichtmilieu, Drogenhandel, organisierte Eigentumskriminalität, Berufskriminalität und gewaltgeprägte Banden, Gangs und Subkulturen). Die Erscheinungsformen ändern sich und gehen mit der Zeit. Insbesondere die Globalisierung mit ihren Schattenseiten für organisiert kriminelles Handeln wird in Deutschland noch nicht ausreichend gesehen.¹¹ Auch die zunehmende Vielfalt von Straftaten im Internet (Cybercrime im weiten Sinne), die von organisierten Gruppen in der Regel mit internationalen Bezügen mittlerweile phantasievoll ausgebaut werden, stellen Polizei und Justiz vor große Herausforderungen.¹² OK schadet in vielfältiger Weise, die Bevölkerung spürt irgendwann die Folgen. Steuerhinterziehungen, das Anwachsen der illegalen Märkte, auf die *Sinn*¹³ zutreffend hinweist, Geldwäsche in vielfältiger

Form, organisierte Eigentumskriminalität, Drogenhandel unterwandern nicht nur die legalen Formen der wirtschaftlichen Betätigung, sondern haben den Nebeneffekt, Parallelgesellschaften zu fördern, die sich vom Rechtsstaat völlig abkoppeln und rechtliche Mechanismen nur dann nutzen, wenn es den eigenen Interessen dient. Wer mit Abschottung in den kriminellen Gruppierungen seine illegalen Erträge in das legale Wirtschaftsleben einschleust, schadet nicht nur denjenigen, die sich an die Gesetze halten. Die Handlungsweisen bauen typischerweise auf der Durchsetzung der eigenen Interessen mit der Androhung von Gewalt (weniger der Gewaltanwendung selbst) auf. Gewalt und Skrupellosigkeit prägen aber die Verhaltensweisen der kriminellen Akteure den Schwächsten gegenüber, wie sich insbesondere in Menschenhandel, Schleusungen, Zwangsprostitution und Drogenhandel zeigt. Europa und insbesondere Deutschland sind dabei als Zielorte wirtschaftlich höchst attraktiv, über die rechtsstaatlichen Regeln setzen sich diese Akteure jedoch (erfolgreich) hinweg.

III. Schwierige strafrechtliche Ermittlungen gegen OK

Die Strafverfolgungsbehörden haben typischerweise Schwierigkeiten bei der Ermittlung Organisierter Kriminalität. Das beginnt bei der Definition, den möglichen Kriminalitätsfeldern und der strafrechtlichen Erfassung¹⁴ und setzt sich bei den Ermittlungen fort, weil häufig fragliche Zuständigkeiten und Ressourcen bei bundesländerübergreifenden Straftaten und erst recht bei international agierenden Tätergruppen zu beachten sind. Die Täter agieren verdeckt, sind in legalen und illegalen Geschäftsfeldern unterwegs, um die illegalen Erträge in den legalen Wirtschaftskreislauf einzuschleusen und ihren Tätigkeiten legale Fassaden zu geben. Man nutzt auch Spezialwissen von Rechtsanwältinnen, Strafverteidigern und Steuerberatern und hat mit der Begleichung hoher Honorarforderungen keine Schwierigkeiten. Diese Probleme sind dem Phänomen aber typischerweise immanent, weil man es in der Regel mit Tätergruppen und Strukturen zu tun hat, die ihre kriminellen Aktivitäten auf Dauer anlegen oder eben einen Lebensstil pflegen, der per se im Gegensatz zum rechtsstaatlichen Anspruch steht. Interessant und besonders problematisch wird es immer dann, wenn der Rechtsstaat nicht nur „Gegenspieler“ ist (und eben grundsätzlich nur einen gewissen Teil der kriminellen Aktivitäten aufdecken und sanktionieren kann, dies aber immerhin beharrlich versucht), sondern wenn rechtsfreie Räume entstehen, in denen der Rechtsstaat schlicht nicht mehr existiert. Man kann sich fragen, warum es so wenige spezialisierte OK-Dienststellen mit einer ausreichenden Personalausstattung gibt. Auch die Justiz muss sich fragen lassen,

⁹ Beispielhaft BKA-Arbeitstagung 1996; *Mayerhofer/Jehle*, Organisierte Kriminalität, 1996, zur Tagung der Kriminologischen Gesellschaft (damals noch Neue Kriminologische Gesellschaft) 1995 in Wien.

¹⁰ *Fijnaut/Paoli* zeigten sich in ihrem umfangreichen Werk: „Organised Crime in Europe“ aus dem Jahr 2004 noch optimistisch, dass der 11. September und das Thema Terror die OK-Thematik nicht völlig von der kriminalpolitischen Agenda verdrängen werde und meinten, empirische Forschung zu OK werde international vorangetrieben werden. Sie sollten sich irren.

¹¹ Umfassend mit vielen Anregungen *Sinn*, Organisierte Kriminalität 3.0., 2016; *ders.*, Wirtschaftsmacht Organisierte Kriminalität, Illegale Märkte und Illegaler Handel, 2018.

¹² Europol, IOCTA (Internet Organised Crime Threat Assessment) 2019.

¹³ *Sinn*, Wirtschaftsmacht Organisierte Kriminalität, Illegale Märkte und Illegaler Handel.

¹⁴ Zu der Problematik des § 129 StGB siehe umfassend *Sinn*, Organisierte Kriminalität 3.0. Auch nach der Reform des § 129 Abs. 2 StGB dürften die Probleme grundsätzlich fortbestehen.

wie viele Staatsanwälte in diesen Phänomenbereichen eingesetzt werden und wie es um gemeinsame Ermittlungsgruppen steht, die letztendlich die erfolgversprechenden Strafverfolgungsinstanzen darstellen. Strafkammern mit entsprechenden Kenntnissen und Personalressourcen müssen vorausgesetzt werden. Möglicherweise hat auch die lange Zeit fehlende Sensibilität für diese Kriminalitätsphänomene Auswirkungen auf die Wahrnehmung. Sehen Strafverfolger denn die Anzeichen für organisiert kriminelles Handeln mit einem kriminalistischen Blick oder herrscht angesichts der Personalknappheit Resignation?

Man kann teilweise den Eindruck gewinnen, dass auch der kriminalistische Blick für die Indizien illegaler Aktivitäten verloren gegangen ist. Oder beruhigt man sich mit dem Blick in die Kriminalstatistiken, die jedes Jahr für das Hellfeld sinkende Fallzahlen bei besserer Aufklärungsquote verkünden? Diese nur vermeintliche Senkung der Kriminalität darf nicht täuschen. Diese Kriminalitätsformen von OK und Wirtschaftskriminalität werden in aller Regel nicht durch eine Strafanzeige bekannt, sondern gehören zur sogenannten „Kontrollkriminalität“. Wenn diese nicht eigeninitiativ ermittelt wird, gibt es keine Fälle und keine Tatverdächtigen. Die Erfassungen von Wirtschaftskriminalität und OK sind deshalb von Untererfassung geprägt. Schaut man sich das Lagebild des BKA an, so wurde 2018 mit 535 OK-Verfahren ein Tiefststand in den letzten zehn Jahren mit durchschnittlich 573 OK-Verfahren jährlich erreicht. Gegenüber den Feststellungen von Europol im Bericht SOCTA 2017 (Serious and Organised Crime Threat Assessment) mit steigenden Problemen der schweren und organisierten Kriminalität ist das völlig erwartungswidrig.

IV. Das berechtigte Unbehagen der Bürgerinnen und Bürger

Bürger merken längst, dass etwas schief läuft. Die jährlich verkündeten sinkenden offiziellen Hellfeldstatistiken mit scheinbar immer besseren Aufklärungsquoten verfangen nicht. In den eigenen Wohnvierteln und Städten wird bemerkt, dass zahlreiche junge Männer mit Luxusfahrzeugen nicht nur angeben, sondern offen Revier markieren, die Polizei provozieren und dass zahlreiche Familienmitglieder etwa bei Hochzeiten und Feiern von Großfamilien weder Regeln noch Höflichkeit kennen, sondern sich offen provokant und feindselig verhalten. Der Staat greift in der Regel nicht ein. Oder öffentliche Plätze in den Innenstädten, die von lärmenden jungen Männern mit unangemessenen Verhaltensweisen dominiert werden und die von Bürgerinnen und Bürgern der Stadt gemieden werden. Hier auf eine (bloße) Beeinträchtigung des Sicherheitsgefühls zu verweisen und von den Bürgern Toleranz einzufordern, geht am Thema vorbei. Die Bevölkerung kann in der Regel Drogenhandel und organisierte Straftaten nicht direkt beobachten, sie nimmt Indizien wahr und zieht

Schlussfolgerungen. Das mag in dem einen oder anderen Fall unrichtig sein, es verwundert aber doch, dass sich die Bevölkerung fragt, wie sich junge Männer luxuriöse PKW im Wert von 150.000 oder 200.000 Euro leisten können, mit ihrem Verhalten und ihren Regelbrüchen (bis hin zu deutlichen Gefährdungen im Straßenverkehr) provozieren und Polizei und Staatsanwaltschaften das gleiche Verhalten entweder nicht zur Kenntnis nehmen (wollen?) oder uminterpretieren als „Spaß mit einem Mietwagen“.

Schaut man sich die Veränderungen in deutschen Städten und Kommunen an, so dominieren heute Shisha-Bars, Wettbüros und Spielhallen mit Automatenaufstellung und ein entsprechendes Publikum ganze Straßenzüge. Auch fallen andere Unternehmungen wie Barber-Shops, Nagelstudios und Tattoo-Studios sowie gewisse Box-Clubs, Kampfsport- und Fitness-Clubs mit auffälligem Publikum ins Auge. Das Parken über mehrere Plätze mit auffälligen Fahrzeugen, lautes An- und Abfahren, Parken in zweiter Reihe und anderes mehr spricht nicht unbedingt für eine heute rasch unterstellte „Poser- und Tuningszene“ (das kann, muss aber nicht zutreffen und bildet nicht das Kernproblem). Die sehr erhellende Studie von *Simon Harding* zu „County Lines“ zeigt ein bedrohliches Expandieren des Drogenhandels und kann aufgrund der tiefen Einblicke in die Drogenhandelsszene im Großraum London zu dem Schluss führen, dass diese kleinen Unternehmungen vor allem als Geldwäscheaktivitäten zu deuten sind.¹⁵ Daneben sind Treffpunkte der Milieus zu vermuten, die auch für viele Jugendliche den Gangster-Lifestyle attraktiv machen. Wenn sich bestimmte Gruppen der Gesellschaft nur oberflächlich und verächtlich grinsend an keine oder nur an banale Regeln halten, um ihren Bereicherungs- und Gewaltaktionen mit eigenen Regeln umso nachdrücklicher und ungestörter nachzugehen, dann läuft etwas schief. Hier zeigen nicht nur Clans in manchen Bundesländern, was sie von staatlichen Regeln und Institutionen halten, sondern eben auch viele andere Gruppen, die sich zu gewaltgeprägten Parallelgesellschaften entwickelt haben oder dabei sind, das zu tun.

V. Mafiöse und kriminelle Gruppen

Neben diese im öffentlichen Raum auffälligen Gruppen treten andere, deren Gefahrenpotential nur von Spezialisten gesehen wird. Rockergruppierungen, rockerähnliche Vereinigungen und die jeweiligen Supporterclubs fallen wegen der Kuttentverbote und den fehlenden Motorradkorsos vielleicht nicht mehr so auf, expandieren jedoch in Europa.¹⁶ Gruppen wie kriegserfahrene Tschetschenen, vor denen das BKA nach Angaben des SPIEGEL¹⁷ im Jahr 2019 warnt, weil diese „nordkaukasisch-dominierten OK-Strukturen“ als extrem gewaltbereit¹⁸ auffallen und etwa eine Facebook-Seite der Kampfsportvereinigung „Regime 95“ betreiben, die mit einer Kalaschnikow, die

¹⁵ *Harding*, County Lines, Exploitation and Drug Dealing Among Urban Street Gangs, Bristol University Press 2020.

¹⁶ *Bannenberg/Schmidt*, Kriminalistik 10/2019, 563-573. Zu den Entwicklungen in Europa auch mit Aspekten der Gegenwirkung und Prävention umfassend *Maxson/Esbensen* (Eds.), Gang Transitions and Transformations in an International Context, 2016, mit einem Blick auf die Entwicklung der Eurogang Forschergruppe.

¹⁷ *Lehberger*, DER SPIEGEL v. 9.5.2019: Organisierte Kriminalität – BKA warnt vor Tschetschenen-Mafia.

¹⁸ Im Lagebild OK des BKA werden für 2018 acht Verfahren gegen tschetschenisch dominierte OK-Gruppierungen aufgeführt, wobei die Tatverdächtigen „eine überdurchschnittlich hohe Eskalations- und Gewaltbereitschaft“ aufwiesen, Lagebild 2018, S. 26.

aus einem Geländewagen präsentiert wird, Gewalt propagieren, sollen in mehreren Bundesländern mit Drogenhandel, bandenmäßigem Diebstahl und Erpressung (oft in Zusammenhang mit Inkassoaufträgen) tätig sein. Im Jahr 2016 soll ein Drogenhändler in Berlin-Charlottenburg durch eine Autobombe von Tschetschenen getötet worden sein. Gewaltbereite Tschetschenen fielen vor einigen Wochen auf, weil sie sich mehrtägige Straßenschlachten mit nordafrikanischen Drogenhändlern in Dijon lieferten, zu denen aus ganz Europa Unterstützer anreisten. Die französische Polizei bekam die Lage sehr schwer in den Griff. Die Ausbreitung der abgeschotteten 'Ndrangheta in Deutschland wird im Lagebild 2018 des BKA thematisiert und in einer Abhandlung von *Schraven/Meuser* und *Löer*¹⁹ aufgezeigt. Den empirischen Blick für die Ausweitung dieser Mafia-Gruppierung in Deutschland öffnet aber ein Beitrag von *Bedetti* und *Dalponte*, die gestützt auf umfangreiche Auswertung italienischer Strafverfahren Art und Ausmaße der Aktivitäten darlegen.²⁰

Auf den Aspekt, dass „Flüchtlinge als Handlanger krimineller Clans“ eingesetzt werden, weist nicht nur *Duran*²¹ hin. Der SOCTA 2017 zeigt genauso wie das Lagebild OK 2018, dass man die vielschichtige Problematik sieht. So erfasste das BKA in 87 der insgesamt 535 OK-Verfahren Zuwanderer als Tatverdächtige vor allem im Zusammenhang mit Rauschgifthandel und -schmuggel.²² Im Europol-Bericht SOCTA 2017 wird die geopolitische Situation mit den durch die Kriegshandlungen in Syrien und Libyen ausgelösten Migrationsbewegungen als erheblicher Risikofaktor gerade für schwere organisierte Kriminalität gesehen, weil sich kriminelle Schleusergruppen im Menschenhandel betätigen, der Waffenhandel zunimmt und Drogenhandel entlang der Fluchtrouten deutlich mehr Drogen nach Europa gelangen lässt. Die Sicherheitslage in Europa werde dadurch erheblich beeinflusst.²³

Dies ist nur ein kleiner Ausschnitt der aktuell problematischen Entwicklungen in Deutschland. Es fehlt vor allem an angemessener Strafverfolgung dieser kriminellen Gruppen.

VI. Autoritätsverlust und Gewalt gegen Polizei- und Einsatzkräfte

Polizei-, Einsatz- und Rettungskräfte geraten dagegen selbst unter Druck. Die gewalttätigen Angriffe auf Polizeibeamte haben längst ein Ausmaß erreicht, das mit einer vermeintlichen gestiegenen Anzeigequote nicht in Einklang zu bringen ist. Hier wird ein massiver Autoritätsverlust deutlich, der sich in zahlreichen Beleidigungen und Abwertungen, aber auch in körperlicher Gewalt äußert. Das Problem ist vielschichtig und es muss beunruhigen, dass sich Teile der Bevölkerung vorschnell mit der Täterseite solidarisieren. Rettungskräfte und Notärzte können heute mit Erfahrungen von gewalttätigen Übergriffen aufwarten, die noch vor zehn Jahren in dieser Dimension nicht vorstellbar gewesen wären. Zudem kommt es zu

zahlreichen Rettungseinsätzen, die in manchen Städten bzw. Stadtteilen routinemäßig von Einsatzfahrzeugen der Polizei begleitet werden (müssen).

VII. Moderne Datenanalyzesysteme der Polizei und fehlende Strukturermittlungen

In vielen Bundesländern sind seit einigen Jahren Datenanalyzesysteme im Einsatz (oder sind in der Entwicklung), deren Möglichkeiten der Verknüpfung äußerst umfangreicher polizeieigener Datenbestände faszinierend und vielversprechend sind. Diese Systeme sind für ihre Anwendungszwecke begrenzt, sollen aber teilweise gerade die OK-Ermittlungen unterstützen. Wenn jedoch die Ursprungsermittlungen in den OK-Dezernaten dürftig sind, weil Strukturermittlungen fehlen, nützen die technischen Möglichkeiten nichts.

VIII. Was ist zu tun?

Es bedarf zunächst der (erneuten) Sensibilität der Strafverfolgungsbehörden für das Thema Organisierte Kriminalität. OK muss bundesweit und im Hinblick auf die globalen Täterverflechtungen auch international ernsthaft verfolgt werden. Dabei ist nicht nur auf Strafverfolgung zu setzen. Rechtliche und praktische Möglichkeiten müssen neben präventiven Maßnahmen ausgelotet und umgesetzt werden.

Hier soll nicht auf die vielen Einzelvorschläge im Zusammenhang mit dem Vorgehen gegen Clans eingegangen werden, diese wären einer speziellen Betrachtung im Detail zu unterziehen. Die Politik der „Nadelstiche“, die gemeinsame Ermittlungen auch gegen Ordnungsverstöße und kleinere Straftaten vorsieht, steht aber zu langwierigen Ermittlungen gegen schwere Straftaten der organisierten kriminellen Gruppen nicht im Widerspruch, weil sich zwei Effekte zeigen könnten: Man stört die kriminellen Geschäfte und man beginnt, die Kriminalitätsstrukturen zu verstehen.

Man sollte darüber nachdenken, ob nach dem Vorbild der Europol-Analyse SOCTA entwickelte nationale Strategien wie etwa diejenige des Home Office gemeinsam mit der National Crime Agency: „Tackling serious and organised crime“ vom 28.6.2019²⁴ ein Vorbild für Deutschland darstellen könnten. Hier wird die nationale Lage mit wichtigen Fakten dargestellt und eine Strategie vorgeschlagen, die nicht nur die Strafverfolgung betont, sondern die vier „P“: prevent, pursue, protect und prepare. Gegenüber einer Erfassung der OK in Lagebildern besteht der Vorteil in einer Analyse, die Hintergründe der OK erläutert, fortschreibt und auf den Prüfstand stellt und nicht nur die polizeilichen Ermittlungen abbildet.

Neben der internationalen Ausrichtung müssen die Strafverfolgungsbehörden die personellen Ressourcen in den

¹⁹ *Schraven/Meuser/Löer*, Mafia in Deutschland, 2017.

²⁰ *Bedetti/Dalponte*, in: Allum/Gilmour (Eds.), *Handbook of Organised Crime and Politics*, 2018, S. 50-71.

²¹ *Duran*, *Kriminalistik* 2/2020, 86-88.

²² BKA, Lagebild OK 2018, S. 35 f.

²³ SOCTA 2017, S. 24, 34 ff., 52 ff.

²⁴ Abrufbar unter: www.nao.org.uk (Report des National Audit Office: Tackling serious and organised crime, 2019).

Kommunen und Städten Deutschlands erhöhen bzw. die Notwendigkeit einfordern.

Die Gesellschaft muss sich der Gefahren „schwerer und organisierter Kriminalität“ bewusster werden und zivilgesellschaftliche Initiativen gründen, unterstützen und ausbauen. Organisierte Kriminalität geht alle an, weil die Schäden alle treffen und der Rechtsstaat ausgehöhlt und in Frage gestellt wird.

Konkret sind die Polizei- und Justizbehörden aufgefordert, *abgestimmte rechtliche Maßnahmen zur Verfolgung und Zurückdrängung von OK durchzuführen, was eine verbesserte Personalausstattung und entsprechende Schulungen bedeutet.*²⁵ Unbedingt erforderlich sind *Strukturermittlungen* und eine *konsequente Strafverfolgung*. Empfindliche Freiheitsstrafen für die Drahtzieher der organisierten Netzwerke sind dabei eine wichtige Konsequenz, vor allem muss der OK jedoch in ihrer Hauptzielrichtung begegnet werden: Bei der *Entziehung der finanziellen Erträge*.

Organisierte Kriminalität ist Kontrollkriminalität. Nur die Polizei aufzufordern, bei der Verfolgung der organisierten Kriminalität tätig zu werden, wie es häufig undifferenziert geschieht, reicht bei weitem nicht aus. Diese Kriminalitätsphänomene fordern auch auf Seiten der Staatsanwaltschaften Schwerpunktsetzungen, Entschlossenheit, ausreichend finanzielle Ressourcen, Geduld und eine Behördenleitung, die die Strafverfolgung mit Nachdruck unterstützt. Und ohne ausreichendes Personal in den Strafkammern kann die Justiz ihrer Aufgabe nicht gerecht werden. Somit ist die Forderung nach ausreichend qualifiziertem Personal bei Polizei, Staatsanwaltschaften und Gerichten mit einer langandauernden Zuständigkeit in den Dezernaten unabdingbar, um Erfahrungswissen und Handlungs-routinen zu erlangen. Ermittlungen mit hohem personellen Einsatz und Durchsuchungsmaßnahmen in mehreren Objekten müssen auch justiziell erfolgreich umgesetzt werden. Typischerweise erstrecken sich diese Ermittlungsverfahren über einen langen Zeitraum und sind schwer zu bündeln. Ohne zeitnahe Anklagen und Verurteilungen sind Verfahrenseinstellungen und Verständigungen mit deutlicher Reduktion der Vorwürfe und Sanktionen zu erwarten. Erfolgreich gegen organisiert kriminelle Taten können Ermittlungen deshalb nur dann sein, wenn das Entdeckungs- und Verurteilungsrisiko steigt und insbesondere der finanzielle Erfolg aus den Straftaten entzogen werden kann. Die Reform der Vermögensabschöpfung im Jahr 2017 könnte die Möglichkeiten der Strafverfolgungsbehörden verbessern. Die Reform des § 129 Abs. 2 StGB ist ein erster Schritt. Letztlich wird aber immer nur das entschlossene und abgestimmte Vorgehen, das dauerhaft gegen diese Art von Kriminalität gerichtet ist, erfolgreich sein.²⁶ Im Jahr 2019 verwundert es sehr, dass abgestimmte Ermittlungen über die Grenzen

von Bundesländern oder koordinierte internationale Ermittlungen bei Organisierter Kriminalität immer noch nicht selbstverständlich sind.

Beim Vorgehen gegen Clans und organisiert kriminelle Gruppen ist der Aspekt der Gefahren körperlicher Angriffe nicht zu unterschätzen. Es erfordert nicht nur Mut, sondern auch einer qualifizierten Ausbildung, um brutal demonstriertem Machtgehabe solcher Tätergruppen entgegenzutreten.²⁷ Diese Risiken tragen vor allem Polizeibeamte. Hinzu kommt der Aspekt, dass schon eine normale Verkehrskontrolle rasch das Anwachsen einer ethnisch geprägten Personengruppe, die vom Clan herbeigeführt wird, zur Folge haben kann. Zwei Polizeibeamte stehen so möglicherweise unerwartet 50 bis 100 Personen gegenüber, die aggressiv versuchen, die Kontrollmaßnahme zu verhindern.

Wie bei Amok- und Terrorlagen ist beim Einsatz gegen organisiert kriminelle Gruppen mit hoher Gewaltbereitschaft eine hohe Eigengefährdung gegeben. Es geht aber auch darum, entschlossenes Vorgehen in Maßnahmen umzusetzen und sich nicht einschüchtern zu lassen. Spezialeinsatzkräfte (SEK) sind für solche Lagen grundsätzlich qualifiziert, Schutz- und Bereitschaftspolizisten nur in sehr geringer Weise. Wer sich in der Szene bewegt, muss sich auf eine gewaltverherrlichende, menschenverachtende und sexistische Sprache und massive Drohungen einstellen. Die Drohung, weniger die Tat selbst, ist vielfach das Herrschaftsmittel der Clans. Polizisten werden direkt eingeschüchtert, bis hin zu Morddrohungen. Bei vielen Beamten zeigt dies Wirkung, zumal der Rückhalt in der eigenen Behörde oft zu wünschen übrig lässt. Beruhigendes Auftreten ist im Milieu der Clanstrukturen nur selten zielführend. Deeskalationsversuche werden in der Gedankenwelt der brutalen Gewalt regelmäßig als Schwäche wahrgenommen. Angemessene Wertschätzung des Gegenübers und respektvolles Auftreten ist die Basis jeglicher Polizeikultur. Respekt und Wertschätzung sind allerdings keine Einbahnstraße. Auch Mitarbeiter von Ordnungsämtern und Sozialbehörden müssen auf konflikt-hafte Begegnungen vorbereitet werden, wenn ein verstärktes Vorgehen gegen Ordnungsverstöße aus den Reihen der Clans erfolgen soll. Wer diese Trainings durchführen soll, ist völlig offen. Die Polizei kann das aufgrund der aktuellen Personalsituation nicht leisten. Ein Ausbau qualifizierter Fortbildungen und Trainings durch NGO's wäre ein erster Schritt.

Schlagwortartig lassen sich die Forderungen bündeln:

- Verbesserte Strafverfolgung; abgestimmte rechtliche Maßnahmen zur Verfolgung und Zurückdrängung von OK
- Gemeinsame Ermittlungsgruppen

²⁵ So schon *Schmidt/Bannenberg*, Kriminalistik 6/2019, 339-345; die folgenden Vorschläge zur Verbesserung des Vorgehens gegen OK finden sich weitgehend schon dort S. 344 f.

²⁶ Vorbild könnten hier Zentralstellen gegen Internetkriminalität wie etwa die ZIT in Hessen sein, die bei der Generalstaatsanwaltschaft angesiedelt ist.

²⁷ Siehe zu einigen Aspekten *Schmidt/Bannenberg*, Kriminalistik 2/2020, 67-73.

- Keine Verengung der Diskussion auf kriminelle Verhaltensweisen von Familienclans, sondern Strukturermittlungen in den OK-Milieus in ganz Deutschland
- Beachtung des Problems mehrfach kriminell auffälliger Zuwanderer und die Attraktivität subkultureller OK-Gruppen
- Prävention darf nicht als Worthülse und als Rechtfertigung für weitgehend unterbleibende Strafverfolgung benutzt werden. Integration, wirksame und problemorientierte kriminalpräventive Maßnahmen, Sensibilität für die komplexen Probleme bedeuten erheblichen Aufwand, Kosten, aber am Ende Nutzen für die Gesellschaft.

- Ausbau empirischer Forschung zu OK.²⁸

Die Universitäten und damit den eigenen Verantwortungsbereich kann man nicht ausnehmen: Man muss die jungen Juristinnen und Juristen mit einer Neigung zu Strafrecht und Kriminologie nachhaltig auf die wichtige Thematik aufmerksam machen, Sensibilität schaffen sowie die Ausbildung verbessern. Wenn junge Juristen in den Staatsdienst eintreten und Geldwäsche, OK und kriminelle Vereinigungen nur aus Krimis kennen, ist in der Juristenausbildung etwas versäumt worden.

²⁸ Siehe dazu von *Lampe/Knickmeier*, Organisierte Kriminalität. Die aktuelle Forschung in Deutschland. Schriftenreihe Forschungsforum Öffentliche Sicherheit Nr. 24, 2018.

Die Bekämpfung von Clankriminalität in Deutschland: Verbundkontrollen im kriminalpolitischen und gesellschaftlichen Diskurs

von Prof. Dr. Dorothee Dienstbühl*

Abstract

Clankriminalität ist eines der aktuell kriminalpolitisch brisantesten Themen. Die Aufmerksamkeit, die das Phänomen durch einzelne spektakuläre Kriminalfälle, aber auch durch Gewalt im öffentlichen Raum seit einigen Jahren erfährt, formulierte einen Auftrag an die Kriminalpolitik. Eine ebenso sichtbare Reaktion des Staates zeigen sich in Verbundkontrollen in Stadtgebieten, die als besonders belastet gelten. Als behördenübergreifende Gesamtstrategie sind die kooperativen Maßnahmen ein Instrument zur Bekämpfung von Organisierter Kriminalität. Wie wirkungsvoll diese sind, hängt von mehreren Faktoren ab. Dabei fordert Clankriminalität nicht nur die Behörden, sondern auch Politik und Gesellschaft heraus. Dies zeigt sich nicht zuletzt in den begleitenden Diskussionen um die Rechtmäßigkeit und Wirksamkeit der staatlichen Kontrollen.

Currently clan crime and measurements how to handle with it are becoming one of the most explosive topics in Germany. Spectacular robberies like on a jewellery store of the famous luxury department store KaDeWe but also brawls at the streets have founded the public attention. Now everyone is looking how the state is reacting. Meanwhile the police considered clan crime as organized crime. One tactic to fight the problems are corporately control measures in shisha-bars and other localities by tax authorities, customs officers, members of public order offices and the police. How effective these controls are depends on different terms. However, clan crime becomes also a problem for politics and society. This is also shown in the discussion about the control measures.

I. Eine schwierige Basis: Der „Clan“- Begriff

Schon der Begriff „Clan“ ist umstritten und kann nicht trennscharf definiert werden. Er wird im gegenwärtigen politischen, aber auch im polizeilichen Sinne in einem speziellen Herkunftskontext verwendet und assoziiert eine arabischstämmige Großfamilie, die den verwandtschaftlichen Zusammenschluss diverser Kernfamilien bezeichnet.¹ Gleichzeitig ist das Wesen der Clans von Widersprüchen gekennzeichnet: So kann beispielsweise der verwandtschaftliche Kontext aus einer rein willkürlichen

Zuordnung herrühren, die von Personen im Zuge der Migration selbst vorgenommen wurde, um sich selbst einem Clan zuzuordnen. Das bedeutet, es geht nicht zwangsläufig um eine nachvollziehbare Blutslinie.² Ein Clan umfasst daher häufig mehrere hunderte Mitglieder,³ ist jedoch nicht notwendigerweise an einem Namen festzumachen. Prinzipiell tauchen solche Clan-Strukturen deutlich häufiger auf und sind längst nicht nur auf arabische Familienbündnisse begrenzt. Andererseits gehört nicht jede arabischstämmige Großfamilie zu einem Clan. Kritiker sehen in dem Begriff bereits ein rassistisches Stigma.⁴ Die Definitionsschwierigkeiten beeinflussen zudem den Umgang mit dem Phänomen: Welche Personen zählen nun zu einem Clan? Welche Bedeutung haben die Namen? Bedeutet ein Name und eine Familienzugehörigkeit automatisch Kriminalität? Diese Fragen bergen politischen Sprengstoff in sich, der die Existenz von Clankriminalität, aber auch die getroffenen Maßnahmen in Frage stellen kann. Gleichwohl benötigen die Behörden einen operativen Begriff, um das Phänomen erfassen und bearbeiten zu können. Das Projekt KEEAS⁵ des LKA NRW hat Kriterien für einen Clan erstellt. Dies umfassen

- die Verwandtschaft als Bedingung der Mitgliedschaft („Familie als kriminelle Solidargemeinde“)
- segmentäre, hierarchisch und regelmäßig patriarchale Struktur nach Abstammung
- Ablehnung der geltenden Rechtsordnung in Deutschland, sowie der Akteure aus Exekutive und Judikative
- ideologische Legitimation des kriminellen Handelns (Abwertung der Opfer)
- Paralleljustiz durch eigene Autoritäten
- strategische Eheschließungen mit Zwangscharakter
- nach außen dokumentiertes Macht- und Gewinnstreben, durch Besetzung des öffentlichen Raumes.⁶

Die Polizei Niedersachsen orientiert sich am zweiteiligen Begriffsverständnis der Landesrahmenkonzeption (LRK), wonach der Clan eine durch verwandtschaftliche Beziehungen und eine gemeinsame ethnische Herkunft verbundene Gruppe ist. Die kriminelle Clanstruktur ist demnach ein durch ergänzende Indikatoren geprägter Clan. „Diese Indikatoren umfassen unter anderem

* Die Verfasserin ist Professorin für Kriminologie an der Hochschule für Polizei und öffentliche Verwaltung Nordrhein-Westfalen.

¹ Rohde/Dienstbühl/Labryga, Kriminalpolizei 3/2019, 31.

² Vgl. Haverkamp, in: BKA (Hrsg.), Research Conferences on Organised Crime Vol. IV, Preventing Organised Crime – European Approaches in Practice and Policy 2017 in London, 2018, S. 117.

³ Vgl. Dienstbühl, Homeland Security 3/2018, 7.

⁴ Vgl. Amjahid, in: Zeit v. 26.5.2020, abrufbar unter: <https://www.zeit.de/gesellschaft/2020-05/diskriminierung-clan-kriminalitaet-razzien-polizei-rassismus> (zuletzt abgerufen am 10.7.2020).

⁵ KEEAS = Kriminalitäts- und Einsatzbrennpunkte geprägt durch ethnisch abgeschottete Subkulturen.

⁶ Vgl. LKA NRW, Clankriminalität – Lagebild NRW 2018, abrufbar unter: https://polizei.nrw/sites/default/files/2019-05/190515_Lagebild%20Clan%202018.pdf (zuletzt abgerufen am 19.7.2020), S. 7.

- das Ausleben eines stark überhöhten familiären Ehrbegriffs und das innerfamiliäre Sanktionieren von Verstößen gegen diesen Ehrbegriff,
- das Voranstellen von familieninternen, oft im Gewohnheitsrecht verwurzelten Normen über das Gesetz und die Verfassung,
- ein hohes Maß an Gewaltbereitschaft, welche durch ein hohes Mobilisierungspotential gestützt wird,
- das Provozieren von Eskalationen auch bei nichtigen Anlässen oder geringfügigen Rechtsverstößen unter Ausnutzung clanimmanenter Mobilisierungs- und Bedrohungspotentiale,
- eine mangelnde Integrationsbereitschaft, die mitunter Aspekte einer Ghettoisierung bis hin zur inneren Abschottung enthält und ein bewusstes oder generelles Ablehnen der allgemeinen Rechtsordnung erkennen lässt und
- eine den Rechtsstaat umgehende oder unterlaufende Paralleljustiz.⁷

Dass Bundeskriminalamt definiert Clankriminalität im Lagebild für das Berichtsjahr 2018 wie folgt: „Clan-Kriminalität kann einen oder mehrere der folgenden Indikatoren aufweisen:

- Eine starke Ausrichtung auf die zumeist patriarchalisch-hierarchisch geprägte Familienstruktur
- Eine mangelnde Integrationsbereitschaft mit Aspekten einer räumlichen Konzentration
- Das Provozieren von Eskalationen auch bei nichtigen Anlässen oder geringfügigen Rechtsverstößen
- Die Ausnutzung gruppenimmanenter Mobilisierungs- und Bedrohungspotenziale.⁸

Der Gebrauch der Begriffe „Clan“ oder auch „Clanfamilien“ ist folglich dadurch bedingt, dass die familiären Zusammenschlüsse relevant für das rechtswidrige Verhalten sind: Bereits der prozentuale Anteil an Tatverdächtigen im Hellfeld der Polizeilichen Kriminalstatistik (PKS) zeigt sich als gravierend, da die Tätergruppen familiäre bzw. (entfernt) verwandschaftliche Bezüge aufweisen.⁹ Zudem zeigen Beobachtungen im polizeilichen Alltag, aber auch vor Gericht, dass sich nicht nur Tatverdächtige, sondern auch Zeugen oder Unbeteiligte aus den in Rede stehenden Strukturen unkooperativ bis aktiv störend verhalten, um Maßnahmen gegen Mitglieder zu verhindern.¹⁰ Gleichzeitig sorgen die Begriffe dafür, dass Menschen mit einem bestimmten Nachnamen – egal, ob mit tatsächlichem verwandschaftlichen Bezug zu kriminellen Akteuren oder nicht – ebenfalls in einem schon öffentlichen Generalverdacht stehen, kriminell zu sein. Dieses Spannungsfeld, das durch das Phänomen und die Benennung dessen als „Clankriminalität“ entstanden ist, beeinflusst

auch die Kriminalitätsbekämpfung und deren Wahrnehmung in der Öffentlichkeit.

II. Diversifizierter Kriminalitätskomplex

Die Bundesländer Nordrhein-Westfalen und Niedersachsen haben öffentliche Lagebilder zum Phänomen Clankriminalität entwickelt. Die Lagebilder geben einen groben Einblick in die Vielfältigkeit krimineller Aktivitäten, vor allem in Hinblick auf das Streben nach Gewinnmaximierung.

1. Registrierte Kriminalität

Das Landeskriminalamt Nordrhein-Westfalen registrierte im Berichtszeitraum 2016-2018 insgesamt 14.225 Delikte, bei denen Angehörige arabisch-türkischstämmiger Großfamilien als Tatverdächtige in Erscheinung getreten sind. In Niedersachsen wurde 2020 das erste öffentliche Lagebild zur Clankriminalität für das Berichtsjahr 2019 vorgestellt. Dies wies insgesamt 2.630 sog. Ereignisse im Zusammenhang mit Clankriminalität aus, davon 1.585 Ermittlungsverfahren.¹¹ Darunter entfielen 7 Straftaten gegen das Leben, 12 gegen die sexuelle Selbstbestimmung. Den größten Anteil nahmen Rohheitsdelikte, die 569-mal Gegenstand von Ermittlungsverfahren wurden.¹² Weiter entfielen 216 Ermittlungsverfahren auf Eigentumsdelikte, 165 auf Vermögens- und Fälschungsdelikte, 89 auf Verkehrsstraftaten und insgesamt 526 Taten auf sonstige Straftatbestände, sowie Strafrechtliche Nebengesetze, wie Verstöße gegen das BtMG und eine Tat, die als politisch motivierte Kriminalität eingestuft wird.

In beiden Bundesländern fallen vor allem die sog. Rohheitsdelikte, also die unterschiedlichen Formen von Gewaltkriminalität, besonders auf. Das LKA NRW registrierte im Berichtszeitraum insgesamt 5.606 solcher Taten, davon 1.755 schwere Gewaltdelikte.¹³ Besonders auffällig sind in diesem Kontext sog. Tumultlagen, also größere Auseinandersetzungen zwischen Clanmitgliedern, die häufig im öffentlichen Raum ausgetragen werden und häufig spontan stattfinden. Entsprechend ist der Verlauf einer solchen Auseinandersetzung kaum oder gar nicht zu prognostizieren, die polizeilichen Maßnahmen greifen oftmals nur kurzfristig und funktionieren ausschließlich mit starkem Kräftekontingent vor Ort, was die örtlichen Polizeidienststellen belastet.¹⁴ Grund solcher Auseinandersetzungen liegen in verletzten Ehrgefühlen und häufig in geschäftlichen Interessenskonflikten begründet.

Ein zentrales Deliktsfeld stellt der Handel mit Betäubungsmitteln dar. Im Lagebild des Landes NRW wurden

⁷ LKA Niedersachsen, Lagebild Clankriminalität – Kriminelle Clanstrukturen in Niedersachsen 2019, abrufbar unter: <https://www.mi.niedersachsen.de/download/156118> (zuletzt abgerufen am 17.7.2020), S. 7.

⁸ Vgl. BKA, Bundeslagebild Organisierte Kriminalität 2018, abrufbar unter: <https://www.bka.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/JahresberichteUndLagebilder/OrganisierteKriminalitaet/organisierteKriminalitaetBundeslagebild2018.html;jsessionid=B92EC5E24438AC3B89251058D1BEBBD8.live2302?nn=27988> (zuletzt abgerufen am 19.7.2020), S. 10.

⁹ Vgl. LKA NRW, Clankriminalität – Lagebild NRW 2016-2018, S. 8, abrufbar unter: https://polizei.nrw/sites/default/files/2019-05/190515_Lagebild%20Clan%202018.pdf (zuletzt abgerufen am 17.7.2020).

¹⁰ Vgl. Dienstbühl, Kriminalistik 5/2020, 323.

¹¹ LKA Niedersachsen, Lagebild Clankriminalität 2019, S. 5.

¹² Vgl. LKA Niedersachsen, Lagebild Clankriminalität 2019, S. 8.

¹³ Vgl. LKA NRW, Clankriminalität – Lagebild NRW 2016-2018, S. 11.

¹⁴ Vgl. LKA Niedersachsen, Lagebild Clankriminalität 2019, S. 15.

für den Berichtszeitraum etwa 1.000 Drogendelikte registriert.¹⁵ Derweil ist von einem deutlich höheren Aufkommen in der Realität auszugehen, insbesondere im Handel mit Kokain und Cannabis. Dabei sind die Angehörigen der Clans ganz unterschiedlich in der internationalen Lieferkette involviert. Im Straßenhandel registriert die Polizei, dass Clanangehörige zunehmend Personen anderer Ethnien einbeziehen. Damit verbunden sehen Ermittler u.a. Security-Dienstleistungen (sog. „Türsteher-Szene“).¹⁶

Auch Betrug ist ein wesentlicher Bereich der Clankriminalität: Nach Lagebild Clankriminalität des LKA Nordrhein-Westfalen entfielen jeweils ca. 2.600 registrierte Fälle zwischen 2016-2018 in den Bereich der Eigentums- und Betrugsdelikte.¹⁷ Diese sind bereits enorm unterschiedlich in der Art und Weise ihrer Begehung. Ein Beispiel für eine Betrugsmasche stellen Anrufe falscher Polizeibeamter dar, die ältere Menschen vor einem Einbruch oder einem bevorstehenden Betrug warnen und ihnen deswegen raten, der Polizei ihre Wertsachen und ihr Geld anzuvertrauen. Dabei sitzen die Anrufer regelmäßig in Callcentern im Ausland, vorzugsweise in der Türkei. Mittels Call-ID-Spoofing werden Telefonnummern wie der Polizeinotruf 110 oder andere Nummern in Deutschland übertragen, damit die Opfer überzeugt sind, dass es sich tatsächlich um die Polizei handelt.¹⁸ Die Abholer, die mit falschen Polizeiausweisen agieren, stammen aus Deutschland. Zum Teil handelt es sich dabei um angeworbene Personen aus prekären wirtschaftlichen Verhältnissen, die aber keine verwandtschaftlichen Bezüge zu den Clans aufweisen.

Ein weiteres illegales Modell stellen Betrug und Wucher durch Schüsseldienste dar: Personen, die einen Schlüsseldienst benötigen, weil sie sich beispielsweise ausgesperrt haben, bekommen völlig überhöhte Rechnungen ausgestellt, deren Bezahlung (bevorzugt in bar) mit Nachdruck eingefordert wird. Eine andere Betrugsart spricht Personen an, die die theoretische Führerscheinprüfung nicht aus eigener Kraft schaffen. Ihnen werden gegen Zahlung von bis zu 5.000 Euro für die Prüfung eine Minikamera und ein kleiner In-Ear-Kopfhörer (sog. Earpieces) übergeben. Damit können sie die Aufgaben filmen und eine fachkundige Person gibt die Antwort direkt durch. Dieses Verfahren sollen Clanmitglieder vor allem Geflüchteten angeboten haben, die trotz Sprachbarrieren einen Führerschein zur Arbeitsaufnahme benötigen.¹⁹

Ein weiteres und sehr gängiges Beispiel für Betrug stellt der Sozialleistungsmissbrauch dar: Clanangehörige, die

augenscheinlich nicht bedürftig sind, da sie über Vermögenswerte verfügen, machen im Jobcenter falsche Angaben, um Leistungen nach dem SGB II zu erschleichen. Wie hoch das Aufkommen solcher Fälle ist, kann gegenwärtig noch nicht beziffert werden. Um Gelder an staatlichen Kontrollen vorbei zu transferieren und die Herkunft zu verschleiern, nutzen Mitglieder zudem illegale Methoden des *hawāla-Banking*, bei der Gelder über Mittler verschoben werden.²⁰ Diese Methode ist nicht zwangsläufig an eine andere Straftat gebunden, denn die Methode des *hawāla-Banking* wird ebenfalls für die Bewegung von legal erwirtschaftetem Geld verwendet, um Transfergebühren zwischen den Ländern zu umgehen. Gleichwohl stellt sie aber eine strafbare Handlung dar.²¹

2. (Teil)legale Geschäftsfelder

Vor allem, um Gelder zu waschen, werden immer wieder neue Ladengeschäfte und Restaurants eröffnet. Ein Paradebeispiel stellen Shisha-Bars dar, die zudem als Treffpunkte für die Mitglieder genutzt werden.²² Ferner zählen Gastro-Betriebe, Discotheken, Bars und Eventlocations (Hochzeitshallen, Escape-Rooms etc.) zu beliebten Betrieben von Mitgliedern. Doch auch andere Einrichtungen wie Friseur-Salons gehören zu Geschäftszweigen, die sehr schnell eingerichtet werden, aber genauso schnell wieder verschwinden können. Zudem sind in diesen regelmäßig keine Friseurmeister vorhanden, obwohl dies als Meisterhandwerk obligatorisch wäre. Auch Franchise-Unternehmen können Clanbezüge aufweisen: Fitnessketten sind zum einen geeignete Umschlagsplätze um Drogen zu verkaufen, zum anderen eignen sie sich, Personendaten der Kunden zu sammeln. Dies kann beispielsweise bei Polizeibeamten, die in ihrer Freizeit dort trainieren, für die Interessen krimineller Clanmitglieder besonders interessant sein.

Solche Geschäftsmodelle müssen nicht zwangsläufig einen kriminellen Hintergrund besitzen, in nachweisbarem Bezug zu anderen kriminellen Aktivitäten liegt die Annahme jedoch nahe, dass sie u.a. zu Geldwäschszwecken eingesetzt werden. Dies gilt ebenso für Aktivitäten und Investitionen in Immobilien. Dabei werden die Immobilien nicht selten über „Strohleute“ erworben und dienen sowohl dem Investment für Mieteinnahmen, als auch zur Verschleierung der Herkunft inkriminierter Gelder.

3. Weitere Geschäftskreise und Kooperationen

Sport als Geschäftsfeld krimineller Clanstrukturen beschränkt sich nicht nur auf Fitnessstudios, sondern vor allem auch auf den Boxsport. Dies hängt nicht nur mit dem

¹⁵ Vgl. LKA NRW, Clankriminalität – Lagebild NRW 2016-2018, S. 17.

¹⁶ Vgl. LKA NRW, Clankriminalität – Lagebild NRW 2016-2018, S. 18.

¹⁷ Vgl. LKA NRW, Clankriminalität – Lagebild NRW 2016-2018, S. 19.

¹⁸ A.a.O.

¹⁹ Vgl. Welt, v. 19.9.2018, abrufbar unter: <https://www.welt.de/vermischtes/article181583030/Familien-Clans-verdienen-mit-Betrug-bei-Fuehrerscheinpruefung.html> (zuletzt abgerufen am 13.7.2020).

²⁰ Praktisch funktioniert *hawāla* folgendermaßen: Eine Person wendet sich in Land A an einen sog. *hawāla*-Händler, der (oft lediglich zur Tarnung) ein Unternehmen führt, gibt ihm eine bestimmte Geldsumme und erhält dafür einen Code (z.B. Zahlen oder ein Koranvers). Diesen Code nennt dann eine andere Person einem „*hawāla*-Dealer“ (*hawāladar*) in Land B, der als Mittler fungiert und daraufhin die Summe an den Zahlungsempfänger ausbezahlt. Auf diese Weise existiert keine Dokumentation über die Geldtransfers.

²¹ Vgl. *Dienstbühl*, Erscheinungsformen und Auswirkungen des transnationalen symbiotischen Terrorismus in Deutschland, 2014, S. 234

²² Vgl. LKA NRW, Clankriminalität – Lagebild NRW 2016-2018, S. 17.

Geschäftspotential des Dopings zusammen, sondern auch, weil der Boxsport in Clankreisen beliebt und angesehen ist. Junge Clanmitglieder boxen selbst. Zudem bestehen hier Verschmelzungen mit der Türsteher- und somit auch mit der Rocker-Szene.²³ Zu diesen bestehen Konkurrenzverhältnisse um Geschäftsgebiete ebenso, wie Kooperationen und Personalunionen. Im Ruhrgebiet sind einige Clanmitglieder beispielsweise ebenfalls Mitglieder im lokalen Charter des Hells Angels MC. Über diese Verbindungen ergeben sich neben dem Boxsport, der Türsteher- und BtM-Szene und u.a. Bezüge in den Bereich der Prostitution, des (illegalen) Glücksspiels und Sportwetten in lokalen Wettbüros.²⁴

Eine noch deutlichere Betätigung ist in der Rapper-Szene zu beobachten, wie u.a. der Fall *Bushido* eindeutig demonstriert.²⁵ Zudem generieren sich junge, männliche Clanmitglieder selbst als Künstler und „Musik-Stars“, selbst wenn ihr musikalisches Talent und zum Teil auch ihre Reichweite durch ein paar wenige Youtube-Videos überschaubar bleibt. In ihren Texten rechtfertigen sie dabei Gewalt, zelebrieren den Rechtsbruch und demonstrieren den gelebten Luxus. Somit werden sie zu Vorbildern für Jugendliche vor allem innerhalb, aber auch außerhalb des Clans. Insgesamt ist der Musikmarkt ein lukratives Business, der hart umkämpft und entsprechend attraktiv für kriminelle Interessen ist.²⁶

Finanzierungsstrategien krimineller Clanstrukturen bedienen sich der unterschiedlichsten Methoden. Sie reichen von einem wohldurchdachten und undurchsichtigen System aus (Schein-)Firmen, Holdings etc. bis hin zu einfachster Straßenkriminalität. Das kriminelle Spektrum reicht somit vom stümperhaften Amateur über Mitwisser bis hin zum intelligenten Wirtschaftspionier. Die einzelnen Geschäftsfelder können häufig nicht alleine betrachtet werden, sondern stellen eine Verquickung legaler und illegaler Methoden dar, was die Ermittlungsarbeit für Sicherheitsbehörden erschwert. Darüber hinaus zeigen sich die Aktivitäten hochgradig schnelllebig und anpassungsfähig: Heutige Erkenntnisse können morgen schon wieder nicht mehr aktuell sein. Durch diese Geschwindigkeit geben kriminelle Clanmitglieder den Trend vor, Ermittler hinken naturgemäß hinterher. Flexibelste und diversifizierte Kriminalität steht somit immer einer Verwaltung gegenüber, egal, um welchen staatlichen Akteur es sich dabei handelt. Um vor allem die Abläufe zwischen den Behörden zu erleichtern und sich gegenseitig besser zu unterstützen, aber auch Ermittlungsansätze zu generieren, finden seit ca. zwei Jahren interbehördliche Verbundeinsätze statt.

III. Verbundeinsätze: Zwischen Erfolgsdruck und Wirksamkeit

Besonders sichtbare und in den Medien bereits vieldiskutierte Maßnahmen sind Kontrollen, Razzien und Beschlagnahmen. Solche dokumentieren öffentlichkeitswirksam die gemeinsame Arbeit von Zoll, Finanzamt, der zuständigen Kommune (Ordnungsamt) und der Polizei. In Berlin und Nordrhein-Westfalen werden diese Maßnahmen bereits seit Ende 2018 verstärkt eingesetzt. Diese sog. „Taktik der Nadelstiche“ orientiert sich dabei an den Tätern, nicht an den Taten. Kleinste Vergehen sollen im Rahmen des Möglichen mit Strafen belegt werden, um die Täter durch den Verfolgungsdruck zu zermürben und dabei Kenntnisse über ihr Umfeld zu gewinnen.²⁷ Die Idee dahinter ist nicht neu, sondern eine eher klassische Taktik gegen organisiert-kriminelle Strukturen, die in der Vergangenheit Erfolge erzielen konnte.²⁸ Das Prinzip wurde auf gemeinsame und zum Teil groß angelegte Verbundkontrollen durch Polizei, Zoll, Ordnungs- und Finanzämter ausgeweitet, die seit 2018 vor allem in Berlin und Nordrhein-Westfalen durchgeführt werden. Entsprechend aufwendig sind sie für die beteiligten Behörden. Die Resultate besitzen bislang meist nur wenig strafrechtliche Relevanz. Vielmehr liegen vor allem im Bereich von Ordnungswidrigkeiten, steuerlichen Verfahren oder auch in der Einstellung der Zahlung von Transferleistungen, wie nach dem SGB II durch die Jobcenter. Die Gesamtheit dieser Ansätze ist nicht zu unterschätzen, da beispielsweise durch Steuernachzahlungen Gelder entzogen werden können. Die Resultate der aus den Kontrollen generierten OK-Verfahren bleiben indes abzuwarten, da bei ihnen mit einer längeren Ermittlungs- als auch Verfahrensdauer zu rechnen ist.

Ein weiterer Zweck besteht in der Demonstration staatlicher Souveränität. Die Gebiete, in denen die Familienstrukturen aus ihrer Sicht die Straße beherrschen, werden von den Bürgern als sog. No Go Areas (NGA) wahrgenommen. In der Deutung des Begriffs herrscht eine Diskrepanz zwischen dem allgemeinen und dem kriminalpolitischen Verständnis: Der Bürger begreift NGA als Bereiche in einer Stadt, in die er nicht mehr geht, weil er sich dort nicht sicher fühlt. Dies sehen viele Menschen durch Medienberichte bestätigt, die dokumentieren, dass beispielsweise Rettungskräfte nur noch in polizeilicher Begleitung in bestimmte Straßen gehen. NGA bezeichnen in der ursprünglichen Bedeutung jedoch Orte, die von staatlichen Kräften gemieden werden. Es ist sehr wichtig, diese unterschiedlichen Interpretationen zu berücksichtigen und zu kommunizieren, wenn die Polizei korrekt darauf hinweist, dass es keine NGA gäbe. In diesem Kontext wird immer wieder über aggressives Verhalten gegenüber Sicherheitsbehörden, aber auch Rettungskräften berichtet.

²³ Vgl. *Dienstbühl*, in: Sicherheitsmelder v. 19.10.2019, abrufbar unter: http://www.sicherheitsmelder.de/xhtml/articleview.jsf?id=1572421430_34 (zuletzt abgerufen am 10.7.2020).

²⁴ Vgl. LKA NRW, Clankriminalität – Lagebild NRW 2016-2018, S. 17.

²⁵ Vgl. *Huber*, in: Süddeutsche v. 27.9.2018, abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/panorama/rapper-bushido-und-die-berliner-clans-1.4147268> (zuletzt abgerufen am 12.7.2020).

²⁶ Vgl. *Schmidt/Bannenber*, Kriminalistik 6/2019, 341.

²⁷ Vgl. *Dienstbühl*, in: Sicherheitsmelder v. 27.3.2019, abrufbar unter: http://www.sicherheitsmelder.de/xhtml/articleview.jsf?id=1553605710_34 (zuletzt abgerufen am 10.7.2020).

²⁸ A.a.O.

Das Spektrum reicht von Beleidigungen über Bedrohungen bis hin zu tätlichen Angriffen. Von besonderer Bedeutung ist dieses Verhalten nicht nur, weil dadurch offen die Ablehnung des geltenden Rechtssystems dokumentiert wird. Wesentlich in diesem Zusammenhang ist vielmehr, dass vergleichsweise wehrhafte Autoritätspersonen aus einem Gefühl der Überlegenheit angegriffen werden. Dies macht ein verstärktes Auftreten der Behörden entsprechend notwendig. Dies ist zudem bei Kontrollmaßnahmen mittlerweile unerlässlich. Angehörige der unterschiedlichen Behörden, aber auch der Rettungsdienste haben regelmäßig ihre Erfahrungen mit sehr rasch organisierten Personenmehrheiten gemacht, die durch offensive Störmanöver ihre Maßnahmen torpedieren. Dennoch stehen die „Nadelstiche“ im Verruf einer teuren Symbolpolitik. Die Verbundeinsätze müssen zudem zur Ermittlung der Familien- und Bündnisstrukturen genutzt werden, um nicht lediglich temporäre Effekte zu erzielen, sondern um u.a. verstärkt mit den Möglichkeiten des 2017 novellierten Gesetzes zur Vermögensabschöpfung²⁹ zu arbeiten. Nach § 76a StGB in Verbindung mit § 437 StPO kann nun, bei eklatantem Missverhältnis zwischen dem Wert eines Gegenstandes und den Einkünften des Besitzers, eben dieser Gegenstand eingezogen werden. Diese gesetzliche Neuerung ist ein erster Schritt zur vollständigen Beweislastumkehr, die im Bereich der Clankriminalität immer wieder und vermehrt gefordert wird. Entsprechende Verfahren werden aktuell geführt. Nach wie vor bleiben solche jedoch kompliziert: Mitglieder etwaiger Familienclans präsentieren – bevorzugt vertreten durch ihre Anwälte – ebenso abenteuerliche und schwer überprüfbare Erklärungen hinsichtlich der Herkunft von Geldern und Sachwerten.³⁰

IV. Eindämmung der Paralleljustiz

Die Wahrnehmung sog. No-Go-Areas hängt maßgeblich mit einem eigenen Werte- und Rechtssystem zusammen, den Clanstrukturen etabliert leben. Die verwobenen Strukturen innerhalb der familiären Zusammenschlüsse stellen den größten Schutzfaktor krimineller Mitglieder der Clans dar. Die Unübersichtlichkeit für Außenstehende nutzt ihnen bei der Verschleierung der Finanzströme inkriminierter Gelder und schützt sie vor dem Zugriff von Sicherheitsbehörden. Deswegen wird häufig von „abgeschotteten Subkulturen“ gesprochen: Die Familien haben sich innerhalb ihrer Community ein eigenes System aufgebaut, in dem eigene Regeln herrschen und Recht durch eigene Autoritäten gesprochen wird. Diese Autoritäten können angesehene Familienälteste oder Stammesoberhäupter sein. Häufig werden sie in ihrer Funktion als „Schlichter“ betrachtet und damit als gewaltreduzierende Instanz verharmlost, allerdings sanktionieren sie auch. Ein solcher „Schlichter“ oder „Friedensrichter“ tritt in Er-

scheinung, wenn ein Konfliktfall besteht, der sich zuspitzt, z.B. wenn ein Familienmitglied gegen ein anderes Mitglied einer Familie Drohungen ausspricht, Gewalt anwendet oder es foltert, um Schulden einzutreiben o.Ä.³¹ Weitere typische Tätigkeitsfelder sind die Vermittlung bei gewalttätigen Ehestreitigkeiten und Scheidungen, einem drohenden Ehrenmord und vor allem Differenzen zwischen bzw. innerhalb von Clanfamilien. Dies vor allem dann, wenn die Ehen nicht standesamtlich, sondern nur als „Imam-Ehe“ geschlossen sind. Damit sind sie vor dem deutschen Recht nicht existent, besitzen aber innerhalb der Community absolute Geltung.³² In der Praxis interveniert und verhandelt der „Schlichter“/„Friedensrichter“ mit beiden Parteien, und legt dann ein Verfahren fest, z.B. Auferlegung der Schadensregulierung durch eine Seite o.Ä. Seine Aufgabe besteht vor allem darin, einen Weg zu finden, in dem beide Seiten ihr Gesicht wahren können. Erkennen sein Vorgehen beide Seiten an, gilt der Streit als beigelegt, andernfalls drohen Vergeltung und Blutrache. Doch ebenso kann auch er den Auftrag zur Vergeltung einer Ehrverletzung und damit den Auftrag zur Tötung eines Menschen geben.³³ Solche Schiedssprüche finden somit nicht nur im privatrechtlichen Rahmen statt, wo sie größtenteils zumindest rechtlich unproblematisch wären, sondern ebenfalls im strafrechtlichen Bereich. Denn die Legitimation des „Friedensrichters“ hängt maßgeblich von der Maxime ab, sämtliche Konflikte untereinander zu klären. Der Staat ist rauszuhalten, selbst wenn es um das Tötungsdelikt eines Angehörigen geht. Wenn dies gar nicht geht, dann versucht man zumindest, in den Justizprozess einzugreifen, um die Familieninteressen durchzusetzen.³⁴ Dieses Phänomen gewinnt auch angesichts der Zuwanderung im Zuge der Flüchtlingskrise seit 2015 an zunehmende Bedeutung, da für viele Menschen derartige parallelrechtliche Statuten die bislang gelebte Rechtswirklichkeit darstellen,³⁵ aber auch, weil Mitglieder von Familienclans versuchen, geflüchtete Menschen in ihre kriminellen Geschäfte einzubinden versuchen.³⁶

Diese Autoritäten sind die Stabilisatoren ihrer Parallelgesellschaft, die von einem Höchstmaß an Dynamik, besonders in Hinblick auf ihr Freund-Feind-Erleben, geprägt ist und die besonderen Einfluss auf das Gewaltverhalten nimmt. Entsprechend wichtig ist es, solche Strukturen dezidiert aufzuklären und die gewonnenen Erkenntnisse ständig zu überprüfen und zu aktualisieren. Dies ist ein sehr aufwendiges, aber lohnendes Unterfangen, um das Phänomen zu verstehen und Tatverdächtige hinsichtlich ihrer Funktion und ihres Tatbeitrages besser einschätzen zu können. Auch und besonders vor diesem Hintergrund sollten die Verbundeinsätze genutzt werden, um systematische Erkenntnisse über die parallelrechtlichen Strukturen und die gelebte Rechtswirklichkeit zu generieren. Denn diese Prinzipien sind es, die die Kriminalität fördern

²⁹ Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung (VermAbschRÄndG), welches zum 1.7.2017 in Kraft trat, vgl. BGBl. I 2017 Nr. 22, S. 872.

³⁰ Rohde/Dienstbühl/Labryga, Kriminalpolizei 4/2019, 17.

³¹ Vgl. Dienstbühl, Ehrgehalt. Ein fremdes Phänomen zwischen Generalverdacht und Verharmlosung, 2015, S. 61.

³² Vgl. Dienstbühl, Kriminalistik 5/2020, 324 f.

³³ Vgl. Duran, Kriminalistik 10/2019, 575.

³⁴ Vgl. Özkaraca, ZJJ 1/2013, 37.

³⁵ Vgl. Rohe/Jaraba, Paralleljustiz, Eine Studie im Auftrag des Landes Berlin, vertreten durch die Senatsverwaltung für Justiz und Verbraucherschutz, 2017, abrufbar unter: <https://digital.zlb.de/viewer/rest/image/15965865/zusammenfassung-paralleljustiz.pdf/full/max/0/zusammenfassung-paralleljustiz.pdf>, S. 19, 41 f. (zuletzt abgerufen am 15.7.2020).

³⁶ Vgl. Duran, Kriminalistik 2/2020, 87 f.

und es den einzelnen Mitgliedern erschweren, ein Leben außerhalb der Subkultur zu führen.

V. Die Kontrollen in der politischen Diskussion

Kontrollen und Razzien als Maßnahmen müssen immer im Hinblick auf Wirkung und Verwirklichung des Ziels überprüft werden, schließlich finden sie unter enormen personellem Aufwand statt. Dies führt zunächst zu zwei Fragen, nämlich einmal, ob die strafprozessualen Resultate diesen Aufwand rechtfertigen und ob er überhaupt notwendig ist. Im Fall der Bekämpfung von Clankriminalität kann die gewünschte Reaktion in einer Anpassung an gesellschaftliche Normen durch Kontrolldruck liegen. Neben einer möglichen Reaktion verfolgt sie weitere Ziele:

- Verstärkung der behördenübergreifenden Zusammenarbeit: Die Kontrollen funktionieren behördenübergreifend, das bedeutet, es sind keine rein polizei-taktischen Maßnahmen, sondern gemeinsam mit dem Zoll und kommunalen Ordnungsbehörden durchgeführte. Jeder Einsatz führt zu einer verbesserten Kooperation der Behörden untereinander, was im Kampf gegen Organisierte Kriminalität immens wichtig ist.
- Ansätze für die Ermittlungsarbeit: Aus den Kontrollen folgen Ermittlungen. Mit diesen werden neue Erkenntnisse über Strukturen und Geschäftsstrategien krimineller Clan-Mitglieder gesammelt.
- Erkenntnisse der unübersichtlichen Strukturen: Die Maßnahmen der Behörden führen zu Reaktionen in den Clans, die aufgrund der engmaschigen Kontrolle schneller registriert und behandelt werden können. Die ermittelnden Behörden können so unterschiedliche Strategien der Clans kennenlernen und stellen zudem schnell fest, welche Maßnahmen wirkungsvoller sind und welche weniger.

Inwiefern Ermittlungsansätze gewonnen werden können und welche Erfolge der Zoll und die Finanzämter verbuchten, muss von den jeweiligen Behörden dargestellt werden können, um die Kontrollen in ihrer Wirksamkeit zu beurteilen.

Doch neben der Frage des „Ertrages“ entzündet sich eine Kritik auch an der Gruppe der Kontrollierten und basiert auf der eingangs dargestellten Problematik des Clanbegriffes. Die Diskussionen um den Begriff der Clankriminalität als rassistisches Stigma beziehen sich besonders auf die Kontrollmaßnahmen, die mit Racial Profiling in Verbindung gebracht werden.³⁷ Vor allem die Kritik eines angenommenen Generalverdacht der Polizei gegen ganze ethnische Gruppen ist vor dem Hintergrund der Diskussion um strukturellen Rassismus in der Polizei von besonderer Aktualität. Entsprechend notwendig ist es, diesen Kontext zu klären und rechtlich einzuordnen. Racial Profiling bedeutet die Ungleichbehandlung aufgrund phänotypischer Merkmale. Maßnahmen, die also aufgrund von Herkunft, Hautfarbe etc. getroffen werden, sind damit

rechtswidrig. Die Polizei darf also keinerlei Kontrollen alleine aufgrund dieser äußeren Erscheinungsmerkmale durchführen. Gleichwohl existiert keine Legaldefinition von Racial Profiling. Das Verbot ergibt sich aus Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG (nationales Recht) und aus Art. 14 EMRK i.V.m. Art. 8 Abs. 1 Alt. 1 EMRK, Art. 26 Satz 2 IPbPR und Art. 2 Abs. 1 Buchst. a UN-Anti-Rassismuskonvention (internationales Recht). Vor allem Angehörige der in Rede stehenden Familien mit entsprechendem Hintergrund beschwerten sich über den Generalverdacht, dem sie sich ausgesetzt fühlen. Dabei stellt sich prinzipiell immer die Frage, welche Erkenntnisse und Erfahrungswerte zu einer polizeilichen Maßnahme führen.

Aktuell lässt sich eine Veränderung der Ebene zwischen Tatverdächtigen und Polizei hin zu einer viel allgemeineren Kritik des Generalverdacht gegen ganze ethnische Gruppen beobachten. Angehörige von Familienclans, aber auch andere polizeibekannt Personen werten polizeiliche Kontrollmaßnahmen als „rassistische Polizeikontrollen“ und bezeichnen sich bevorzugt in der Presse und auf Social Media als „die neuen Juden“.³⁸ Unterstützt werden sie dabei von linken Aktionsbündnissen („Essen stellt sich quer“, Antifa-Gruppen), (Lokal-)Politikern, aber auch vereinzelt aus der wissenschaftlichen Landschaft. Es ist ein taktisches Ziel, Polizeibeamte so zu provozieren, dass per Handy eine Sequenz festgehalten werden kann, in der seitens der Polizei verbale und/oder physische Aggression gezeigt wird. Diese wird dann in den eigenen Opfer-Mythos eingebaut und via Social Media geteilt. In diesem Kontext kann der Einsatz von Bodycams diskutiert werden. Allerdings kann die Polizei zum einen auch auf diesem Weg festgehaltenes Dokumentationsmaterial nicht einfach in Presse und Social Media zeigen, wie dies Tatverdächtige tun können. Zum anderen ist die Bodycam nicht vordergründig als standardisiertes Beweismittel zu verstehen, sondern zeichnet sich durch gefahrenabwehrende Aspekte aus.³⁹ Der Umgang mit Handyvideos zeigt ein Gefälle zulasten der Polizei, wenn nur ausschnittsweise Situationen wiedergegeben oder die Videodokumente sachverhaltsentstellen zusammengeschnitten werden. Ein rechtliches Gefälle hat die Berliner Senatsverwaltung geschaffen und nun eine empfundene „Beweislastumkehr“, zumindest aber eine Beweiserleichterung eingeführt: Danach müssen Polizeibeamte ihre Unschuld beweisen, wenn eine Person sie der Gewalt bezichtigt und die Schilderung glaubwürdig erscheint. Und auch wissenschaftliche Studien stellen Rassismus und Polizeigewalt zuweilen als gravierende Probleme heraus, wenngleich diese sich regelmäßig auf die Perspektive der Betroffenen von Polizeikontrollen beschränken und daher lediglich deren subjektive Sicht aufgreifen.⁴⁰ Hier ist es nicht nur an den Behörden, sondern auch an der Kriminologie, begleitende und multiperspektivische Forschungsansätze zu generieren, um die Diskussion zu versachlichen.

³⁷ Rohde/Dienstbühl/Labryga, *Kriminalistik* 5/2019, 278.

³⁸ Z.B. H. Anwar zitiert von Hermann, in: NZZ v. 7.8.2019, abrufbar unter: <https://www.nzz.ch/international/wie-essen-gegen-kriminelle-clans-kaempft-ld.1498014> (zuletzt abgerufen am 10.6.2020).

³⁹ Vgl. Kersting/Naplava/Reutemann/Heil/Scheer-Vesper, Die deeskalierende Wirkung von Bodycams im Wachdienst der Polizei Nordrhein-Westfalen: Abschlussbericht, 2019.

⁴⁰ Ley, *Polizei Info Report* 2/2020, 30.

VI. Fazit: Eine kriminal- und gesellschaftspolitische Herausforderung

Die Bekämpfung der Clankriminalität ist von Beginn an ein Politikum. Die begleitenden Diskussionen spiegeln die gegenwärtige gesellschaftliche Zerrissenheit wieder: Debatten zu Berichten auf medialen Online-Präsenzen, aber auch in sozialen Netzwerken offenbaren vor allem extreme Haltungen zwischen einem Generalverdacht gegen Menschen mit Migrationshintergrund und einem Generalverdacht gegen die Polizei. Dieser Umstand formuliert Anforderungen an die Kriminologie als praxisorientierte Wissenschaft: Es bedarf nach wie vor der Grundlagen- und begleitenden Forschung zu dem Themenkomplex, die verständlich aufbereitet und breit kommuniziert wird und deren Ergebnisse Anwendung in der Praxis finden. Ferner bedarf es einer fokussierten und fördernden Kriminalpolitik, die die Flexibilität in der Verbrechensbekämpfung verbessert, den Mut zu einer guten Fehlerkultur in den Behörden etabliert und Planungssicherheit für die nächsten Jahre bietet. Und auch der politische Rückhalt gegenüber den Behördenangehörigen wird entscheidend für den Erfolg der Bekämpfung von Clankriminalität sein.

Dies betrifft dabei längst nicht nur die Polizei, sondern alle eingebundenen Kräfte.

Clankriminalität hat sich über Jahrzehnte hin entwickelt. Die Lösung der zugrundeliegenden Probleme wird ihre Dauer benötigen, zudem liegt sie nicht alleine bei der Polizei. Alle beteiligten Behörden werden nicht nur Erfolge erzielen, sondern in einzelnen Verfahren scheitern und ihre Taktiken anpassen müssen.

Angesichts der Protestwelle gegen "Rassismus und Polizeigewalt", die in Deutschland die Menschen gegenwärtig bewegt, bedarf es der politischen Sensitivität. Denn natürlich versuchen kriminelle Akteure und so auch kriminelle Clanmitglieder Kapital aus der polizeikritischen Stimmung zu schlagen. Entsprechend notwendig ist es, genau solche Situationen gezielter Provokationen und das damit verbundene Ziel, sämtliche Maßnahmen als Akt der Fremdenfeindlichkeit zu diffamieren, in den Behörden zu thematisieren und die Öffentlichkeitsarbeit darauf anzupassen. Der kriminalpolitische Dialog mit dem Bürger wird entscheidend für den gesellschaftlichen Rückhalt und somit auch für den Erfolg der Verbrechensbekämpfung sein.

Das Geschäft mit Cannabidiol – lukrativ und selten legal

von *StAin Dr. Raphaela Etzold**

Abstract

Der Vertrieb sogenannter „CBD-Produkte“, die Cannabidiol und damit einen Wirkstoff der Cannabispflanze enthalten, boomt. Anders als das vielfältige Angebot auf Internetseiten und in Headshops suggeriert, können sich jedoch sowohl Verkäufer als auch Erwerber durch den Umgang mit CBD-Produkten strafbar machen. Im Raum steht insbesondere die Strafbarkeit nach betäubungsmittel-, arzneimittel- und lebensmittelrechtlichen Vorschriften. Diese greift der vorliegende Beitrag auf und strukturiert bisherige Erkenntnisse.

There is a booming market for so-called CBD-products containing the active cannabis component cannabidiol. Despite what headshops or online shopping platforms may imply, trading those products is often illegal for both the vendor and the customer. This article discusses the criminal liability in regard to CBD-products according to narcotics and pharmaceutical law as well as to food law and regulations.

I. Einleitung

Produkte mit dem Wirkstoff Cannabidiol (CBD), einem Wirkstoff der Cannabispflanze, sind für geneigte Kunden unproblematisch über frei zugängliche und mitunter offensiv beworbene Verkaufsseiten im Internet erhältlich. Kaufwillige sind nicht auf das Darknet oder zwielichtige Headshops angewiesen, sondern werden längst auch bei mitunter seriös anmutenden Anbietern fündig. Selbst große Drogeriemarktketten nahmen zumindest vorübergehend¹ CBD-Produkte in ihr Sortiment auf. Der vielfältigen Produktpalette werden zahlreiche Wirkungen zugeschrieben. Das Angebot reicht vom „100 % reinen CBD-Öl“ über Tabletten, Kapseln, Salben und Kosmetikprodukte bis hin zu Hundekekse. Cannabidiol soll je nach Bedarf schlaffördernd oder anregend, stoffwechselfördernd oder entzündungshemmend wirken und dabei – so das Versprechen vieler Anbieter – frei von Nebenwirkungen und „ganz legal“ sein.

So einfach, wie das für Erwerber offen zugängliche und breite Angebot suggeriert, ist die Sach- und insbesondere Rechtslage jedoch nicht. Wer cannabidiolhaltige Produkte vertreibt, verstößt in vielen Fällen gegen betäubungsmittel-, arzneimittel- oder lebensmittelrechtliche Vorschriften und macht sich strafbar. Die Rechtspraxis bemüht sich

an Generalstaatsanwaltschaften, Oberlandesgerichten und Ministerien derzeit um eine einheitliche Linie in der Handhabung solcher Verstöße. Veröffentlichte strafgerichtliche Rechtsprechung, die Orientierung bieten könnte, insbesondere obergerichtliche, existiert indes noch nicht.² Dieser Beitrag soll versuchen, bisherige Erkenntnisse – auch aus den praktischen Erfahrungen der Verfasserin heraus – zu strukturieren.

II. Was ist Cannabidiol?

Cannabidiol ist ein Wirkstoff der Cannabispflanze und neben dem hauptsächlich für die Rauschwirkung zuständigen Δ 9-Tetrahydrocannabinol (kurz THC) eines von insgesamt 65 in Cannabisprodukten enthaltenen Cannabinoiden.³ Es wirkt im Gegensatz zu THC nicht psychotrop, also nicht auf das zentrale Nervensystem, soll nicht abhängig machen und, die Wirkung von THC abschwächend, sedativ und beruhigend wirken.⁴ Auf Internetseiten zahlreicher Anbieter wird gleichwohl sein „vitalisierender Effekt“⁵ beworben, werden ihm krebs- und entzündungshemmende, appetitzügelnde, stimmungsaufhellende und angstlösende Wirkungen nachgesagt.⁶ Die Liste ließe sich – je nach entsprechendem Werbeinteresse – wohl endlos fortsetzen.⁷ Anders als THC ist CBD als Reinstoff nicht in den Anlagen I-III zu § 1 Abs. 1 BtMG enthalten, unterfällt jedoch als verschreibungspflichtiger Stoff seit dem 1.10.2016 Anlage 1 zur Arzneimittelverschreibungsverordnung (AMVV)⁸ und außerdem dem Novel-Food-Katalog der Europäischen Kommission.⁹

Diese Einordnungen bringen zugleich entscheidende Schwierigkeiten im Umgang mit „CBD-Fällen“ mit sich: Ohne Differenzierung zwischen den angebotenen Produkten und strenge Betrachtung des Einzelfalls ist die Beurteilung der jeweiligen strafrechtlichen Konsequenzen nicht möglich.

III. Vertrieb von Cannabisprodukten – Grundsätzliches zu Zulässigkeit und Grenzen

Der generelle Umgang mit Cannabisprodukten wird in erster Linie durch das Betäubungsmittelstrafrecht eingeschränkt.

* Die Autorin ist Staatsanwältin in Amberg und primär zuständig für Betäubungsmittelstrafrecht.

¹ <https://www.deutsche-apotheker-zeitung.de/news/artikel/2019/04/26/rossmann-und-dm-nehmen-cbd-oele-aus-dem-sortiment> (zuletzt abgerufen am 29.6.2020).

² Anders im Verwaltungsrecht, s.u., III. 3.

³ Patzak, in: Körner/Patzak/Volkmer, BtMG, 9. Aufl. (2018), Stoffe Betäubungsmittel Rn. 16.

⁴ Patzak, in: Körner/Patzak/Volkmer, BtMG, Stoffe Betäubungsmittel Rn. 16.; Patzak/Goldhausen, NStZ 2011, 76.

⁵ <https://cbdwelt.de> (zuletzt abgerufen am 29.6.2020).

⁶ Z.B. hier: <https://www.naturheilkunde-krebs.de> (zuletzt abgerufen am 29.6.2020).

⁷ Zur erwiesenen Wirkung von CBD sogleich unten, III. 2.

⁸ Aufgenommen durch VO v. 27.9.2016, BGBl. I 2016, S. 2178.

⁹ https://ec.europa.eu/food/safety/novel_food/catalogue_en (zuletzt abgerufen am 29.6.2020).

1. Strafbarkeit nach dem Betäubungsmittelgesetz (BtMG)

a) Objektiver Tatbestand

aa) Ausnahmen nach den Anlagen I und III zu § 1 Abs. 1 BtMG

Da Cannabis (Marihuana, Pflanzen und Pflanzenteile der zur Gattung Cannabis gehörenden Pflanzen)¹⁰ der Anlage I zum Betäubungsmittelgesetz (BtMG) unterfällt, bedarf grundsätzlich der Erlaubnis, wer damit umgehen bzw. im Gesetzessinne „verkehren“ will, es also anbauen, herstellen, mit ihm Handel treiben, es einführen, ausführen, abgeben, veräußern, sonst in den Verkehr bringen oder erwerben will, § 3 Abs. 1 Nr. 1 BtMG. Anlage I formuliert bestimmte Ausnahmen, von denen hier vor allem drei interessieren sollen: Ausgenommen von der Erlaubnispflicht ist zum einen nach lit. a) „Samen, sofern er nicht zum unerlaubten Anbau bestimmt ist“. Samen enthalten selbst kein THC und sind Bestandteil zahlreicher Lebens- und Futtermittel (z.B. Salatöl, Schokolade, Gebäck, Vogelfutter).¹¹ Ihr Vertrieb bzw. Erwerb ist straflos, jedoch wird der Verkäufer dafür Sorge zu tragen haben, dass unbehandelt verwendete Samen nicht keimfähig sind.

Zum anderen nimmt lit. b) den Umgang mit Cannabispflanzen aus, sofern – 1. Alternative: es sich um THC-arme Cannabissorten handelt, die entweder „aus Anbau in Ländern der Europäischen Union mit zertifiziertem Saatgut (jährlich aktuelle Liste der Sorten nach Art. 9 der EU-VO Nr. 639/2014 vom 11. März 2014) stammen“

oder – 2. Alternative: „ihr Gehalt an Tetrahydrocannabinol 0,2 Prozent nicht übersteigt“

UND – gilt für beide Alternativen:¹² „der Verkehr mit ihnen ausschließlich gewerblichen oder wissenschaftlichen Zwecken dient, die einen Missbrauch zu Rauschzwecken ausschließen“.

Die genannten Ausnahmen resultieren aus der herkömmlichen jahrtausendealten Nutzung von Hanf als Kultur- und Nutzpflanze, u.a. für Seile, Textilien und tierische Futtermittel, welche nicht durch das Betäubungsmittelstrafrecht kriminalisiert werden soll.¹³

Insbesondere die 2. Alternative führt gerade im Bereich des Internetvertriebs zu der weitverbreiteten Fehlinformation, der Umgang mit Cannabisprodukten sei dann unproblematisch, wenn ihr Wirkstoffgehalt 0,2 % Tetrahydro-

rocannabinol nicht überschreite.¹⁴ Dies greift nach Zustimmungswürdiger ständiger Rechtsprechung,¹⁵ die sich nicht nur auf den Wortlaut, sondern auch die Gesetzesbegründung stützen kann,¹⁶ zu kurz: Der ausschließlich wissenschaftliche oder gewerbliche Verwertungszweck hat nicht nur beim Verkäufer, sondern auch beim Endverbraucher vorzuliegen.¹⁷ Sobald das entsprechende Produkt zum Konsum durch Endverbraucher vorgesehen ist, ist danach selbst bei geringem Wirkstoffgehalt der Ausschluss eines Missbrauchs zu Rauschzwecken beim Endverbraucher nicht mehr gewährleistet – und der Verkehr damit grundsätzlich verboten. Die Ausnahmebestimmung soll das Marktpotenzial des Rohstoffes Hanf zur industriellen und möglicherweise energetischen Verwendung erschließen und weder die Bevölkerung mit THC-schwachen Zubereitungen zu persönlichen Konsumzwecken versorgen, noch das grundsätzliche Cannabisverbot aufweichen.¹⁸

Eine weitere Ausnahme findet sich in lit. e) zu Cannabis: Zu den in Anlage III benannten Zwecken soll der Verkehr ebenfalls nicht § 1 Abs. 1 BtMG unterfallen. Gemeint ist damit die Nutzung von Cannabispflanzen „nur aus einem Anbau, der zu medizinischen Zwecken unter staatlicher Kontrolle gemäß den Artikeln 23 und 28 Absatz 1 des Einheits-Übereinkommens von 1961 über Suchtstoffe erfolgt, sowie in Zubereitungen, die als Fertigarzneimittel zugelassen sind“.

Die Entwicklung dieses Ausnahmetatbestands – Nutzung von Cannabis zu medizinischen Zwecken – erfolgte in zwei entscheidenden Schritten. Unter dem 11.5.2011 wurden durch die 25. BtMÄndVO¹⁹ zunächst als Fertigarzneimittel zugelassene Cannabiszubereitungen in Anlage III zu § 1 Abs. 1 BtMG aufgenommen, am 6.3.2017 durch das Gesetz zur Änderung betäubungsmittelrechtlicher und anderer Vorschriften²⁰ schließlich auch Cannabis aus entsprechend kontrolliertem Anbau.²¹

bb) Folgen für den Vertrieb THC-haltiger Produkte

Anders als Cannabidiol ist Tetrahydrocannabinol explizit in den Anlagen I bis III zu § 1 Abs. 1 zum BtMG genannt. Sofern CBD-Produkte auch nur geringste Konzentrationen an THC aufweisen, unterfallen diese jedenfalls bei zum Konsum durch Endverbraucher vorgesehenen Produkten in aller Regel dem BtMG, da eine Ausnahme nach lit. b Anlage I für Cannabis – hier als *lex specialis* zur Nennung der Reinstoffe zu behandeln – aus oben genannten Gründen ausscheidet. Sofern also keine sonstige Ausnahmeregelung, insbesondere die Verwendung zu medi-

¹⁰ Weiterführend zu verschiedenen Sorten und deren Wirkungsweise: Patzak/Goldhausen, NStZ 2011, 76.

¹¹ S.a. Patzak, in: Körner/Patzak/Volkmer, BtMG, Stoffe Betäubungsmittel Rn. 39.

¹² OLG Hamm, BeckRS 2016, 13673 m.w.N.

¹³ Patzak, in: Körner/Patzak/Volkmer, BtMG, Stoffe Betäubungsmittel Rn. 48.

¹⁴ Siehe hierfür beispielhaft etwa <https://www.cbdbluten.de> (zuletzt abgerufen am 29.6.2020).

¹⁵ Aktuell LG Braunschweig, 4 KLS 804 Js 26499/18 (5/19) – zit. nach juris; OLG Hamm, BeckRS 2016, 13673; OLG Zweibrücken, BeckRS 2010, 13810; BayObLG, NStZ 2003, 270; Patzak, in: Körner/Patzak/Volkmer, BtMG, Stoffe Betäubungsmittel Rn. 48.

¹⁶ So auch Patzak, in: Körner/Patzak/Volkmer, BtMG, Stoffe Betäubungsmittel Rn. 48.; vgl. BT-Drs. 13/3052, BR-Drs. 881/1997; a.A.: Kiefer, ZLR 2020, 158 (159 f.).

¹⁷ OLG Zweibrücken, BeckRS 2010, 13810; Patzak, in: Körner/Patzak/Volkmer, BtMG, Stoffe Betäubungsmittel Rn. 48.

¹⁸ OLG Zweibrücken, BeckRS 2010, 13810; Patzak, in: Körner/Patzak/Volkmer, BtMG, Stoffe Betäubungsmittel Rn. 48; Sachs/Bergstedt, GRUR-Prax 2020, 202.

¹⁹ BGBl. I 2011, S. 821.

²⁰ BGBl. I 2017, S. 403.

²¹ S.a. Malek, in: Spickhoff, MedizinR, 3. Aufl. (2018), § 1 BtMG Rn. 6 f.; Patzak, in: Körner/Patzak/Volkmer, BtMG, Stoffe Betäubungsmittel Rn. 54.

zinischen Zwecken, greift bzw. der Umgang nicht von einer Erlaubnis des Bundesinstituts für Arzneimittel und Medizinprodukte gedeckt ist,²² machen sich sowohl Käufer als auch Verkäufer zumindest wegen vorsätzlichen unerlaubten Handeltreibens mit bzw. Erwerbs von Betäubungsmitteln, strafbar (§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG). Für den Verkäufer dürfte in der Regel außerdem gewerbsmäßiges Handeltreiben nach § 29 Abs. 3 BtMG (Verbrechen) in Betracht kommen.

cc) Folgen für den Vertrieb THC-freier CBD-Produkte

Für THC-freie CBD-Produkte muss die Antwort differenzierter ausfallen. Die Annahme, Cannabidiol unterfiele als „Pflanzenteil der Gattung Cannabis“ per se den Anlagen zum BtMG und könne damit grundsätzlich nicht erlaubnisfrei vertrieben bzw. erworben werden, liegt nicht ganz fern. Aber: Cannabidiol per se ist nicht Cannabis und auch kein „Pflanzenteil“, sondern ein Reinstoff. Eine solche Herangehensweise unterliefe damit offensichtlich die systematische Intention der Anlagen I-III zum BtMG, welche THC als weiteres Cannabinoid explizit bezeichnen und damit von einer „Universalerfassung“ sämtlicher Cannabinoide absehen. Diese in der Praxis durchaus diskutierte Ansicht scheint für den Vertrieb von CBD-Produkten vereinfachend eine Strafbarkeit nach dem BtMG konstruieren zu wollen, die sich systematisch nicht stützen lässt und die damit keine hinreichende gesetzliche Grundlage findet.

Zu fragen bleibt also weiter, ob das betreffende Produkt neben dem reinen CBD weitere Cannabisbestandteile, also Pflanzenteile mit Ausnahme nicht keimfähiger Samen (siehe Ausnahme Anl. I lit. a), enthält. Sofern dies – wie etwa im Falle „reinen“ CBD-Öls – nicht der Fall ist, scheidet eine Strafbarkeit nach dem BtMG mangels des Merkmals „Cannabis“²³ aus.

Sollten sich (was selten der Fall sein dürfte) entsprechende Rückstände im Produkt nachweisen lassen, ist das Vorliegen einer Ausnahme zu prüfen. Handelt es sich nur um nicht keimfähige Cannabisamen, scheidet die Anwendung des BtMG an der Ausnahme der Anlage I lit. a. Anders jedoch bei sonstigen Pflanzenteilen: Die von Konsumenten und Händlern häufig missverständene Ausnahme nach der Anlage I lit. b ist auch hier bei zum Konsum durch den Endverbraucher vorgesehenen Produkten aus oben genannten Gründen nicht erfüllt. Sofern es sich also, wie ganz überwiegend, um zur oralen Einnahme bestimmte Produkte mit entsprechenden Rückständen handelt, bleibt das BtMG anwendbar. Auch der Tatbestand der weiteren oben behandelten Ausnahme – Verwendung zu medizinischen Zwecken – greift im Falle des boomenden Internetvertriebs nicht: Cannabisbasierte Fertigarzneimittel²⁴ sind verschreibungs- und apothekenpflichtig

und damit nicht zur Abgabe durch Private zugelassen. Die Herstellung des Produkts „nur aus einem Anbau (...) zu medizinischen Zwecken unter staatlicher Kontrolle“ dürfte ebenfalls in aller Regel nicht gegeben sein.

Verkürzt gilt damit: Sofern CBD-Produkte – wenn auch geringste – Rückstände von Cannabispflanzen(teilen) oder THC enthalten und ein Missbrauch zu Rauschzwecken nicht ausgeschlossen ist (beispielsweise bei eindeutig nicht konsumfähigen Kosmetika), sind Verkauf und Erwerb grundsätzlich nach dem BtMG strafbar.

b) Probleme im subjektiven Tatbestand

Die Eigenheiten des Geschäfts mit CBD-Produkten bringen für die Beurteilung der Strafbarkeit von Erwerber und Verkäufer Sonderprobleme im subjektiven Tatbestand²⁵ mit sich. In die Beurteilung einzubeziehen sind insbesondere Produktbeschreibung(en), die Seriosität der Bezugsquelle und Erfahrungswerte des jeweils Beschuldigten im Umgang mit Cannabisprodukten. Letztere ergeben sich für Staatsanwaltschaft und Gericht möglicherweise aus bereits bekannten einschlägigen Verfahren. Maßgeblich bleiben jedoch stets die Umstände des Einzelfalls, sodass sich – auch im Hinblick auf mangelnde Rechtsprechung – eine pauschalierende Betrachtung verbietet. Die folgenden Ausführungen sollen daher lediglich Anhaltspunkte bieten.

Für den Erwerber wird vorsätzliches Handeln bezüglich der Betäubungsmittelleigenschaft schwer nachweisbar sein, wenn das Produkt als „rein“ CBD-haltig²⁶ beworben wird, wie das z.B. bei destilliertem Cannabisöl der Fall ist. Dass dennoch enthaltene Pflanzenrückstände oder THC-Gehalte vom Käufer für möglich gehalten und vor allem billigend in Kauf genommen worden sein sollen,²⁷ lässt sich dann nur schwerlich annehmen. Es bleibt die Möglichkeit der Strafbarkeit wegen fahrlässigen Handelns, § 29 Abs. 4 BtMG. Mit entsprechenden Rückständen wird ein Erwerber im Umgang mit Cannabisprodukten dabei in der Regel zu rechnen haben und diese vorhersehen.²⁸ § 29 Abs. 4 BtMG wird bei solchen Fallgestaltungen daher regelmäßig zur Anwendung kommen.

In Betracht kommt ferner das Vorliegen eines Verbotsirrtums aufgrund der irrigen Annahme des Beschuldigten, das erworbene Produkt entspreche – in Kenntnis aller Inhaltsstoffe – gesetzlichen Vorgaben und falle dennoch nicht unter das BtMG. Praktisch relevant wird dies, wenn THC- oder Pflanzenrückstände ausdrücklich in die Produktbeschreibung aufgenommen wurden mit dem irreführenden Hinweis, der Gehalt dürfe nur nicht mehr als 0,2 %

²² Diese darf nach § 3 Abs. 2 BtMG nur „ausnahmsweise zu wissenschaftlichen oder anderen im öffentlichen Interesse liegenden Zwecken“ erteilt werden.

²³ S.o., III. 1. a.

²⁴ Wohl bekanntester Anwendungsfall: Sativex, siehe hierzu https://www.bfarm.de/DE/Bundesopiumstelle/Cannabis/Hinweise_Aerzte/_node.html (zuletzt abgerufen am 29.6.2020); Patzak, in: Körner/Patzak/Volkmer, BtMG, Stoffe Betäubungsmittel Rn. 53; Sachs/Bergstedt, GRUR-Prax 2020, 202.

²⁵ Näher zu Vorsatzproblemen i.R.d. § 29 BtMG: Patzak, in: Körner/Patzak/Volkmer, BtMG, § 29 BtMG Rn. 52 ff.

²⁶ Beispielsweise hier: <https://www.naturavitalis.de/Exklusiv/Reines-CBD-Cannabis-Oel-10.html> (zuletzt abgerufen am 29.6.2020).

²⁷ Vgl. statt Vieler Fischer, StGB, 67. Aufl. (2020), § 15 Rn. 10 m.w.N.

²⁸ Zum Fahrlässigkeitsbegriff statt Vieler Fischer, StGB, § 15 Rn. 19 ff.

betragen.²⁹ Hier kann eine Nachfrage bei der zuständigen Verwaltungsstelle oder dem BfArM ohne Weiteres Abhilfe schaffen; der Verbotsirrtum ist damit vermeidbar und führt u.U. lediglich zur Strafmilderung nach §§ 17, 49 Abs. 1 StGB.³⁰

Für den Verkäufer gilt dies im Wesentlichen entsprechend, für ihn sind im jeweiligen Fall aber gesteigerte Produktprüfungs- und Erkundigungspflichten anzunehmen. Ihn trifft die Verantwortung für die Inhalte des vertriebenen Produkts, selbst wenn dieses nicht aus Eigenherstellung stammt und er sich auf die Angaben des beliefernden Produzenten verlassen hat.³¹ Problematisch stellt sich vor diesem Hintergrund die Abgrenzung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit dar. Nimmt der Täter THC-Gehalt oder Pflanzenrückstände nicht nachweislich zumindest billigend in Kauf, sondern sind sie ihm unerwünscht, liegt kein bedingter Vorsatz vor. In der Beurteilung des Vorliegens fahrlässigen Handelns stellt der BGH hinsichtlich einzuhaltender Sorgfaltspflichten eine einzelfallbezogene Betrachtung an, bejaht aber eine Pflicht zu Kontrollanalysen regelmäßig dann, wenn es für den Betroffenen erkennbaren Anlass für die Möglichkeit gibt, mit Betäubungsmitteln in strafatbestandsmäßiger Weise umzugehen.³² Dies dürfte beim bewussten Umgang mit Cannabisprodukten regelmäßig der Fall und damit zumindest (bewusste) Fahrlässigkeit gegeben sein. Bei der Frage der Beurteilung ist stets maßgeblich auf die bisherigen Erfahrungen des Verkäufers abzustellen, die sich für den Praktiker möglicherweise aus bereits geführten Strafverfahren ergeben.

Gesteigerte Anforderungen gelten auch bezüglich der Prüfung der Legalität des Vertriebs. Betreiber von Headshops oder entsprechenden Internetseiten bewegen sich bewusst in einem rechtlichen Graubereich, sodass ihnen eine gesteigerte Verpflichtung zur besonders sorgfältigen Prüfung der Rechtslage obliegt. Weder auf die Angaben des beliefernden Produzenten, noch auf durchschnittliche anwaltliche Beratung darf sich ein Verkäufer in der Regel verlassen,³³ ein etwaiger Verbotsirrtum wird damit ebenfalls vermeidbar sein.

2. Arzneimittelrecht

In vielen Fällen wird eine Strafbarkeit nach dem BtMG ausscheiden. Der Erwerber bleibt dann straflos. Zu prüfen bleibt weiter – lediglich für den Verkäufer – eine Strafbarkeit nach § 95 Abs. 1 Nr. 1 (Inverkehrbringen bedenklicher Arzneimittel) oder Nr. 4 AMG (Verstoß gegen die Apotheken- und Verschreibungspflicht durch Handeltreiben oder Abgabe).

a) Objektiver Tatbestand

Cannabidiol unterfällt seit dem 1.10.2016 Anlage 1 zur AMVV und ist damit verschreibungspflichtig. Die pauschale Subsumtion von CBD-Produkten unter § 95 Abs. 1 AMG griffe dennoch zu kurz: Zunächst muss der Anwendungsbereich des AMG eröffnet sein, also die Arzneimitteleigenschaft des Produkts i.S.v. § 2 AMG festgestellt werden. Das AMG unterscheidet zwischen Stoffen, die „zur Anwendung im oder am menschlichen oder tierischen Körper bestimmt sind und als Mittel mit Eigenschaften zur Heilung oder Linderung oder zur Verhütung menschlicher oder tierischer Krankheiten oder krankhafter Beschwerden bestimmt sind“ (sog. Präsentationsarzneimittel, § 2 Abs. 1 Nr. 1 AMG) und solchen, „die im oder am menschlichen oder tierischen Körper angewendet oder einem Menschen oder einem Tier verabreicht werden können, um die die physiologischen Funktionen durch eine pharmakologische, immunologische oder metabolische Wirkung wiederherzustellen, zu korrigieren oder zu beeinflussen“ (sog. Funktionsarzneimittel, § 2 Abs. 1 Nr. 2 AMG).³⁴

Entscheidendes Kriterium für die Einordnung als Präsentationsarzneimittel ist die jeweilige Produktbeschreibung durch den Händler. Zwar werden CBD-Produkte in der Regel als „Nahrungsergänzungsmittel“ präsentiert, sofern aber eine Bestimmung zur Linderung krankhafter Beschwerden – üblich etwa „gegen Depressionen & Angststörungen“, „gegen entzündliche Erkrankungen“ etc. – mit Dosierungsempfehlung beworben werden, hindert die bloße Deklaration als „Lebensmittel“ die Einstufung als Arzneimittel nicht zwingend.³⁵ Nach einem der Verfasserin vorliegenden rechtsmedizinischen Gutachten kommt eine Einstufung auch dann in Betracht, wenn die Bezeichnungszusätze „IMMUN“ oder „SLEEP“ verwendet werden, da sie pharmakologische Wirkungen suggerieren.³⁶ Zu berücksichtigen bleiben auch dann Wirkstoffanteil und Darreichungsform.

Häufiger wird jedoch das Vorliegen eines Funktionsarzneimittels in Betracht kommen. Hierfür sprechen bereits die o.g. Aufnahme des Wirkstoffs in die AMVV und die damit einhergehenden Beratungsergebnisse. Das BfArM befürwortete die Aufnahme im Hinblick auf die pharmakologischen Eigenschaften von Cannabidiol einstimmig.³⁷ Durch zahlreiche Wechselwirkungen mit biologischen Rezeptoren weise CBD anxiolytische, antipsychotische, antiemetische, neuroprotektive, antikonvulsive, sedative und antiinflammatorische Eigenschaften auf. Das beeinflusse physiologische Funktionen durch pharmakologische, immunologische oder auch metabolische Wirkungen erheblich. Die für CBD beschriebenen therapeuti-

²⁹ So hier: <https://www.cbdbluten.de/> (zuletzt abgerufen am 29.6.2020).

³⁰ S.a. Patzak, in: Körner/Patzak/Volkmer, BtMG, § 29 BtMG Rn. 65. Dazu im Rahmen der Beurteilung eines Verbotsirrtums *OLG Zweibrücken*, BeckRS 2010, 13810.

³² BGH, BeckRS 2017, 134284, Ls. 3, für den Fall des Umgangs mit synthetischen Cannabinoiden.

³³ LG Braunschweig, 4 KLS 804 Js 26499/18 (5/19), Rn. 305 – zit. nach juris; s.a. *OLG Zweibrücken*, BeckRS 2010, 13810.

³⁴ Zur Unterscheidung s.a. Patzak/Volkmer, NSZ 2011, 498 (500).

³⁵ S.a. Sachs/Bergstedt, GRUR-Prax 2020, 202.

³⁶ So ein der Verfasserin vorliegendes Gutachten der Rechtsmedizin Erlangen v. 9.4.2020, das hier mit freundlicher Genehmigung von Prof. Dr. med. Betz und Dr. rer. nat. Schwarze, Rechtsmedizin Erlangen, Berücksichtigung finden durfte.

³⁷ https://www.bfarm.de/DE/Arzneimittel/Pharmakovigilanz/Gremien/Verschreibungspflicht/Protokolle/75Sitzung/protokoll_75.html (zuletzt abgerufen am 29.6.2020).

schen Effekte bedürften außerdem der ärztlichen Differentialdiagnose, Wechselwirkungen mit anderen Arzneimitteln seien möglich und insbesondere Nebenwirkungen nicht abschließend geklärt.³⁸ Das Bundesgesundheitsministerium stufte daher im Anschluss an die Einschätzung des BfArM Cannabidiol als Stoff ein, der bei Anwendung ohne ärztliche Überwachung die Gesundheit des Menschen auch bei bestimmungsgemäßem Gebrauch unmittelbar oder mittelbar gefährden kann.³⁹

Als zugelassenes Rezepturarzneimittel wird in Deutschland das Medikament „Ölige Cannabidiol-Lösung“ 50 mg/ml u.a. zur Behandlung von Multipler Sklerose und im Rahmen individueller Heilversuche z.B. von Schlafstörungen, Schwindel und Erbrechen eingesetzt.⁴⁰ Unter dem Namen „Epidiolex“ ist in den USA – bzw. seit September 2019 als „Epidyolex“ auch in der EU⁴¹ – zudem ein Medikament als verschreibungspflichtiges Arzneimittel für die Behandlung kindlicher Epilepsieformen zugelassen, das als einzig aktiven Wirkstoff 10 % Cannabidiol enthält (sog. Monopräparat). Als häufige Nebenwirkungen (über 10 % der Probanden) sind diesbezüglich Schläfrigkeit, Appetits- und Gewichtsverlust, Durchfall, Anstieg der Leberenzyme, Müdigkeits- und Schwächegefühl, Schlafprobleme, Ausschlag und Infektionen bekannt. Vereinzelt wurde auch von Suizidgedanken berichtet.⁴²

Im Internethandel erhältliche CBD-Lösungen erreichen oder übersteigen diese Wirkstoffgehalte häufig ohne Weiteres. Spätestens im Hinblick auf die diesbezüglich bekannten Folgen wird bei derartigen Konzentrationen von funktionalen Wirkungen im menschlichen Körper auszugehen und das Produkt als Arzneimittel i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 2 AMG einzustufen sein.⁴³ Zu berücksichtigen bleibt zudem die jeweilige Dosierungsempfehlung, insbesondere in Fällen niedrigerer Konzentrationen. Im Zweifel empfiehlt sich – jedenfalls bis zur Etablierung einer ständigen Praxis – die Einholung sachverständiger Einschätzung durch die ansässige Rechtsmedizin oder das BfArM. Ist der Anwendungsbereich eröffnet, kommt zunächst eine Strafbarkeit nach §§ 95 Abs. 1 Nr. 1, 5 AMG wegen unerlaubten Inverkehrbringens bedenklicher Arzneimittel in Frage. Da nach § 4 Abs. 17 AMG unter Inverkehrbringen bereits das Vorrätighalten zum Verkauf oder der sonstigen Abgabe, Feilhalten und Feilbieten fallen, erfüllen bereits jene Headshopbetreiber oder Internethändler den Tatbestand, die *bedenkliche* Produkte in ihren Verkaufsräumen bzw. Wohnungen zum Weiterverkauf lagern.⁴⁴

Ob die jeweiligen Produkte i.S.v. § 5 AMG bedenklich sind, also „nach dem jeweiligen Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse der begründete Verdacht besteht, dass sie bei bestimmungsgemäßem Gebrauch schädliche Wirkungen haben, die über ein nach den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft vertretbares Maß hinausgehen“, wird im Zweifel rechtsmedizinisch oder durch eine Stellungnahme des BfArM zu klären sein. Nach den o.g. bisherigen Erkenntnissen spricht jedoch bei Produkten ab einem Wirkstoffgehalt von 10 % Cannabidiol viel dafür.⁴⁵

Daneben⁴⁶ bleibt § 95 Abs. 1 Nr. 4 AMG anwendbar, der Handel treiben und Abgabe verschreibungspflichtiger Arzneimittel unter Strafe stellt.

b) Sonderprobleme im subjektiven Tatbestand

Erwerb und Besitz sind nach dem AMG straflos. Hinsichtlich des subjektiven Tatbestandes der Verkäufer werden sich aus der Natur des CBD-Vertriebs für den Praktiker vor allem folgende Probleme stellen:

- dessen naheliegender Einwand, nicht gewusst zu haben, dass das Erzeugnis als Arzneimittel einzustufen sei,
- dessen Angabe, er habe – evtl. unter Berufung auf scheinbar seriöse Informationsquellen – im guten Glauben an die Legalität seines Tuns gehandelt,
- die Angabe, er habe in Unkenntnis der schädlichen Wirkungen gehandelt,
- die Einlassung, er sei von einem niedrigeren als dem tatsächlich enthaltenen Wirkstoffgehalt ausgegangen.

Zu Ersterem: Beim Arzneimittelbegriff handelt es sich um eine gesetzliche Begriffsbestimmung. Subsumiert der Täter ein Merkmal – hier das vertriebene Produkt – das er dem Wesen nach kennt, irrig nicht darunter, so handelt es sich um einen Subsumtionsirrtum, der den Vorsatz nicht ausschließt.⁴⁷ Möglich bleibt ein Verbotsirrtum nach § 17 StGB, der aber mangels Unvermeidbarkeit regelmäßig nicht zum Schuldabschluss, sondern allenfalls zur Strafmilderung führen wird.⁴⁸ Lediglich als vermeidbarer Verbotsirrtum beachtlich wird in der Regel auch der zweite Einwand bleiben. Dies gilt angesichts der bereits genannten verfügbaren wissenschaftlichen Informationsquellen⁴⁹ und der gesteigerten Erkundigungspflicht für Verkäufer⁵⁰

³⁸ https://www.bfarm.de/SharedDocs/Downloads/DE/Arzneimittel/Pharmakovigilanz/Gremien/Verschreibungspflicht/75Sitzung/anlage2.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (zuletzt abgerufen am 29.6.2020).

³⁹ BR-DRs. 396/16, S. 15 f.

⁴⁰ https://www.bfarm.de/SharedDocs/Downloads/DE/Arzneimittel/Pharmakovigilanz/Gremien/Verschreibungspflicht/75Sitzung/anlage2.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (zuletzt abgerufen am 29.6.2020); auf die genannten Medikamente bezieht sich bei der Beurteilung der Arzneimittel-eigenschaft auch das oben Fn. 36 angesprochene Gutachten.

⁴¹ <https://www.ema.europa.eu/en/medicines/human/EPAR/epidyolex/authorisation-details-section> (zuletzt abgerufen am 29.6.2020); s.a. *Sachs/Bergstedt*, GRUR-Prax 2020, 202.

⁴² https://www.epidiolex.com/sites/default/files/pdfs/EPIDIOLEX_Full_Prescribing_Information_04_2020.pdf (zuletzt abgerufen am 29.6.2020).

⁴³ Zu diesem Ergebnis kommt – unter Berücksichtigung der jeweiligen Dosierungsempfehlung – auch das oben Fn. 36 angesprochene Gutachten.

⁴⁴ S.a. *Patzak/Volkmer*, NSTZ 2011, 498 (502).

⁴⁵ Zur „Bedenklichkeit“ *Volkmer*, in: *Körner/Patzak/Volkmer*, BtMG, § 95 AMG Rn. 8 ff.; s.a. *BGH*, NSTZ-RR 2018, 50 (51).

⁴⁶ Zum Konkurrenzverhältnis *Volkmer*, in: *Körner/Patzak/Volkmer*, BtMG, § 95 AMG Rn. 66.

⁴⁷ *Fischer*, StGB, § 16 Rn. 13.

⁴⁸ S.a. *Patzak*, NSTZ 2011, 498 (502) zum Parallelproblem bei sog. „Legal Highs“.

⁴⁹ U.a. warnt auch die Verbraucherzentrale vor der Illegalität des Vertriebs, <https://www.verbraucherzentrale.de/wissen/lebensmittel/nahrungsergaenzungsmittel/vorsicht-bei-lebensmitteln-mit-dem-hanf-inhaltsstoff-cannabidiol-cbd-43455> (zuletzt abgerufen am 29.6.2020).

⁵⁰ S.o., III. 1. b.

spätestens seit der Aufnahme von Cannabidiol in die AMVV.

Der dritte Einwand wird im Rahmen des Merkmals der „Bedenklichkeit“, § 5 i.V.m. § 95 Abs. 1 Nr. 1 AMG, u.U. als Tatbestandsirrtum beachtlich: Nach der Rechtsprechung des *BGH* bedarf es hier zur Annahme von Vorsatz der Kenntnis aller tatsächlichen Umstände, die für die Abwägung des Verhältnisses zwischen dem bekannten Risiko und dem Nutzen von Relevanz sind. Diese muss der Täter nach einer Parallelwertung in der Laiensphäre richtig in sein Vorstellungsbild aufgenommen haben.⁵¹ Sofern der Verkäufer irrig von einer überwiegend heilenden Wirkung ausgeht, kommt die Annahme fahrlässiger Begehungsweise in Betracht, § 95 Abs. 4 StGB. Der an den Verkäufer anzulegende erhöhte Sorgfaltsmaßstab⁵² wird dann in der Regel zur Vorhersehbarkeit der Wirkungsweise und damit zur Strafbarkeit führen.

Gleiches gilt für die letztgenannte Einlassung: Geht der Verkäufer irrig von einem niedrigeren, die Arzneimitteleigenschaft nicht begründenden Wirkstoffgehalt aus als tatsächlich im Produkt enthalten, wird auch dies im Hinblick auf seine Kontrollpflichten regelmäßig vorhersehbar und vermeidbar sein. Die Strafbarkeit nach dem AMG scheidet nach diesen Maßstäben in der Regel nicht am subjektiven Tatbestand, sondern allenfalls an objektiven Merkmalen – insbesondere, wenn die vertriebenen Produkte mangels pharmakologischer Wirkung oder entsprechender Bewerbung und Darreichungsform keine Arzneimittel darstellen, sondern etwa Kosmetikprodukte oder Lebensmittel.

3. Lebensmittelrecht

Meist werden CBD-Produkte im Internet-Vertrieb ohnehin als „Nahrungsergänzungsmittel“ beworben, was nicht zwangsläufig richtig sein muss.⁵³ In Betracht kommt aber auch im zutreffenden Fall strafbares Verhalten durch Inverkehrbringen oder die Verwendung von CBD nach § 1a Abs. 1 NLV i.V.m. § 59 Abs. 3 Nr. 2 Buchst. a) LFGB.⁵⁴ Danach ist strafbar, „wer entgegen Artikel 6 Absatz 2 der Verordnung (EU) 2015/2283 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über neuartige Lebensmittel (...) ein neuartiges Lebensmittel in Verkehr bringt oder in oder auf einem Lebensmittel verwendet.“

In den EU-Mitgliedstaaten ist Lebensmittelrecht weitgehend vergemeinschaftet. Die Verkehrsfähigkeit *neuartiger* Lebensmittel wird seit Inkrafttreten zum 1. Januar 2018 maßgeblich durch die in § 1a NLV angesprochene sog. „Novel-Food-Verordnung“⁵⁵ geregelt. Neuartig sind danach Lebensmittel und Lebensmittelzutaten, die vor dem 15. Mai 1997 in der Europäischen Union noch nicht in nennenswertem Umfang für den menschlichen Verzehr verwendet wurden. Nach dem Novel-Food-Katalog der Europäischen Kommission,⁵⁶ der zwar keine rechtliche Bindungswirkung, jedoch als sog. „Guidance-Dokument“ in der Auslegungspraxis große Bedeutung hat und dem eine Indizwirkung zukommt,⁵⁷ unterfallen Cannabinoide anders als zahlreiche Hanfprodukte (z.B. Hanfsamen, Hanfsamenöl) als „neuartiges Lebensmittel“ der Verordnung, ebenso wie synthetisch gewonnene Cannabinoide.⁵⁸

Die Einordnung CBD-haltiger Lebensmittel als „neuartig“ findet in Deutschland Bestätigung sowohl durch (ober-)verwaltungsgerichtliche Entscheidungen⁵⁹ als auch das Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit. Aus dessen Sicht muss für CBD-haltige Produkte „entweder ein Antrag auf Zulassung eines Arzneimittels oder ein Antrag auf Zulassung eines neuartigen Lebensmittels gestellt werden. Im Rahmen dieser Verfahren ist die Sicherheit des Erzeugnisses vom Antragsteller zu belegen.“ Eine derartige Zulassung liegt nach Auskunft des BVL derzeit für keine bekannte Fallgestaltung (Stand März 2020) vor.⁶⁰

Ein Unternehmer, der CBD-haltige Lebensmittel in den Verkehr bringt, erfüllt damit in Deutschland derzeit stets den objektiven Tatbestand o.g. Strafvorschriften.⁶¹ Strafbar macht er sich gleichwohl nur im Falle vorsätzlichen Handelns. Die fahrlässige Begehungsweise stellt nach § 1a Abs. 2 NLV lediglich eine Ordnungswidrigkeit dar. Für einen möglichen Irrtum über die Eigenschaft des Produkts als (neuartiges) Lebensmittel gelten obige Ausführungen zur Arzneimitteleigenschaft entsprechend, wonach ein vorsatzausschließender Tatbestandsirrtum nicht gegeben ist. In der Beurteilung des Einzelfalls bleiben hinsichtlich eines Verbotsirrtums in besonderem Maße sowohl die primäre Verantwortlichkeit des Unternehmers⁶² für die von ihm vertriebenen Produkte zu berücksichtigen⁶³ als auch die Existenz (ober-)verwaltungsgerichtli-

⁵¹ *BGH*, NJW 2019, 3392.

⁵² S.o., III. 1. b.

⁵³ S.o., III. 2. a.

⁵⁴ S.a. Stellungnahme d. Wissenschaftlichen Dienstes des Bundestages v. 22.7.2019 zur Verkehrsfähigkeit von Cannabidiol(CBD)-haltigen Lebensmitteln, <https://www.bundestag.de/resource/blob/655138/c9a79d6ee7414e9c0eb0d3e63d64236d/WD-5-065-19-pdf-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 29.6.2020).

⁵⁵ Verordnung (EU) 2015/2283 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über neuartige Lebensmittel, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1169/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 258/97 des Europäischen Parlaments und des Rates und der Verordnung (EG) Nr. 1852/2001 der Kommission. ABl. L 327 vom 11.12.2015, S. 1–22. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015R2283&qid=1563291986620&from=DE> (zuletzt abgerufen am 29.6.2020).

⁵⁶ https://ec.europa.eu/food/safety/novel_food/catalogue_en (zuletzt abgerufen am 29.6.2020).

⁵⁷ *BGH*, GRUR 2015, 1140.

⁵⁸ Hierzu auch *Kiefer*, ZLR 2020, 158 (163).

⁵⁹ Siehe nur *VGH Mannheim*, BeckRS 2019, 26769; *OVG Lüneburg*, BeckRS 2019, 32302, jeweils m.w.N.

⁶⁰ https://www.bvl.bund.de/DE/Arbeitsbereiche/01_Lebensmittel/04_AtragstellerUnternehmen/13_FAQ/FAQ_Hanf_THC_CBD/FAQ_Cannabidiol_node.html (zuletzt abgerufen am 29.6.2020).

⁶¹ Zu diesem Ergebnis kommt – mit krit. Anmerkungen – auch *Kiefer*, ZLR 2020, 158 (169).

⁶² Hierzu *LG Braunschweig*, 4 KLs 804 Js 26499/18 (5/19), Rn. 305 – zit. nach juris.

⁶³ So auch Stellungnahme d. BVL v. 20.3.2019, s.o.

cher Rechtsprechung, Leitfäden und Handlungsempfehlungen auf nationaler⁶⁴ und europäischer Ebene. Schuld-ausschließende Unvermeidbarkeit dürfte damit nur in seltensten Fällen vorliegen.

IV. Rechtspolitischer Handlungsbedarf

Fallgestaltungen, in denen der Vertrieb von CBD-Produkten tatsächlich, wie in der Regel vom Händler behauptet, „vollkommen legal“ ist, dürften nach alledem selten sein. Gleichwohl ergeben sich in der Praxis derzeit Unsicherheiten, die nicht nur auf mangelnder Strafrechtsprechung zu CBD-Fallgestaltungen beruhen. Ausgangspunkt von Missverständnissen ist zumindest für (auch) THC-haltige Produkte⁶⁵ die unscharfe Formulierung in Anlage I zu § 1 BtMG, auf welche sich insbesondere Internetanbieter gerne berufen: Zur grundsätzlichen Erlaubnispflicht für den Umgang mit Cannabis formuliert das Gesetz in lit. b eine Ausnahme für Produkte, wenn deren „Gehalt an Tetrahydrocannabinol 0,2 Prozent nicht übersteigt und der Verkehr mit ihnen (ausgenommen der Anbau) ausschließlich gewerblichen oder wissenschaftlichen Zwecken dient, die einen Missbrauch zu Rauschzwecken ausschließen“.

Dass ein solcher Ausschluss des „Missbrauchs zu Rauschzwecken“ nicht nur beim Unternehmer, sondern auch beim Endverbraucher vorliegen muss und damit für zum Konsum gedachte THC-haltige Produkte nicht gegeben ist, leuchtet im Hinblick auf Gesetzesgenese und -zweck ein,⁶⁶ ist aber aus dem Wortlaut nicht ohne Weiteres ersichtlich. Die derzeitige Formulierung erleichtert Anbietern die Berufung auf legales Handeln und führt beim (wohl größtenteils unkritischen) Kundenkreis zu falschen Annahmen. Abhilfe könnte eine gesetzliche Präzisierung schaffen, die die zustimmungswürdige ständige Rechtsprechung eindeutig aufnimmt.

Denkbar wäre etwa folgende Ergänzung:

...ausschließlich gewerblichen oder wissenschaftlichen Zwecken dient, die einen Missbrauch zu Rauschzwecken insbesondere durch deren Verbrauch ausschließen.

Damit ließe sich zumindest im Bereich des Vertriebs niedriggehaltiger THC-Produkte eine Lücke eindeutig schließen. Im Übrigen – insbesondere auf dem Gebiet des Arzneimittelrechts – ist zunächst weiterhin die Rechtsprechung gefragt.

V. Fazit

Nach dem BtMG verboten sind sowohl Verkauf als auch Erwerb zum Konsum durch Endverbraucher bestimmter THC-haltiger Produkte oder solcher, die Teile der Cannabispflanze enthalten – und zwar unabhängig von der jeweiligen Konzentration. Für sonstige Produkte bleiben Arzneimittel- und Lebensmitteleigenschaft zu prüfen. Erstere dürfen von privaten Unternehmern unter keinen Umständen abgegeben werden, für Letztere kann, um die Legalität des Vertriebs zumindest zukünftig zu sichern, ein Genehmigungsverfahren nach der Novel-Food-Verordnung durchgeführt werden.⁶⁷ Für den Strafrechtspraktiker bedeutet dies, dass in Fällen des Vertriebs CBD-haltiger Produkte häufig zumindest ein Anfangsverdacht strafbaren Handelns besteht und Eingriffsmaßnahmen im Ermittlungsverfahren gegen den Händler, insbesondere Durchsuchungen und Beschlagnahmen, in der Regel gerechtfertigt sein dürften.

Wie die Strafrechtspraxis im Übrigen künftig in der Handhabung des CBD-Marktes verfährt, bleibt abzuwarten. Die Herbeiführung insbesondere obergerichtlicher Rechtsprechung und deren Veröffentlichung ist dabei nur wünschenswert.

⁶⁴ Z.B. die Informationsseite d. BVL, https://www.bvl.bund.de/DE/Arbeitsbereiche/01_Lebensmittel/04_AntragstellerUnternehmen/13_FAQ/FAQ_Hanf_THC_CBD/FAQ_Cannabidiol_node.html (zuletzt abgerufen am 29.6.2020).

⁶⁵ S.o., III. 1. a. aa f.

⁶⁶ S.o., III. 1. a. aa.

⁶⁷ Eingehender hierzu *Kiefer*, ZLR 2020, 158 (161 f).

Zwölf Thesen zur geplanten Neuaufstellung der Verbandssanktionierung

von Dr. Alexander Baur, M.A. und
Dr. Philipp Maximilian Holle*

Abstract

Seit April ist das Gesetzgebungsverfahren zu einer im Koalitionsvertrag zwischen CDU/CSU und SPD vereinbarten Reform der Verbandssanktionierung mit der Vorlage des Referentenentwurfs eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität der Wirtschaft offiziell angestoßen. Die Wahrscheinlichkeit ist groß, dass der mittlerweile vorliegende Regierungsentwurf das nun anstehende parlamentarische Verfahren weitgehend unbeirrt passieren wird. Der nachfolgende Beitrag versucht, den vorliegenden Zwischenstand in mehreren Thesen einzuordnen und zu bewerten.

In April legislation was initiated to reform the law of sanctions for corporations. The governing parties had already agreed to do so in their coalition agreement. Thus, it is very likely that the bill titled „Act to promote integrity in business“ will pass into law without any significant alterations. The following contribution attempts to analyse and evaluate the proposed bill posing several theses.

I. Eine notwendige Antwort auf Defizite des bestehenden Rechts

Man wird über vieles streiten können – nicht aber darüber, dass das geltende Recht der Verbandssanktionierung mit seinem Kern in § 30 OWiG offensichtliche Schwachpunkte hat, sich an einigen Stellen wertungswidersprüchlich zeigt und deshalb reformbedürftig ist. Am einfachsten lässt sich das an der in § 30 Abs. 2 OWiG festgelegten Regelobergrenze einer Verbandsgeldbuße von fünf bzw. zehn Millionen Euro veranschaulichen. Eine angemessene Sanktionierung großer und finanzstarker Konzerne ist angesichts dieser niedrig gesetzten Obergrenze allenfalls über den Umweg einer Gewinnabschöpfung möglich (§ 30 Abs. 3 OWiG).¹ Vor diesem Hintergrund ist es wenig verwunderlich, dass schon heute ein Flickenteppich spezialgesetzlich geregelter und flexibler Sanktionsobergrenzen besteht (vgl. etwa § 81 Abs. 4 GWB und § 120 Abs. 17 bis 23 WpHG; Art. 83 Abs. 4 bis 6 DSGVO).

Als weiterer Schwachpunkt ist der für die Verfolgung und Sanktionierung von Verbandskriminalität derzeit geltende

Opportunitätsgrundsatz des Ordnungswidrigkeitenrechts auszumachen. Er führt nicht nur zu regionalen Unterschieden in der Verfolgungspraxis, sondern befördert auch unterschiedliche „Verfolgungsstile“ der jeweils zuständigen Behörden.² In Verbindung mit der problematischen Obergrenze des § 30 Abs. 2 OWiG führt dies am Ende zu einem kaum noch legitimierbaren Sanktionsgefälle: Während in einzelnen Rechtsbereichen betroffene Verbände selbst wegen kleinerer Ordnungswidrigkeiten recht lückenlos und mit einiger Härte geahndet werden, fällt die verbandsbezogene Sanktionierung auch schwererer Straftaten bisweilen entweder ganz unter den Tisch oder kann nur mit einer unangemessen geringen Ahndung beantwortet werden.³

Schließlich bleibt die derzeitige Rechtslage klare Antworten auf drängende Fragen schuldig, die sich bei der Aufarbeitung von verbandsbezogenen Gesetzesverletzungen stellen.⁴ Sie sorgt damit für Rechtsunsicherheit auf Seiten der Verfolgungsbehörden, der Verbände und ihrer Berater. Einen besonders neuralgischen Punkt bilden hierbei verbandsinterne Aufklärungsbemühungen. Sie sind häufig gesellschaftsrechtlich veranlasst oder folgen dem Diktat ausländischer Rechtsordnungen. Ihr Zusammenspiel mit behördlichen Ermittlungen ist im deutschen Recht wenig geklärt: Sind Organmitglieder und Mitarbeiter zur Mitwirkung an verbandsinternen Ermittlungen auch bei drohender Selbstbelastung verpflichtet? Und falls ja: Kann auf ihre Aussagen zugegriffen werden und können diese alsdann in einem gegen sie gerichteten Strafverfahren verwertet werden?⁵ Dürfen sich Verbände durch die Weitergabe selbstbelastender Informationen aus Mitarbeiterinterviews einen Sanktionsrabatt verdienen? Und sollten die Verfolgungsbehörden auf Arbeitsprodukte aus verbandsinternen Ermittlungen auch gegen den Willen des Verbands Zugriff nehmen können?⁶

Der Gesetzgeber tut also gut daran, neue Koordinaten in einem von Wertungswidersprüchen und Rechtsunsicherheiten durchzogenen Regelungsfeld zu setzen. Kritik blieb den Entwurfsverfassern gleichwohl nicht erspart;⁷ sie verhallte aber weitestgehend ungehört. Viel spricht

* Der Autor Baur ist Juniorprofessor für Strafrecht an der Universität Hamburg. Der Autor Holle ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Habilitand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht von Professor Dr. Jens Koch an der Universität Bonn.

¹ Vgl. auch Kubiciel/Gräbener, ZRP 2016, 137; Weigend/Hoven, ZRP 2018, 30.

² Vgl. auch Krems, ZIS 2015, 5 (6); Kubiciel/Gräbener, ZRP 2016, 137; Weigend/Hoven, ZRP 2018, 30 f.

³ Letzteres zeigte jüngst eindrücklich der Fall der Volkswagen Aktiengesellschaft. Von der im Zusammenhang mit dem Diesel-Skandal verhängten Geldbuße in Höhe von einer Milliarde Euro entfielen gerade einmal fünf Millionen Euro auf den Ahndungsanteil; der Abschöpfungsteil der Verbandsgeldbuße wurde auf 995 Mio. Euro festgesetzt.

⁴ Vgl. Baur/Holle, ZRP 2019, 186.

⁵ Vgl. hierzu mit weiteren Nachweisen und den diskutierten Lösungsansätzen Greco/Caracas, NSTZ 2015, 7 ff.

⁶ Vertiefend etwa Baur, NZG 2019, 1094 (1094 ff.).

⁷ Vgl. etwa aus jüngerer Zeit Kainer/Feinauer, NZA 2020, 363 ff. sowie mit berechtigter Grundsatzkritik Rostalski, NJW 2020, 2087 ff.

deswegen dafür, dass der vorliegende und politisch offensichtlich umfassend vorabgestimmte Entwurf ohne wesentliche Änderungen auch das parlamentarische Verfahren passieren wird. Im Folgenden wird versucht, das voraussichtlich 2021 mit einer zweijährigen Übergangsfrist (vgl. Art. 15 RegE) in Kraft tretende neue Recht der Verbandssanktionierung in zwölf Thesen einzuordnen und dabei dessen Stärken und Schwächen sowie die voraussichtlichen Folgen für die Praxis aufzuzeigen. Dabei offenbart sich, dass die geplante Neuaufstellung der Verbandssanktionierung einen wichtigen Schritt in die richtige Richtung macht, den bestehenden Unzulänglichkeiten des geltenden Rechts aber nicht immer beherzt entgegentritt, vereinzelt neue Wertungswidersprüche provoziert und vor dem Blick über den sanktionsrechtlichen Tellerand leider allzu oft zurückscheut.

II. Thesen zum Regierungsentwurf

1. Grundausrichtung des Entwurfs

These 1: Bei den vorgeschlagenen Neuregelungen des VerSanG-RegE handelt es sich der Sache nach um Strafrecht. Die Selbsteinordnung als eine zusätzliche Sanktionsspur neben dem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht führt deswegen in die Irre und hat dogmatische Unklarheiten sowie wertungsmäßige Verspannungen zur Folge.

Der Regierungsentwurf möchte mit einem neuen Stammgesetz (VerSanG) eine „eigenständige Sanktionsart“ schaffen, die vom Strafrecht und dem Ordnungswidrigkeitenrecht zu unterscheiden sein soll.⁸ Die vorgeschlagene Neuaufstellung der Verbandssanktionierung trägt allerdings unverkennbar strafrechtliche Züge. So entlehnt der Entwurf die einzelnen Sanktionsinstrumente dem Strafrecht und überträgt zudem das Verfahrenssystem der StPO ohne wesentliche Abstriche auf Verbände. Zuständig für die Verfolgung und Sanktionierung sind Staatsanwaltschaften und Strafgerichte (vgl. Art. 2 RegE). Die Übertragung strafrechtlicher Regelungen setzt sich bis ins Registerrecht (§§ 54 ff. VerSanG-RegE) fort, das weitgehend in Anlehnung an das BZRG ausgestaltet wird. Der Entwurf verfolgt – strukturtypisch für eine strafrechtliche Regelung – zudem keineswegs nur präventive Ziele, wie es seine Betitelung (vormals: „Gesetz zur Bekämpfung von Unternehmenskriminalität“; nunmehr positiv gewendet: „Gesetz zur Stärkung der Integrität der Wirtschaft“) nahelegen mag, sondern ist systematisch mit repressiven und unrechtsausgleichenden Elementen durchsetzt. Offenbar ist in diesem Zusammenhang etwa § 12 VerSanG-RegE, der im Falle einer vorbehaltenen Verbandsgeldsanktion Auflagen „zur Genugtuung für das durch die Verbandstat begangene Unrecht“ ermöglicht.

⁸ Vgl. dazu Begr. RegE eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft, S. 56 f.

⁹ Vgl. dazu aber Begr. RegE eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft, S. 71, wo der Übergang zu einem Unternehmensstrafrecht in Aussicht gestellt wird.

¹⁰ Zu den diesbezüglichen Voraussetzungen der §§ 258 f. StGB vgl. anstelle vieler Cramer, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 258 Rn. 6.

Wodurch sich ein „echtes Unternehmensstrafrecht“ von den vorgeschlagenen Sanktionen-, Verfahrens- und Registerregelungen noch abheben könnte, ist nicht ersichtlich.⁹ Sofern der Regelungsentwurf diesbezüglich nicht bloß eine symbolische Schärfung im Blick hat, bleibt eigentlich nur noch der Verweis auf §§ 258 f. StGB: Die Verhinderung oder Erschwerung einer Sanktionierung des Verbands erfüllt derzeit wohl nicht den Tatbestand der Strafvereitelung. Insoweit dürfte es an der Vereitelung einer dem Strafgesetz gemäßen Sanktion fehlen (§ 258 Abs. 1 StGB).¹⁰

Die Schaffung einer gesonderten, aber durch und durch strafrechtsanalog gestalteten Sanktionsspur für Verbände führt zu dogmatischen Unklarheiten und wertungsmäßigen Verspannungen. Im Dunkeln bleibt bereits die Geltung strafrechtlicher Verfassungsgarantien. Für reines Präventions- oder Ordnungsrecht gelten diese nämlich nicht oder allenfalls eingeschränkt.¹¹ Zu nicht unerheblichen systematischen Verwerfungen führt ferner die zerfaserte Abkantung zum fortbestehenden Verbandsordnungswidrigkeitenrecht (§ 30 OWiG). Letzteres erlaubt nämlich vielfach gleichlaufende Sanktionen, deren Höhe und Intensität teilweise sogar über das im VerSanG-RegE vorgeschlagene Instrumentarium hinausgehen.¹² Der Unterschied zwischen Verbandsordnungswidrigkeiten und Verbandstaten im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 3 VerSanG-RegE verengt sich damit beinahe ausschließlich auf die umfassende Geltung des Opportunitätsprinzips einerseits und die des Legalitätsprinzips andererseits. Aber selbst dieser Unterschied egalisiert sich schon angesichts der Tatsache, dass auch im VerSanG-RegE zahlreiche Opportunitätsausnahmen (vgl. §§ 35 ff. VerSanG-RegE) geregelt sind.

These 2: Der Entwurf sorgt für mehr Transparenz in der Sanktionierung und stärkt zugleich die Rechte der Geschädigten. Der Schutz der Geschädigten hätte aber weiter ausgebaut und noch konsequenter verfolgt werden können.

In Abkehr von der bisherigen Praxis zu § 30 OWiG trennt der vorgelegte Entwurf sowohl für das geplante VerSanG, aber auch für das Ordnungswidrigkeitenrecht die Ahndung der Verbandstat von der Abschöpfung der durch diese erzielten Gewinne. Letztere wird künftig dem jüngst reformierten Recht der Einziehung überantwortet (vgl. Art. 8, 9 RegE). Dies führt unzweifelhaft zu einem Mehr an Transparenz in der Sanktionszumessung. Die Auftrennung von Ahndung und Abschöpfung stärkt zudem die Position derer, die durch eine Verbandstat einen Schaden

¹¹ Vgl. dazu im Überblick Hecker, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 2 Rn. 39 ff. m.w.N. sowie jüngst zur Einziehung den Vorlagebeschluss des 3. Senats BGH, NJW 2019, 1891 ff. m. Anm. Trüg.

¹² So liegt etwa die umsatzbezogene Höchstgrenze für einzelne Verstöße nach dem WpHG nicht nur bei zehn, sondern bei 15 Prozent des Konzernumsatzes (§ 120 Abs. 18 Satz 2 Nr. 1 WpHG). Die Veröffentlichung von Behördenentscheidungen ist ebenfalls vielfach spezialgesetzlich für ordnungswidrigkeitenrechtliche Behördenentscheidungen vorgesehen und ist bisweilen sogar unabhängig von der Rechtskraft der Entscheidung zulässig (vgl. etwa § 125 WpHG).

erlitten haben. Diese profitieren künftig von der Auskehrung eingezogener Taterträge (§ 73b Abs. 1 Satz 2 StGB-RegE; §§ 459h ff. StPO).

Ausweislich der Gesetzesbegründung soll auch die in § 14 VerSanG-RegE vorgesehene öffentliche Bekanntmachung der Verurteilung zuvorderst der Information der Geschädigten und der Durchsetzung ihrer (Schadenersatz-)Rechte dienen.¹³ Warum die Bekanntmachung bei der Verhängung einer Verbandssanktion im Sanktionsbescheid nicht zulässig sein soll (vgl. § 50 Abs. 2 VerSanG-RegE), erschließt sich dann allerdings nicht: Gerade beim nichtöffentlichen Abschluss des Verfahrens wäre eine Information der Geschädigten über das Sanktionsverfahren und dessen Ausgang besonders drängend. Durch den Verzicht auf eine Veröffentlichung kann freilich auf die betroffenen Verbände ein zusätzlicher Druck aufgebaut werden, von einem Einspruch abzusehen (§ 50 Abs. 4 VerSanG-RegE i.V.m. § 410 StPO).

§ 51 Abs. 2 VerSanG-RegE erklärt schließlich auch die Verletztenrechte der §§ 395-406l StPO für das Verfahren gegen einen Verband für weitgehend anwendbar. Zumindest soweit mit der Nebenklage auch den Genugtungsinteressen der Tatopfer gedient sein soll,¹⁴ stellt sich die Frage, ob ein solches nebenklagetypisches Genugtungsinteresse gegenüber einem Verband überhaupt bestehen kann. Stimmiger fügt sich das Adhäsionsverfahren ein, das allerdings bei komplexen Sachverhalten und einer Vielzahl von Geschädigten rasch das Potential haben wird, das Sanktionsverfahren zu überlasten. Zu einem weitergehenden und möglicherweise gerade bei massenhaften Schadenersatzansprüchen praktikableren Schutz der Geschädigten durch eine verbindliche Feststellung des Sachverhalts nach dem Vorbild des § 33b GWB konnten sich die Entwurfsverfasser offensichtlich nicht durchringen.¹⁵

2. Materiellrechtliche Vorgaben des Entwurfs

These 3: Die Beschränkung auf wirtschaftlich ausgerichtete Verbände („Unternehmen“) ist nicht zweckmäßig.

In Abweichung zum im August des vergangenen Jahres inoffiziell vorgelegten Referentenentwurf adressiert der vorliegende Regierungsentwurf nur noch solche Verbände, deren Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist (§ 1 VerSanG-RegE). Verbände, die dieses Merkmal nicht erfüllen, sollen weiterhin nur nach

dem – offensichtlich als milder eingeschätzten – Ordnungswidrigkeitenrecht (§ 30 OWiG) belangt werden können.

In der Sache begründet der Gesetzentwurf dies in Anlehnung an umweltorientierte Kriminalitätstheorien der Kriminologie:¹⁶ Ein wirtschaftliches Umfeld wirke mit seiner Gewinnerorientierung und seinem Wettbewerbsdruck kriminogen, weshalb hier Fehlanreize besonders gegenzusteuern sei.¹⁷ Dies ist freilich eine kriminologisch keineswegs unstrittige Annahme¹⁸ und bleibt in den knappen Begründungszusammenhängen des vorliegenden Entwurfs eine bloße Behauptung. Die Erfahrung zeigt zudem, dass auch vordergründig nicht gewinnorientierte Verbände relevante Marktteilnehmer sein und eine Organisationsgröße erreichen können,¹⁹ die sie in gleicher Weise anfällig für Straftaten macht.²⁰ Insbesondere die starren Sanktionsobergrenzen des § 30 OWiG können auch hier rasch an ihre (kriminalpräventive) Grenze geraten, zumal dann, wenn eine ergänzende Abschöpfung künftig ausgeschlossen ist. Nicht gewinnorientierte Verbände von vornherein auszunehmen, ist schließlich auch deswegen problematisch, weil dadurch ein Anreiz für die Wahl solcher Rechtsformen gesetzt wird, die das Sanktionsrisiko (vermeintlich) verringern.²¹

Soweit die Ausklammerung nicht gewinnorientierter Verbände darüber hinaus von der Befürchtung getragen sein sollte, dass diese andernfalls überlastet werden könnten,²² verfährt auch das im Ergebnis nicht. Das Gegenteil ist richtig: Zum einen kann der drohenden Überlastung nicht gewinnorientierter Verbände ohne Weiteres durch Augenmaß bei der Einzelfallsanktionierung entgegengetreten werden. Zum anderen sprechen die wohlverstandenen Interessen nicht wirtschaftlicher Verbände sogar für deren Einbeziehung. Denn das geplante VerSanG kennt, anders als das Ordnungswidrigkeitenrecht mit § 30 nicht nur die Sanktionierung eines Verbands durch die Auferlegung einer finanziellen Belastung, sondern sieht gleich an mehreren Stellen alternativ dazu spezialpräventive Weisungen (§§ 13, 36 VerSanG-RegE) vor. Verständig erteilte Weisungen können auch und gerade bei nicht wirtschaftlich ausgerichteten und oftmals nicht professionell geführten Verbänden ein kriminalpräventiv hochwirksames und zugleich knappe finanzielle Ressourcen schonendes Instrument der Sanktionierung sein.

These 4: Es ist sachgerecht, dass der Entwurf keine bestimmten Compliance-Maßnahmen auflistet; auch bei untergesetzlichen Regelungen ist Zurückhaltung zu wahren.

¹³ Vgl. Begr. RegE eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft, S. 57 f., 90 f.

¹⁴ Grundlegend *BGH*, NJW 1979, 1310; vgl. dazu auch *Valerius*, in: *MüKo-StPO*, 2019, § 395 Rn. 4.

¹⁵ Unklar bleibt, in welchem Umfang auch Verbände ihrerseits Verletztenrechte beanspruchen können. Die Frage stellt sich insbesondere für eine Nebenklagebefugnis des Verbands; vgl. dazu *Berndt/Theile*, Unternehmensstrafrecht und Unternehmensverteidigung, 2016, Rn. 617 ff.

¹⁶ Vgl. mit Blick auf das Corporate Crime zusammenfassend *Bergmann*, *MSchKrim* 99 (2016), 3 (11) m.w.N.

¹⁷ Vgl. Begr. RegE eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft, S. 72.

¹⁸ Zur Wirksamkeit von theoriebasierten Präventionsstrategien vgl. *Kölbel*, *MSchKrim* 100 (2017), 430 ff. sowie *Schell-Buesey/Simpson/Rorie/Alper*, *Criminology & Public Policy*, 2016, S. 387 ff.

¹⁹ Vgl. dazu auch Begr. RegE eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft, S. 52.

²⁰ Zu denken ist etwa an Großvereine wie den Deutschen Fußball-Bund e.V. (DFB) oder den Allgemeinen Deutschen Automobil-Club e.V. (ADAC).

²¹ Vgl. mit Blick auf § 299 StGB *Pieth/Zerbes*, *ZIS* 2016, 619 (623).

²² Vgl. in diese Richtung Begr. RegE eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft, S. 72.

Richtigerweise ist es Sache der Rechtsanwendung, im Einzelfall sachgerechte Anforderungen an die Organisation der Compliance zu stellen. Dabei sind Ermessensspielräume bei der verbandsbezogenen Kriminalprävention zu achten.

Der schillernde, aber rechtlich konturenlose Begriff „Compliance“ spielt im vorliegenden Regelungsentwurf eine herausgehobene Rolle: Sofern die Straftaten nicht von Personen begangen werden, die in der Verbandshierarchie weit oben stehen, können Compliance-Bemühungen bereits die Verbandsverantwortlichkeit als solche ausschließen (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-RegE). In jedem Fall aber können sie dazu führen, dass von der Verfolgung einer Verbandstat aus Opportunitätsgründen entweder ganz abgesehen wird (§ 35 Abs. 1 VerSanG-RegE) oder die Sanktion milder ausfällt (vgl. unter anderem § 15 Abs. 3 Nr. 6 und 7 VerSanG-RegE).

Vor diesem Hintergrund ist es auf den ersten Blick unmittelbar eingängig, wenn insbesondere aus Unternehmenskreisen unter Verweis auf die Gebote der Rechtssicherheit detaillierte gesetzliche Vorgaben oder zumindest anderweitige Hinweise zur pflichtgemäßen Ausgestaltung einer Compliance-Organisation gefordert werden. Davon ist richtigerweise aber gleich aus mehreren Gründen dringend abzuraten: Erstens könnten kaum allgemeingültige Compliance-Erwartungen für sämtliche Verbände im Regelungsbereich des künftigen VerSanG formuliert werden. Zweitens müssen selbst solche Compliance-Maßnahmen, die sich mittlerweile als Standard weitgehend durchgesetzt haben – etwa Hinweisgebersysteme – nicht für sämtliche Verbände gleichermaßen ein sinnvolles und deswegen obligatorisches Element ihrer Compliance-Organisation sein;²³ abstrakt-generelle Vorgaben beförderten an dieser Stelle zusätzlich die heute schon verbreitete Fehlvorstellung eines „One-Size-Fits-All“. In engem Zusammenhang damit steht ein dritter Punkt: Würde durch die (beispielhafte) Hervorhebung einzelner Compliance-Maßnahmen ein Standard formuliert und eine vermeintliche *Best Practice* definiert, führte dies am Ende dazu, dass alle Unternehmen die aufgeführten Compliance-Maßnahmen vorhalten, selbst wenn diese angesichts des Risikoprofils des jeweiligen Unternehmens nur geringe oder keine kriminalpräventive Wirksamkeit versprechen. Durch ausbuchstabierte Compliance-Vorgaben beförderte man so zusätzlich die standardmäßige Umsetzung auch solcher Maßnahmen, die allein durch erhoffte Sanktionsvergünstigungen im Falle einer entdeckten Verbandstat motiviert sind. Ein solches „*Window Dressing*“ führte nicht nur zur (kostenintensiven) Umsetzung im Einzelfall kriminalpräventiv wirkungsloser Compliance-Maßnahmen und wäre volkswirtschaftlich problematisch. Ein nicht mit echtem *Commitment* hinterlegter Compliance-Formalismus hätte auch das Zeug dafür, die Wirkungen verbandsinterner Kriminalprävention insgesamt zu

schmälern. Die genannten Effekte wären auch zu befürchten, würden (unverbindliche) Compliance-Hinweise etwa in der Gesetzesbegründung erteilt oder in untergesetzlichen Compliance-Standards definiert – etwa in Richtlinien für das Strafverfahren (RiStBV). Auch davon ist deswegen abzuraten.

Die ohne Zweifel entstehenden Rechtsunsicherheiten dürfen jedoch nicht einseitig zulasten der Verbände gehen, sondern müssen richtigerweise über eine entsprechende Verfolgungs- und Sanktionierungspraxis aufgefangen werden. Insbesondere die zu erwartende (höchstrichterliche) Rechtsprechung zum VerSanG muss daher die bei der Ausgestaltung der Compliance-Organisation eingeräumten Handlungsspielräume der Leitungsorgane²⁴ wahren. Sie muss strikt *ex ante* bewerten, ob die Compliance-Organisation angemessen ausgestaltet und umgesetzt worden ist, und darf nicht im Nachhinein und in Anbetracht der Verbandstat Organisationsdefizite ausmachen und Compliance-Anforderungen formulieren (sog. Rückschaufehler).²⁵ Dabei wird es die Sanktionierungspraxis vor eine besondere Herausforderung stellen, dass sie künftig nicht nur die theoretische Konzeption der Compliance-Maßnahmen, sondern auch deren praktische Umsetzung, Ernsthaftigkeit und tatsächliche kriminalpräventive Wirksamkeit im Einzelfall prüfen muss. Letzteres ist kein unproblematisches Unterfangen und dürfte regelmäßig zu einer Frage für Sachverständige werden.

These 5: Eine klare Regelung zu einer sanktionsbefreienden oder zumindest erheblich sanktionsmindernden Selbstanzeigemöglichkeit für Verbände wäre wünschenswert gewesen. Bleibt es bei den vorgesehenen Regelungen, sind Selbstanzeigen des Verbands als besonders frühzeitige und umfassende Form der Kooperation im Rahmen der gesetzlichen Möglichkeiten sanktionsmildernd zu berücksichtigen.

Die Kooperation mit den Verfolgungsbehörden in der Aufklärungsphase, also nachdem diese bereits Kenntnis einer Verbandstat erlangt haben, soll die Verbandssanktion mildern (§ 17 Abs. 1 VerSanG-RegE). Eine – weniger weitreichende – Vergünstigung für die Offenbarung einer bis dahin nur intern bekannten Verbandstat sieht der Gesetzentwurf nur in den allgemeinen Bemessungsgrundsätzen des § 15 Abs. 3 Nr. 7 VerSanG-RegE („*Bemühen des Verbands, die Verbandstat aufzudecken*“) vor.

Aus kriminalpräventiver Sicht ist die verlässliche Honorierung der Selbstanzeige einer Verbandstat wünschenswert. Sie leistet einen wichtigen Beitrag für die soziale Kontrolle nach außen abgeschotteter und bisweilen wenig transparenter Verbandsorganisationen. Denn man setzt dadurch einen Anreiz, dass Verbände fortlaufend und ernsthaft nach möglichen Rechtsverstößen in ihrer Sphäre suchen, diese offenlegen und so nicht zuletzt eine Sanktionierung der verantwortlichen Individuen ermöglichen.

²³ Vgl. dazu schon Baur/Holle, AG 2017, 379 (380 ff.).

²⁴ Zu den Handlungsspielräumen der Leitungsorgane in Bezug auf die Organisation der Compliance statt aller Holle, Legalitätskontrolle im Kapitalgesellschafts- und Konzernrecht, 2014, S. 61 und Koch, in: Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. (2020), § 76 Rn. 13 ff. jeweils m.w.N.

²⁵ Zum Rückschaufehler aus strafrechtlicher Sicht vgl. etwa Lindemann, RW 2019, 137 ff.; aus gesellschaftsrechtlicher Sicht vgl. Ott/Klein, AG 2017, 209 ff.

Angesichts der Unrechtsverstrickungen und Mitwisserstrukturen typischer verbandsbezogener Straftaten, die eine Aufdeckung von außen meist wenig wahrscheinlich machen, kann dadurch ein wichtiger zusätzlicher Überwachungsdruck aufgebaut und ein kriminologisch gut bestätigter Präventionseffekt erzielt werden.²⁶ Auch unter dogmatischen Gesichtspunkten spricht wenig gegen eine weitreichende Sanktionsvergünstigung infolge einer Selbstanzeige. Rechtstatsächlich hat sich die sanktionsbefreiende Selbstanzeige jedenfalls bei der kartellrechtlichen Verbandssanktionierung bewährt (sogenannte „Bonusregelung“);²⁷ im Individualstrafrecht findet sie eine Entsprechung unter anderem in § 371 AO.

Vor allem aus der Sicht kleinerer Verbände mit überschaubaren Organisationsstrukturen ist das Fehlen einer eigenständigen strafbefreienden oder wenigstens erheblich sanktionsmildernden Selbstanzeigemöglichkeit zu bedauern. Anders als größere Verbände mit weit verzweigten Organisationsstrukturen dürften diese nämlich kaum imstande sein, sich auf der nachgelagerten Ebene verbandsinterner Ermittlungen die Milderung des § 17 VerSanG-RegE zu verdienen, weil allzu häufig der relevante Sachverhalt bereits zu diesem Zeitpunkt weitgehend offen liegen wird. Vor diesem Hintergrund bliebe zu hoffen, dass sich zumindest in der künftigen Sanktionierungspraxis die Auffassung durchsetzen wird, wonach eine Selbstanzeige über den Hebel des § 15 Abs. 3 Nr. 7 VerSanG-RegE eine deutlich spürbare Sanktionsmilderung begründet oder regelmäßig sogar zur (folgenlosen) Einstellung des Verfahrens (§§ 35, 36 VerSanG-RegE) führt.

3. Verfahrensrechtliche Vorgaben des Entwurfs

These 6: Der Trennungsgrundsatz zwischen Aufklärung und Verbandsverteidigung ist sachgerecht und dient nicht nur den Belangen einer effektiven Rechtspflege, sondern auch den Interessen von Unternehmen, Organ- und Unternehmensberatern sowie Unternehmensverteidigern. Ein striktes Kooperationsverbot ginge aber zu weit.

Der vorgelegte Entwurf sieht eine Milderung der zu verhängenden Verbandssanktion für den Fall vor, dass der Verband bei der Aufklärung des Verdachts einer Verbandstat mit den Verfolgungsbehörden kooperiert und diesen selbst oder durch einen beauftragten Dritten intern untersucht (§§ 17, 41 VerSanG-RegE). Die Milderung soll davon abhängig sein, dass die Aufklärung nicht vom Verteidiger des Verbands oder eines Beschuldigten, dessen Verbandstat dem Sanktionsverfahren zugrunde liegt, durchgeführt wird (§ 17 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-RegE). Dieser Trennungsgrundsatz geht ausweislich der Gesetzesbegründung so weit, dass ein Verbands- oder Beschul-

digtenverteidiger keinen Zugriff auf Erkenntnisse der verbandsinternen Untersuchung haben darf; werden Verteidigung und interne Untersuchung von ein und derselben (Groß-)Kanzlei durchgeführt, soll eine „Chinese Wall“ zwischen den jeweiligen Berufsträgern einzurichten sein.²⁸ Der Verband und seine Berater erhalten Kenntnis von den Ergebnissen der internen Untersuchung im Sinne des § 17 VerSanG-RegE mithin nur nach den Regelungen zum Akteneinsichtsrecht, möglicherweise also erst nach dem Abschluss der internen Untersuchung und gegebenenfalls ergänzender staatsanwaltschaftlicher Ermittlungen (§ 147 Abs. 1 Satz 1 StPO).

Dieser vielfach kritisierte Trennungsgrundsatz ist aus Sicht aller Beteiligten interessengerecht. Grundsätzlich festzuhalten ist zunächst einmal, dass auch die Aufklärung einer Verbandstat keineswegs ein objektives Geschäft und ein interessenfreier Prozess ist, sondern von rechtlichen Vorannahmen, strategischen Zielen und Sachverhaltshypothesen gelenkt wird. Aus diesem Grund kann bereits die Rekonstruktion eines Sachverhalts und nicht erst dessen rechtliche Bewertung zu Interessenkonflikten führen. Soll die verbandsinterne Untersuchung die staatliche Ermittlungsarbeit weitgehend ersetzen und ist eine Ergänzung und insbesondere eine umfassende Nachprüfung verbandsinterner Ermittlungsergebnisse weder vorgesehen noch zu leisten, ist eine weitgehende Unabhängigkeit des Untersuchungsführers geboten. Eine auch nur teilweise – und völlig legitime – Verpflichtung auf die Interessen des Verbands verträge sich trotz aller (berufs-)rechtlichen Bindungen von Verteidigern und Rechtsberatern nicht mit der objektiven Grundausrichtung der in § 17 VerSanG-RegE vorgesehenen verbandsinternen Untersuchung.

Auch aus Sicht des Verbands, seiner Verantwortlichen, seiner Rechtsberater und Verteidiger ist die Trennung angemessen. Denn selbst ohne die in § 17 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-RegE niedergelegten Vorgaben wäre es Rechtsberatern und Verteidigern nahezulegen, zur Vermeidung von Interessens- und Rollenkonflikten ihre Tätigkeit im Verbands- oder Beschuldigteninteresse von der verbandsinternen Untersuchung im staatlichen Aufklärungsinteresse abzusondern. Dies gilt nicht nur im Angesicht der – im Einzelfall zweifellos im Widerspruch zum Unternehmenswohl stehenden – Pflicht zur (gezielten) Suche nach und Weitergabe von belastenden Informationen an die Verfolgungsbehörden; auch entlastende Informationen bis hin zur abschließenden Verneinung eines (hinreichenden) Tatverdachts werden nur dann die gewünschte Verbindlichkeit entfalten, wenn sie nicht im Ruch stehen, das Ergebnis einer von bestimmten Interessen gelenkten, selektiven Aufklärungsarbeit zu sein.

²⁶ Vgl. Paternoster/Bachmann, in: The Oxford Handbook of Criminological Theory, 2015, S. 649, 659 ff.

²⁷ Vgl. dazu etwa Biermann, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Auflage (2020), § 81 GWB Rn. 602: „Aus rein pragmatischer Sicht ist festzustellen, dass Bonusregelungen jedenfalls im Kartellordnungswidrigkeitenrecht maßgeblich zur Ent- und Aufdeckung von Kartellabsprachen, die den Wettbewerbsbehörden zuvor unbekannt waren, beigetragen haben.“

²⁸ Vgl. Begr. RegE eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft, S. 99.

Zu weit geht hingegen das im Entwurf anklingende strikte Kooperationsverbot zwischen verbandsinternen Ermittlern einerseits und dem Verband und seinen Rechtsberatern andererseits. Hier scheint die Befürchtung zu bestehen, dass die Effektivität der Verfolgung durch einen verfrühten Informationsaustausch gefährdet werden könnte. Das mag ein Stück weit nachvollziehbar sein; allerdings sorgt das Kooperationsverbot nicht nur für erheblichen Mehraufwand, weil das Unternehmen selbstverständlich weiterhin berechtigt und sogar verpflichtet ist, den Sachverhalt im Eigeninteresse aufzuklären.²⁹ Die daraus resultierenden Parallelermittlungen können auch die Aufklärung gefährden, indem beispielsweise über die Zeit Zeugenaussagen durch Mehrfachvernehmungen beeinflusst werden.³⁰ Im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum geht man daher zu Recht davon aus, dass bei der Aufklärungsarbeit zwischen den einzelnen Organen einer Gesellschaft kooperiert werden darf.³¹ Es sollte daher – durchaus in vager Anlehnung an § 147 Abs. 2 Satz 2 StPO – eine regelmäßige Teilhabe an den Zwischenergebnissen der verbandsinternen Ermittlung gewährt werden. Dies gilt vor allem bei komplexen Sachverhalten und einer damit verbundenen langen Ermittlungsdauer. Praktikabel scheint es, dem unabhängigen Aufklärer das Recht einzuräumen, den Verband und seine Rechtsberater regelmäßig und in eigener Verantwortung über bestimmte Ermittlungsergebnisse zu informieren, wenn dadurch aus seiner Sicht der Untersuchungszweck nicht gefährdet wird. Soweit das staatliche Aufklärungsinteresse nicht beeinträchtigt wird, spricht auch nichts dagegen, wenn der nach § 17 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG beauftragte Aufklärer für den Verband erforderliche Zusatzinformationen miterhebt.

These 7: Bei internen Untersuchungen durch den Verband wäre eine klare gesetzliche Regelung zur Selbstbelastungsfreiheit wünschenswert gewesen; das gewählte „Anreizmodell“ des § 17 Abs. 1 Nr. 5 VerSanG ist halbherzig und greift aus Sicht der betroffenen Organwalter und Mitarbeiter zu kurz.

Der vorgelegte Entwurf regelt die Frage nach der Selbstbelastungsfreiheit von Organwaltern und Verbandsmitgliedern nicht. Er macht es aber zur Voraussetzung einer sanktionsmildernden Berücksichtigung der verbandsinternen Untersuchung, dass Verbände ihren Mitarbeitern ein – zivilrechtlich nicht bestehendes³² – Recht zur Aussage- bzw. Zeugnisverweigerung (freiwillig) einräumen.

Die Interessenskonflikte zwischen einer effektiven Rechtspflege und einer zielgerichteten Aufklärung zu Verbandszwecken (Abstellen des Verstoßes, Anpassung der Compliance-Organisation, Personalmaßnahmen, Prüfung von Schadenersatzansprüchen) einerseits sowie den

Belangen der verantwortlich handelnden Gesellschaftsorgane und Verbandsmitarbeiter andererseits sind nicht einfach aufzulösen.³³ Sachgerecht ist es zunächst einmal, dass die Interessen des Verbands zurücktreten, wenn er sich durch eine verbandsinterne Untersuchung im Sinne des § 17 VerSanG-RegE zum Zuarbeiter der staatlichen Rechtspflege macht. Zu bedenken ist jedoch auch, dass Verbände unabhängig von einer Kooperationsvereinbarung mit den Verfolgungsbehörden verpflichtet sind, einen bestehenden Verdacht rechtswidrigen Verhaltens intern aufzuarbeiten.³⁴ Die im Zuge einer gesellschaftsrechtlich veranlassten Aufklärung erlangten Informationen sind gegen eine Kenntnismahme durch die Strafverfolgungsbehörden nicht vollumfänglich geschützt (vgl. dazu die vorgeschlagenen Klarstellungen in § 97 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 sowie § 160a Abs. 5 StPO-RegE).³⁵ Insofern drohen vor allem bei nicht kooperierenden Verbänden die prozessualen Schutzrechte natürlicher Personen systematisch verkürzt zu werden. Letzteres ist auch deswegen bedenklich, weil das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit keineswegs nur die Grundrechte der Betroffenen im Blick hat, sondern auch der Wahrheitsfindung dienen soll: Es gibt gute Gründe dafür, rechtliche Entscheidungen von erzwungenen Falschaussagen freizuhalten.³⁶

Möchte man nicht ein grundsätzliches Aussage- und Zeugnisverweigerungsrecht bei verbandsinternen Untersuchungen gesetzlich verankern und es bei den geltenden zivilrechtlichen Grundsätzen belassen, spricht deswegen viel dafür, dass eine belastende Aussage zwar gegen den Verband, nicht aber im Strafverfahren gegen die jeweils betroffene natürliche Person verwertet werden darf. Es ist zwar richtig, dass damit die Avancen einer effektiven Strafrechtspflege in ihre Schranken gewiesen werden.³⁷ Das ist an dieser Stelle aber die Folge rechtsstaatlicher Verfahrensbindungen. Hinzukommt, dass mit einer Aussagepflicht gegenüber dem Verband bei gleichzeitiger Einschränkung der strafprozessualen Verwertbarkeit der Aussage ein guter Weg gefunden sein könnte, das Interesse des Verbands an rückhaltloser Aufklärung zu schützen: So kann der Verband beispielsweise unrechtsverstrickten Mitarbeitern zusagen, auch bei Offenlegung selbstbelastender Informationen nicht gegen sie vorzugehen, um so im Verbandsinteresse wahrheitsgemäße Aussagen zu erlangen. Die Wirksamkeit solcher Amnestieregelungen bricht in sich zusammen, wenn zu befürchten ist, dass erhobene Informationen infolge einer Beschlagnahme zur unmittelbaren Grundlage der individualstrafrechtlichen Verfolgung werden können.

²⁹ Vgl. zu den gesellschaftsrechtlichen Aufarbeitungsmechanismen Baur/Holle/Reiling, JZ 2019, 1025 (1027 f.) m.w.N.; ferner Holle, ZHR 182 (2018), 569 ff.

³⁰ Vgl. dazu Baur, NZG 2018, 1092 (1096); zu weiteren möglichen Friktionen vgl. ferner Gesellschaftsrechtliche Vereinigung (VGR), AG 2020, Heft 16 (im Erscheinen).

³¹ Eingehend etwa Fleischer, in: Spindler/Stilz, BeckOGK (Stand: 15.01.2020), § 91 Rn. 73 m.w.N.

³² Vgl. dazu etwa Herrmann/Zeidler, NZA 2018, 1499 (1501); Schrader/Thoms/Mahler, NZA 2018, 965 (968 ff.) jeweils m.w.N.

³³ Vgl. schon Baur, NZG 2018, 1092 (1096 f.); Baur/Holle, ZRP 2019, 186 (188).

³⁴ Vgl. zu den gesellschaftsrechtlichen Aufarbeitungsmechanismen abermals Baur/Holle/Reiling, JZ 2019, 1025 (1027 f.) m.w.N.

³⁵ Vgl. Begr. RegE eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft, S. 137 f.

³⁶ Dazu auch Begr. RegE eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft, S. 101.

³⁷ So die Begründung der ablehnenden Haltung in Begr. RegE eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft, S. 102.

These 8: Die Sonderrolle des Kartellrechts ist sachlich nicht begründbar.

Für die Verfolgung und Sanktionierung verbandsbezogener Straftaten sind künftig Staatsanwaltschaften und Strafgerichte (vgl. § 23 VerSanG-RegE, Art. 2 RegE) zuständig. Eine Bereichsausnahme soll für das Kartellrecht gelten: Nach § 42 Abs. 3 VerSanG-RegE hat die Staatsanwaltschaft von der verbandsbezogenen Verfolgung einer Kartellstraftat – zu denken ist vor allem an § 298 StGB – abzusehen, wenn eine Kartellbehörde die Tat ordnungswidrigkeitenrechtlich verfolgt oder das Verfahren einstellt. Der vorgelegte Entwurf hält damit an der bestehenden Regelung des § 82 GWB fest. Begründet wird dies unter anderem mit der besonderen Kompetenz und Sachnähe der Kartellbehörden in der Kartellbekämpfung.³⁸

Für eine reformierte Verbandssanktionierung, die mit ihren Neuregelungen für eine effektive und rechtsstaatliche Kriminalprävention eintreten will, ist eine solche Selbstbeschränkung bei der Kartellverfolgung ein Schwächeausweis, der sachlich nicht zu begründen und unter rechtlichen Gesichtspunkten kaum nachvollziehbar ist. Dies gilt vor allem auch deshalb, weil das geplante VerSanG umfangreiche Verfahrensrechte einräumt und trittsichere Möglichkeiten zur Sanktionsminderung vorsieht. Die Gewährung von Verfahrensrechten und die Auswahl der Sanktionsinstrumente von behördlichen Ermessenentscheidungen abhängig machen zu wollen, rückte die gesetzlichen Regelungen bedenklich an die Willkürgrenze. Besser schiene ein Kooperationsmodell, das eine enge Abstimmung zwischen Staatsanwaltschaften und Kartellämtern einfordert, so wie es etwa im Kapitalmarktrecht in § 122 WpHG für die Zusammenarbeit zwischen Staatsanwaltschaften und BaFin niedergelegt ist. Eine solche Abstimmung sorgt nicht nur für die notwendige sachkundige Unterstützung der Verfolgungsbehörden und Gerichte, sondern dürfte künftig ohnehin noch wichtiger werden, weil auch bei der Sanktionierung nach dem geplanten VerSanG präventive Weisungen möglich sein sollen (§ 13 VerSanG-RegE), die es sorgsam mit Maßnahmen der jeweils zuständigen Aufsichtsbehörde abzustimmen gilt.

Schließlich ist auch die im Entwurf vorgesehene parallele Registerführung fragwürdig. Künftig soll zusätzlich zum Bundeszentralregister und zum Wettbewerbsregister (vgl. §§ 1 ff. WRegG) ein Verbandssanktionsregister (§§ 54 ff. VerSanG-RegE) geführt werden. Begründet wird dies mit unterschiedlichen Zwecken der jeweiligen Register.³⁹ Die Führung eines Registers ist freilich nicht zwangsläufig auf einen bestimmten Zweck festgelegt. Solange notwendige Informationen enthalten sind und etwa auch bestimmte Bußgeldentscheidungen (vgl. § 2 Abs. 2 WRegG) aufgenommen werden, kann unterschiedlichen Zwecken mit differenzierten Auskunftregelungen Rechnung getragen

werden. Eine einheitliche Registerführung wäre deshalb, auch angesichts der durchaus beträchtlichen Kosten,⁴⁰ zu begrüßen gewesen.

4. Gesellschaftsrechtliche Bezüge des Entwurfs

These 9: Die geplanten Neuregelungen treffen naturgemäß auf Verbände mit unterschiedlicher rechtlicher Struktur. Um Wertungswidersprüche und dysfunktionale Wirkungen zu vermeiden, muss ein Verbandssanktionengesetz daher seine gesellschaftsrechtlich verlängerten Wirkungen auf unterschiedlich strukturierte Verbände und deren Organe im Blick haben. Insbesondere muss es sicherstellen, dass seine Präventionsziele in sämtlichen vorgefundenen Konstellationen erreicht und nicht durch gesellschaftsrechtliche Mechanismen sachwidrig verkürzt oder gar verhindert werden können. Soweit mit seinen Zwecken vereinbar, sollte es die Beantwortung von Detailfragen aber dem Gesellschaftsrecht überlassen.

Das Verbandssanktionengesetz erstreckt sich gleichermaßen auf juristische Personen des öffentlichen oder privaten Rechts, nicht rechtsfähige Vereine sowie rechtsfähige Personengesellschaften (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-RegE). Von den bezweckten kriminalpräventiven Wirkungen der vorgesehenen Sanktionen sollen sie allesamt in gleicher Weise erfasst werden. Die geplanten Regelungen erkennen dabei, dass die bezweckte Kriminalprävention durch den gesellschaftsrechtlichen Trennungsgrundsatz unterlaufen werden könnte. Folgerichtig erkennt § 9 Abs. 2 Satz 2 und 3 VerSanG-RegE bei der Bemessung der Verbandsgeldsanktion die gesellschaftsrechtliche Trennung von Mutter- und Tochtergesellschaften nicht an und richtet die Bemessung des Verbandssanktionsgeldes am Umsatz des gesamten Unternehmens als wirtschaftliche Einheit aus (vgl. § 9 Abs. 2 Satz 2 VerSanG-RegE).⁴¹ Ergänzend sieht es vor, dass verhängte Sanktionen auf andere Mitglieder der wirtschaftlichen Einheit übergeleitet werden können, wenn der eigentliche Sanktionsadressat in sanktionsvereitelnder Weise erlischt oder dessen Vermögen verschoben wird (vgl. § 7 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-RegE).⁴²

Nicht recht in dieses Bild passt, dass der vorliegende Regierungsentwurf bei der originären Begründung der Verbandsverantwortlichkeit am Rechtsträgerprinzip festhalten will. Hier bedarf es stets der Straftat einer Leitungsperson des jeweiligen Verbands oder einer Tat, die „in Wahrnehmung der Angelegenheiten des Verbands begangen“ wurde (vgl. § 3 Abs. 1 VerSanG-RegE). Das ist mit Blick auf den Nutzen, der dem gesellschaftsrechtlichen Trennungsprinzip gemeinhin zugeschrieben wird, ein gangbarer, mit Blick auf die konzernweite Verantwortlichkeit im Kartellrecht aber wertungswidersprüchlicher Weg. Misslich ist daran, dass die in § 3 Abs. 1 Nr. 2

³⁸ Begr. RegE eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft, S. 120, 143 ff.; zur Problematik vgl. auch Gesellschaftsrechtliche Vereinigung (VGR), AG 2020, Heft 16 (im Erscheinen).

³⁹ Begr. RegE eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft, S. 145.

⁴⁰ Vgl. Begr. RegE eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft, S. 64 f.

⁴¹ Aus dogmatischer Sicht nicht zu Unrecht kritisch *Rostalski*, NJW 2020, 2087 (2090); zu sinnvollen Ausdifferenzierungen vgl. Gesellschaftsrechtliche Vereinigung (VGR), AG 2020, Heft 16 (im Erscheinen).

⁴² Abermals kritisch *Rostalski*, NJW 2020, 2087 (2090).

VerSanG-RegE formulierte Aufsichtspflicht starke Anleihe an § 130 Abs. 1 OWiG nimmt, der vorliegende Entwurf aber kein Wort dazu verliert, dass diese mittlerweile wohl überwiegend konzernweit verstanden wird. Sofern man der Positionierung des VerSanG-RegE keine Ausstrahlungswirkung auf § 130 Abs. 1 OWiG beimisst, käme man zu dem in der Sache zwar vertretbaren, aber nicht unbedingt stimmigen Ergebnis, dass eine originäre Konzernverantwortlichkeit nur im Verbandsordnungswidrigkeitenrecht gegeben ist.

In dieses uneinheitliche Bild passt zudem, dass der Gesetzgeber in verfahrensrechtlicher Hinsicht am gesellschaftsrechtlichen Trennungsgrundsatz festhält und diesen sogar durch eine Übertragung strafprozessualer Grundsätze flankiert und weiter ausbaut. So soll das Verbot der Mehrfachverteidigung im Sinne von § 146 StPO auch die Verteidigung mehrerer Verbände wegen derselben Tat und unabhängig davon verhindern, ob diese konzernrechtlich miteinander verbunden sind⁴³ und eine Mehrfachvertretung daher gesellschaftsrechtlich zulässig sein könnte. Zumindest für den Vertragskonzern stellt sich hier die Frage, ob ein derart striktes und strafrechtlich gedachtes Verbot der Mehrfachvertretung sachgerecht ist. Nicht geregelt ist, inwieweit es im Rahmen der internen Aufarbeitung (§ 17 VerSanG-RegE) zulässig sein kann, im Konzern einheitlich vorzugehen. Mehr noch als die „Konzernverteidigung“ kann dies sinnvoll sein, weil es nicht nur Ressourcen schont, sondern auch die Aufklärung effektiv machen kann, indem Doppelermittlungen oder das mosaikartige Zusammenfügen im Konzern gesammelter Erkenntnisse vermieden wird. Gesellschaftsrechtlich ist ein solches Vorgehen grundsätzlich zulässig.⁴⁴

Schließlich unterscheiden sich die einzelnen Gesellschaftsformen, auf die sich das Verbandssanktionengesetz erstreckt, mehr oder minder stark in ihrer rechtlich vorgegebenen Binnenstruktur. Hier bleibt insbesondere unklar, inwieweit neben den Aufarbeitungsbemühungen des Leitungsorgans auch Anstrengungen von anderen Organen – etwa des Aufsichtsrats – und sonstigen gesellschaftsrechtlichen Institutionen sanktionsmildernd zu berücksichtigen sind. Als weitgehend offen muss es gelten, ob auch Aufklärungs- und Compliance-Maßnahmen, die von den Anteilseignern angestoßen werden, Berücksichtigung finden können. In Betracht kommen hier etwa die Sonderprüfung (§§ 142 ff. AktG) und die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gegen die Verwaltungsorgane (§§ 147 ff. AktG). Es stellt sich in diesem Zusammenhang schließlich auch die Frage, wie mit einem widersprüchlichen Benehmen einzelner Gesellschaftsorgane umzugehen ist.

These 10: Der vorgelegte Entwurf setzt mit § 17 VerSanG-RegE einen Anreiz für eine frühzeitige Kooperation des Verbands mit den Behörden und einen „einvernehmlichen

Verfahrensabschluss“. In Verbindung mit dem gesellschaftsrechtlichen Pflichtenkanon und Haftungsregime für Gesellschaftsorgane wird daraus ein zusätzlicher Kooperationsdruck entstehen. Aus generalpräventiver Sicht wäre dies nicht unproblematisch und kann insbesondere zu Lasten der Verteidigungsinteressen involvierter natürlicher Personen gehen.

Die Entscheidung, ob sich ein verantwortliches Organ namens der Gesellschaft für oder gegen eine Kooperation im Sinne des § 17 VerSanG-RegE entscheidet, stellt richtigerweise eine unternehmerische Risikoentscheidung dar, die dem Haftungsprivileg der sogenannten Business Judgment Rule (§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG) unterfällt. Gleichwohl dürfte die Entscheidung für eine Kooperation mit den Verfolgungsbehörden *ex post* kaum je einmal als pflichtwidrig eingeschätzt werden. Mit Blick auf eine schadenersatzrechtliche Einstandspflicht der Leitungsorgane wird zudem kaum der Nachweis gelingen, dass ohne Kooperation das verminderte Verbandssanktionsgeld (gänzlich) hätte vermieden werden können. Umgekehrt scheint es eher denkbar, Leitungsorgane, die sich gegen eine Kooperation entscheiden, für eine Verbandssanktion in ungeminderter Höhe erfolgreich in Anspruch zu nehmen. Diese Ausgangslage wird dazu führen, dass sich Leitungsorgane als handlungsmächtige Agenten in aller Regel für eine Kooperation ihres Prinzipals entscheiden werden. In diese Richtung werden Leitungsorgane zusätzlich noch dadurch gedrängt werden, dass sie auch bei Ablehnung einer Kooperation zur gesellschaftsinternen Aufklärung der Verbandstat verpflichtet bleiben und die entstehenden Aufklärungsergebnisse auch nach neuem Recht dem Zugriff der Verfolgungsbehörden nicht entzogen sind (vgl. § 97 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 sowie § 160a Abs. 5 StPO-RegE).

Wird die frühzeitige Kooperation zwischen Verband und Strafverfolgungsbehörden zur Regel, bleibt dies nicht ohne Auswirkung auf die Verteidigung. Da die Sachverhaltsaufklärung weitgehend in der Verantwortungssphäre des Verbands selbst liegt, wird dieser deren Ergebnisse und die Rechtmäßigkeit ihrer Erlangung kaum noch in Zweifel ziehen können. Vorrangiges Verteidigungsziel wird bei konsentiertem Sachverhalt das konkrete Sanktionsmaß sein und das Bestreben, das Verfahren möglichst ohne Öffentlichkeitswirkung und eine breite Offenlegung der Ergebnisse verbandsinterner Untersuchungen zu beenden. Kooperationen bei der Sachverhaltsaufklärung werden daher regelmäßig in verfahrensbeendende Absprachen übergehen. Nichtöffentliche Erledigungsformen – namentlich die Einstellung unter Auflagen (§ 36 VerSanG-RegE) und der Sanktionsbescheid (§ 50 VerSanG-RegE) – dürften dadurch zusätzlich befördert werden. Unter Gesichtspunkten der Generalprävention wäre eine solche Praxis eher kritisch einzuschätzen.⁴⁵

⁴³ Begr. RegE eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft, S. 110.

⁴⁴ Im faktischen Aktienkonzern bedarf es hierfür freilich der Mitwirkung des Tochtervorstands, der seinerseits gewissen Restriktionen unterliegt; eingehend Holle (Fn. 24), S. 123 ff.

⁴⁵ Zu den Folgen für den Schutz der Geschädigten vgl. bereits oben These 3.

Das mit der Neuregelung gesponnene Interessensgeflecht ist auch insoweit problematisch, als es zu Lasten der Verteidigungsinteressen involvierter natürlicher Personen gehen könnte. Involvierte Mitarbeiter dürften vielfach schon zu einem sehr frühen Zeitpunkt faktisch in die Kooperation zwischen Verband und Strafverfolgungsbehörden regelrecht mitgerissen und zumindest unterschwellig zu paralleler Kooperation gedrängt werden. Bedenklich ist dies schon deswegen, weil das Individualstrafrecht eine ähnlich weitreichende Milderungsvorschrift nicht kennt⁴⁶ und natürliche Personen in aller Regel deutlich weniger Einblick in den verteidigungsrelevanten Gesamtsachverhalt haben werden als (kooperierende) Verbände und Verfolgungsbehörden.

These 11: Die Ausgestaltung der Selbstbelastungsfreiheit des Verbands könnte dazu führen, dass der Verband sich gedrängt sieht, an problematischen Organmitgliedern festzuhalten.

Das Verbandssanktionengesetz billigt dem Verband Selbstbelastungsfreiheit im Sanktionsverfahren zu. Konkret bedeutet dies, dass es dem gesetzlichen Vertreter des Verbands im Sanktionsverfahren freisteht, sich zur Sache zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen (§ 33 Abs. 1 Satz 1 VerSanG-RegE). Auch in anderen Verfahren kann der gesetzliche Vertreter des Verbands als Zeuge die Auskunft verweigern (§ 33 Abs. 2 Satz 1 VerSanG-RegE). Zur Beurteilung der Frage, ob eine Person als gesetzlicher Vertreter des Verbands oder als Zeuge zu vernehmen ist, soll es ausweislich der Regierungsbegründung – wie im Zivilprozess⁴⁷ – auf den Zeitpunkt der Vernehmung ankommen. Ob eine Person ein Schweigerecht zugunsten des Verbandes hat, kann sich demzufolge während des Verfahrens ändern. Einem gesetzlichen Vertreter, der sein Amt niedergelegt hat oder abberufen wird, steht ab diesem Moment kein Aussageverweigerungsrecht für den Verband mehr zu.

Diese gesetzliche Ausgangslage könnte sich nachteilig auf die interne und externe Bewältigung einer Verbandstat auswirken. Zumindest einem nicht kooperierenden Verband wäre es nämlich nicht zu verdenken, wenn er auch problematische Organwalter möglichst lange im Amt hielte, um sich dadurch deren Aussageverweigerungsrecht zu erhalten.

These 12: Der Entwurf bezieht zur Zulässigkeit des zivilrechtlichen Innenregresses gegen Leitungsorgane und

Verbandsmitarbeiter keine Stellung und scheint die Problematik der Rechtsprechung überlassen zu wollen. Damit entscheiden jedoch zivilrechtliche Haftungsmechanismen darüber, wer eine Verbandsgeldsanktion am Ende zu tragen hat und ob der Präventionshebel des VerSanG systematisch auf natürliche Personen verlängert wird. Eine derart zentrale Frage, die die Grundausrichtung der Kriminalprävention betrifft, hätte der vorgelegte Regierungsentwurf nicht der (zivilen) Rechtsprechung überlassen dürfen.

Der vorgelegte Entwurf enthält keine ausdrückliche Regelung zu der Frage, ob ein verhängtes Verbandssanktionsgeld von den dafür (mit-)verantwortlichen natürlichen Personen zurückgefordert werden kann. Unbeantwortet bleibt damit zwangsläufig auch die Folgefrage, ob sich Unternehmen oder Unternehmenserwerber im Bereich des M&A⁴⁸ künftig gegen Verbandssanktionsgelder versichern können, die ihre Leitungsorgane verursachen oder denen sie sich infolge einer Unternehmensübernahme ausgesetzt sehen.⁴⁹ Im Schrifttum sind diese Fragen umstritten;⁵⁰ die Zivilrechtsprechung hat sich zur parallelen Problematik bei der Verbandsgeldbuße bislang noch nicht abschließend positioniert.⁵¹ Das österreichische Verbandsverantwortlichkeitsgesetz regelt einen Ausschluss des Binnenregresses (§ 11 Ö-VbVG);⁵² alternative Regelungsentwürfe schlagen ebenfalls ein Regressverbot vor.⁵³ Das Gesamtgefüge des VerSanG-RegE spricht hingegen dafür, dass ein Regress künftig zulässig ist. Schon der Umstand, dass die finanzielle Belastung, die mit der Verbandsgeldsanktion verbunden ist, künftig als Haftungsbeitrag problemlos verlagert werden kann (§§ 7, 31 VerSanG-RegE), deutet darauf hin, dass die pekuniäre Sanktionsfolge nicht mit einer höchstpersönlichen Zuschreibung einhergeht.⁵⁴

Es ist zu bedauern, dass der Regierungsentwurf die Problematik des Binnenregresses nicht angeht. Denn bei diesem handelt es sich keineswegs um eine einfache zivilrechtliche Anschlussproblematik. Vielmehr ist der Binnenregress zentral für die präventive Grundausrichtung eines künftigen VerSanG. Er kann nämlich entweder dazu genutzt werden, den Präventionshebel gezielt und systematisch bis zu den verantwortlich handelnden natürlichen Personen zu verlängern. Einzelne Stellen in der Begründung des Referentenentwurfs legen es durchaus nahe, in diesem Sinne verstanden zu werden.⁵⁵ Dafür mag sprechen, dass es am Ende die natürlichen Personen sind, die die relevanten Entscheidungen treffen und die Rechtstreue

⁴⁶ Vgl. dazu den voraussetzungsreicheren § 46b StGB; im Übrigen bleibt es bei einer Berücksichtigung im Rahmen der Strafzumessung nach § 46 Abs. 2 StGB; vgl. dazu *Kinzig*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 46 Rn. 39.

⁴⁷ Vgl. hierzu etwa *Merkt*, in: MüKo-GmbHG, 3. Aufl. (2018), § 13 Rn. 51.

⁴⁸ Vgl. zum M&A-Kontext auch Begr. RegE eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft, S. 82 f.

⁴⁹ Zur Versicherbarkeit vgl. etwa *Thomas*, NZG 2015, 1409 (1416 ff.).

⁵⁰ Eingehend hierzu *Baur/Holle*, ZIP 2018, 459 ff.

⁵¹ Offenlassend zuletzt *BAG*, NJW 2018, 184 ff.; dazu *Baur/Holle*, ZIP 2018, 459 ff.

⁵² § 11 Ö-VbVG lautet: „Für Sanktionen und Rechtsfolgen, die den Verband auf Grund dieses Bundesgesetzes treffen, ist ein Rückgriff auf Entscheidungsträger oder Mitarbeiter ausgeschlossen.“

⁵³ Vgl. *Henssler/Hoven/Kubicel/Weigand*, Kölner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes, NZWiSt 2018, 1 ff., § 10; *Saliger/Isambakakis/Mückenberger/Huber*, Münchner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes, 2019, § 16.

⁵⁴ Vgl. auch Begr. RegE eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft, S. 82, 125; für einen Regressausschluss aber Gesellschaftsrechtliche Vereinigung (VGR), AG 2020, Heft 16 (im Erscheinen).

⁵⁵ So deuten etwa die Ausführungen zur Schadenswiedergutmachung in Begr. RegE eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft, S. 89 darauf hin, dass die Verbandssanktionierung das handelnde Individuum fest im Blick hat, wenn es dort heißt, die (finanzielle) Schadenswiedergutmachung durch den Verband solle auch dazu führen, dass sich die für den Verband handelnden Personen ihrer Verantwortung bewusst werden.

des Verbands maßgeblich (mit-)prägen. Gleichzeitig setzte man mit einer solchen Sanktionsverlängerung einen Anreiz für klare Verantwortungsstrukturen innerhalb der Verbandshierarchie. Denn nur wenn eine individuelle Verantwortungszuschreibung am Ende gelingt, ist der Binnenregress erfolgreich und der Verband kann sich schadlos halten. Entscheidet man sich hingegen für ein Regressverbot, bleibt es bei einer Präventionswirkung nach dem Gießkannenprinzip. Ohne Regress werden von der Präventionswirkung einer angedrohten Sanktion nämlich sämtliche Stakeholder erfasst – nicht zuletzt die Anteilseigner: Für diese werden systematisch Anreize ausgeschaltet, in solche Unternehmen zu investieren, deren Organwalter mit rechtlich riskanten Geschäftspraktiken oder durch die Einsparung von Compliance-Maßnahmen hohe Gewinne erwirtschaften.

III. Fazit: Ein wichtiger Schritt – aber nicht der ganz große Wurf

Es steht außer Frage, dass eine Reform der geltenden Verbandssanktionierung überfällig ist und der nun vorliegende Regierungsentwurf einen wichtigen Schritt in die richtige Richtung macht. Der vorgelegte Entwurf begegnet den Defiziten des geltenden Rechts und schafft mit seinen Regelungsvorschlägen im Großen und Ganzen einen wünschenswerten Ausgleich zwischen den Interessen von Verbänden – und zwar denen der rechtstreuen und denen der nicht rechtstreuen gleichermaßen –, den Interessen der Leitungsorgane und Verbandsmitarbeiter sowie dem berechtigten Interesse der Allgemeinheit an einer effektiven (Straf-)Rechtspflege und Kriminalprävention. Was seine Grundkonzeption angeht, ist dem Entwurf allenfalls vorzuwerfen, dass er ohne tiefergehende Begründung und ohne ein auf genuin verbandstypische Kriminalitätsrisi-

ken und Kriminalitätentstehungsmechanismen bezogenes Präventionskonzept schlicht individualstrafrechtliche Regelungen auf den Verband überträgt.⁵⁶ Das geplante VerSanG befindet sich damit aber durchaus in guter Gesellschaft: Auch die vorliegenden Alternativentwürfe folgen überwiegend einer dem Individualstrafrecht entlehnten Grundausrichtung.⁵⁷

Wohl am meisten zu bedauern ist es, dass das künftige Recht der Verbandssanktionierung systematisch vor zivilrechtlichen Fragen zurückschreckt. Das betrifft namentlich die unvollkommene Regelung der Selbstbelastungsfreiheit bei verbandsinternen Untersuchungen und die Zurückhaltung beim Binnenregress. Hier wäre es wünschenswert gewesen, wenn ein ambitioniertes Reformvorhaben nicht in einer letztlich strafrechtlich geprägten Binnenperspektive verharrt und damit gleichsam auf halbem Wege stehen bleibt.

Vor diesem Hintergrund sollte die angekündigte Evaluation der Neuregelungen⁵⁸ insbesondere auf diesen Gesichtspunkt das Augenmerk richten und in Erfahrung bringen, wie die eingeführten sanktionsrechtlichen Mechanismen mit dem Gesellschafts- und Arbeitsrecht, aber auch dem zivilen Schadenersatzrecht ineinandergreifen.⁵⁹ Es gilt deswegen nicht nur sicherzustellen, dass die Arbeitsweise und Erledigungsstrategien der Staatsanwaltschaften und Gerichte zuverlässig statistisch erfasst und nachvollziehbar gemacht werden. Vielmehr gilt es auch, die gesellschafts-, arbeits- und schadenersatzrechtliche Verarbeitung der Neuregelungen systematisch zu erfassen und in ihren (kriminalpräventiven) Folgen abzuschätzen. Auf das Ergebnis einer solchen Evaluation darf man gespannt sein.

⁵⁶ Baur/Holle, ZRP 2019, 186 (189): „Anthropomorphisierung auf die Verbandsebene“.

⁵⁷ Vgl. zu einem anderen Regelungsmodell Baur/Holle/Reiling, JZ 2019, 1025 (1032 ff.).

⁵⁸ Begr. RegE eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft, S. 71.

⁵⁹ Zu diesem Ineinandergreifen vgl. Baur/Holle/Reiling, JZ 2019, 1025 (1031 ff.).

Limited Protection and No Reward: An Overview of Whistleblowing in Germany

von Prof. Dr. Carsten Momsen and
Paula Benedict*

Abstract

The protection of Whistleblowers is a challenging issue in Germany. Unlike the United States, Germany does not have a tradition of cooperation between law enforcement agencies and private whistleblowers, at least it isn't positively connoted. On the contrary, memories of the "Gestapo" and "Stasi" seem to lead to a reluctance to use the relevant information. Even after the introduction of the "Law for the Protection of Trade Secrets" and the government's draft of corporate criminal sanctions, no radical change can be foreseen. In particular, no structured regulation on how Whistleblowers could be protected and what incentives could be given to them is to be expected. The first law already pursues a different aim in its name and only provides a very limited safe harbor rule, the new draft even leads to a restriction of the seizure protection regarding Whistleblower hotlines. Targeted incentives or even financial participation of Whistleblowers in the success of the investigations seem to remain alien concepts to the German legislator. At the same time, this means that European regulations are merely being implemented inadequately.

Der Schutz von Whistleblowern ist ein schwieriges Feld in Deutschland. Anders als in den Vereinigten Staaten existiert keine Tradition einer Zusammenarbeit von Strafverfolgungsbehörden mit privaten Hinweisgebern, jedenfalls keine positiv konnotierte Tradition. Im Gegenteil scheinen Erinnerungen an „Gestapo“ und „Stasi“ eher zur Zurückhaltung bei der Verwertung entsprechender Erkenntnisse zu führen. Auch nach Einführung des „Gesetzes zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen“ und in Kenntnis des Regierungsentwurfs eines Verbandssanktionen lässt sich keine durchgreifende Änderung erwarten. Insbesondere ist keine strukturierte Regelung, wie Whistleblower zu schützen und welche Anreize ihnen zu geben sind, zu erwarten. Das erste Gesetz verfolgt bereits seinem Namen nach eine andere Zielrichtung und hält lediglich eine sehr eingeschränkte Safe-Harbour-Regelung bereit, der Entwurf führt sogar zur Einschränkung des Beschlagnahmenschutzes von Whistleblower Hotlines. Gezielte Anreize zu setzen oder die Whistleblower gar finanziell am Erfolg der Ermittlungen zu beteiligen, scheinen dem deutschen Gesetzgeber weiterhin fremde Konzepte zu bleiben. Damit werden zugleich europäische Vorgaben nur defizitär umgesetzt.

I. Introduction

Germany, a wasteland for whistleblowers. Granted, there have been some attempts to promote whistleblowing in German legislation. But they failed the whistleblowers requirements. Of course, whistleblowing has become more and more relevant in the past few years and its controversy has also reached Germany. The whistleblower does face risks like termination, suspension, discrimination, exclusion, blacklisting and threats or maybe even criminal liability.¹ Whistleblowing is an act “on the border between illegality and legality”.² The uncovering of unwanted conduct however is of course generally in the public interest and whistleblowing therefore desirable behavior. That is why it is necessary to protect the whistleblower so that he or she is not already put off by the legal situation alone and simultaneously give incentive. However, organizations have an opposing interest to keep confidential information confidential. Hence the state must find a sensible balance between the protection of whistleblowers, public interests and confidential information.

This *article/lecture* will give an overview on “whistleblowing” and its legal implications in Germany. In parallel it analyzes why there is no whistleblowing-culture in Germany and argues to introduce it into the legal system and into compliance practice.

II. Terminology

1. The Act of Whistleblowing

Whistleblowing is generally defined as “the disclosure by organization members (former or current) of illegal, immoral, or illegitimate practices under the control of their employers, to persons or organizations that may be able to effect action”³ or, simplified, as “any time an employee complains of illegal, unethical or otherwise harmful or inappropriate conduct by an employer”⁴.

The organization of which the whistleblower is part of can be any civil company or association, but it can also be the state or rather any government agency.⁵ It is not relevant for the terminology whether the act is executed openly or anonymously.⁶

* Carsten Momsen is full professor and head of the department of “Comparative Criminal Law, Criminal Procedural Law and Corporate Criminal Law” at Free University Berlin, Germany, visiting professor at the Center for International Human Rights, John Jay College of Criminal Justice, CUNY. Paula Benedict is researcher at the department. Speech delivered on February 13, 2020 to the faculty, University of Illinois College of Law, Champaign.

¹ Granetzny/Krause, CCZ 1/2020, 30.

² Rotsch/Wagner, in: Criminal Compliance, 2015, § 34 C Rn. 21.

³ Near/Miceli, in: Journal of Business Ethics 1985, 1.

⁴ Berkowitz/Tusk/Downes/Caroline, in: Employee Relations Law Journal, Vol. 36, No. 4, Spring 2011, 16.

⁵ Schenkel, Whistleblowing und die Strafbarkeit wegen Geheimnisverrats, 2019, pp. 13 f.

⁶ Casper, in: FS Winter, 2011, p. 77 (78).

2. The whistleblower

But: Is anyone's disclosure of (every) wrongdoing gripped by the definition? As implied before, there generally is consensus that the whistleblower can only be someone from inside the organization in question. This means that he or she must be familiar with the structure of the organization specifically because of their relationship with it and therefore have access to internal information which isn't public knowledge.⁷ This should be interpreted broadly because the important factor is the access to internal data, which is why even former employees (as long as they learned of the conduct during their employment)⁸, lawyers and accountants can be whistleblowers.⁹

More difficult is the classification of co-perpetrators who disclose conduct of which they know of precisely because of their participation. Generally, it would be imaginable to also classify these as whistleblowers since participation and disclosure are not necessarily mutually exclusive. But, some argue that, legally, principal witnesses have their own protective regulations (in Germany at least, see below) leading to their motivation to report the conduct mostly being the lower sentence and not the disclosure itself.¹⁰ In common speech whistleblowing as well is associated with an "altruistic motivation" or at least only then is considered acceptable.¹¹

It is debatable, however, whether the motivation of the disclosing person is really relevant for the classification and, moreover can be generalized and objectively distinguished merely by the fact of participation.¹² The recital point 32 of the EU-directive to protect whistleblowers (see below) for example explicitly makes the point of the motives being irrelevant. Also, the existence of regulations for principal witnesses could only indicate the mutual exclusiveness of whistleblowing and complicity if there were specific regulations to protect the same aspects for whistleblowers. But they target something else entirely: If the whistleblower wasn't part of the conduct there is no need to lower his sentence as there is none. If it's about the breach of confidence as an offence itself than the directive denied any bonification for the whistleblower in general. Of course, here is leeway for further improvement.¹³

Another aspect in favor of including co-perpetrators and of a broad definition overall is that whistleblowing is generally in the public interest and should be promoted in any way. Beyond that the participant is probably more credible and therefore capable to illustrate the unwanted practices.¹⁴ That is why co-perpetrators should be included in the definition of the whistleblower. Of course, this raises

the question whether someone can be "whistleblowing" on himself, thus reporting a practice where he or she was the only perpetrator. This can only be affirmed as long as the disclosure has any effect on the organization or the disclosing person in terms of legal or reputational effects.¹⁵

3. The Subject of whistleblowing

What can be subject of whistleblowing? As specified before, whistleblowing is the disclosure of illegal, immoral, or illegitimate practices. Overall, the acknowledgment of the advantages of a relatively broad understanding of the term applies here as well. The whistleblower will often not be able to distinguish illegal from simply immoral or illegitimate practices. Also, the organizations will mostly have a similar interest in discretion, just as the public interest in disclosure will be similar.¹⁶ We will, however, focus on the act of reporting illegal practices by the employer (or inside the organization) which is most relevant for the public and therefore controversial in legal aspects as well. It is also the only subject which can be defined objectively (especially in a legal context), the question whether something is immoral is mainly a subjective one.¹⁷

As such, moral shouldn't be considered as an crucial issue when it comes to decide whether somebody should be prosecuted as a traitor or praised as a truth-revealer – and public hero. Nevertheless, it might be discussed how to deal with the moral and motivation of those who try to keep facts secret or covering them by faked facts.¹⁸

However, the reported conduct doesn't have to be terminated before the disclosure: Against the background of a broad definition it only makes sense that continuing or impending practices can be subject of whistleblowing as well as illegal omissions.¹⁹

4. The Addressee

Generally, anyone who the whistleblower trusts and is in principle able to eliminate the disclosed conduct can be addressee.²⁰ There is, however, the following distinction to be drawn: The act of whistleblowing can be internal or external. Internal whistleblowing is the disclosure within the organization, that is to a superior, management or an in-house institution pre-installed for this purpose (usually part of the Compliance department). External whistleblowing on the other hand is the exposure of the conduct directly to law enforcement.²¹ Of course, internal whistleblowing is preferable from most standpoints: The whistle-

⁷ Rotsch/Wagner, in: Criminal Compliance, 2015, § 34 C Rn. 3.

⁸ Rotsch/Wagner, in: Criminal Compliance, 2015, § 34 C Rn. 3.

⁹ Schenkel, 2019, p. 14.

¹⁰ Schenkel, 2019, pp. 15 f.

¹¹ Granetzny/Krause, CCZ 1/2020, 32.

¹² Kozak, Zur Notwendigkeit eines arbeitsrechtlichen und haftungsrechtlichen Whistleblowerschutzes, 2016, pp. 27 f.

¹³ Veronika Nad and Naomi Colvin, Whistleblowing in the European Union: A new directive to protect, citizens, democracy and rule of law, Blueprint, 2018.

¹⁴ Berndt/Hoppler, BB 2005, 2623 (2624).

¹⁵ Rotsch/Wagner, in: Criminal Compliance, 2015, § 34 C Rn. 8.

¹⁶ Schenkel, 2019, p. 19.

¹⁷ Rotsch/Wagner, in: Criminal Compliance, 2015, § 34 C Rn. 6.

¹⁸ Snowden, Permanent Record, 2019, pp. 108 ff., Mueller, Crisis of Conscience, 2019, pp. 463 ff., Wylie, Mindf*ck, 2019.

¹⁹ Rotsch/Wagner, in: Criminal Compliance, 2015, § 34 C Rn. 7.

²⁰ Schenkel, 2019, p. 25.

²¹ Bottman, in: Park, Kapitalmarktstrafrecht, 2019, Chapter 2.1. Rn. 44.

blower doesn't face own criminal liability and the organizations reputation and existence aren't threatened. It also makes sense to differentiate between disclosure to national or international addressees in terms of legal guidelines.²²

III. Legal Situation

I will now go into the legal situation that whistleblowers face in Germany. Since whistleblowing appears within the work environment it affects mainly two areas of law: labor law and criminal law. Because the German regulations are of course to a high degree influenced by directives and regulations by the European Union I will first show the status in the EU to get a comprehensive impression of the German laws and then go into detail of the labor and criminal regulations. Soon it will be clearly visible that the EU-legislation is far ahead the German legislation appearing as being reluctant in transforming the spirit of the EU-directive into national law.

1. European Union

Until 2018 the European Union didn't really deal with the topic whistleblowing and the conflict of interests that go along with it. In April 2018 the Directive to protect "Persons who report breaches of Union law", so-called "reporting persons" was proposed and a year later issued. As of now the directive is only applicable to violations of Union-law (see the title and Art. 2 II), but it is expected to be transferred to national regulations following implementation (as it already partly happened in Germany, as you will see later).²³ In fact, as the network "whistleblowerprotection.eu." stated enthusiastically, "Santa came early" in 2019 and "the Whistleblower Protection Directive is now reality. On 16 December 2019 the directive enters into force following its publication in the EU Official Journal 20 days ago. This marks the start of a two-year period during which the Member States must implement the Directive into national legislation. This should also be a call to those who were involved in promoting the Directive in the first place to get active again to advocate for improving the national legislation in all Member States."²⁴

In Article 4 the directive specifies to which people it applies: employees but also freelancers, shareholders, supervisors and people who work under the management of contractors or vendors. It therefore as well links the whistleblower-attribute mainly to the access to internal information.²⁵ Internal and external whistleblowing are equally protected, there is no privilege for internal whistleblowing, meaning that reporting persons can directly go to the authorities without fulfilling special requirements for protection.²⁶ Concerning labor law, the directive newly regulates that the burden of proof concerning discrimination of whistleblowers who are still employed after the fact lies with the employer: They need to prove that disadvantages

are not connected with the reporting of the conduct.²⁷ A negative effect of this could be a factual job protection: Employees could cause this by disclosing conduct at the right time.²⁸

Art. 8 imposes a duty for companies of a certain size (50 employees or more) to implement internal whistleblowing-systems, meaning institutions which provide the possibility to report illegal practices openly or anonymously. As mentioned before, the motives of the whistleblower do not factor in his or her eligibility for protection under the directive, see recital point 32. This can be criticized as also protecting persons who only want to damage the organization,²⁹ but as pointed out already the public interest is factually still being protected – the motives should not play a role in classifying somebody as a whistleblower (they could, however, of course be factored into their own trials, sentencing or awards – if existent).

Additionally, people or companies who try to prevent reports can be sanctioned, Art. 23 while whistleblowers themselves can't be held responsible for disclosing trade secrets in the public interest, Art. 21 II. Art. 21 III clarifies that national criminal codes won't be interfered with: Only the legal obtainment of information is protected by the directive.

On the other hand, the EU also protects the somewhat legitimate interest of organizations in confidentiality with the Directive on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure (2016) which protects companies and organizations from disclosure of their confidential information.

As set into practice in December 2019 according to the principles developed by "Blueprint" the directive still has important deficits:

Principle: Broad Definition of reportable wrongdoing

A good definition of reportable wrongdoing is one that takes in many different dimensions of potential harm to the public interest. Reportable wrongdoing within the scope of the Directive is within the scope of the Directive is expansive, but limited by the EU's mandate: it can only apply in areas where Member States have previously agreed on sharing competences. By definition, this excludes important areas like national security and policing.

Principle: Oversight Authority

The Directive does not mandate the creation of an independent whistleblowing authority or tribunal. The text only suggests that advice and support for whistleblowers "may" be provided by means of an information centre or independent authority. Scrutiny of how reporting arrangements are working is, again, left up to Member States.

²² Rotsch/Wagner, in: Criminal Compliance, 2015, § 34 C Rn. 11.

²³ Bottman, in: Park, Kapitalmarktstrafrecht, 2019, Chapter 2.1. Rn. 44.

²⁴ <https://whistleblowerprotection.eu/blog/santa-came-early-to-whistleblowers-now-the-work-starts/>

²⁵ Gerdemann, RdA 2019, 16 (22).

²⁶ Bottman, in: Park, Kapitalmarktstrafrecht, 2019, Chapter 2.1. Rn. 44.

²⁷ Art. 21 EU 2019/1937.

²⁸ Garden/Hieramente BB 2019, 963 (966)

²⁹ Garden/Hieramente, BB 2019, 963 (967).

Principle: Waiver of liability

The waiver of liability is a critical element of whistleblower protection, that allows individuals to report wrongdoing in the public interest, without fear of criminal prosecution or civil penalties. In general, the Directive waives legal liability for reporting persons who follow its procedures correctly. Protection is granted as long as disclosures are made in reference to the material scope of the Directive and when reporting persons had reasonable grounds to believe the information disclosed was true. Particular rules apply for reports made to the media directly. However, there is one major caveat: protections do not apply under the Directive when the acquisition of the information reported constitutes a ‘self-standing criminal offence.’ This is a problematic aspect of the Directive, which has the capacity to undermine protections in many cases.

Principle 18: National Security and Intelligence Whistleblowing

The provisions of the Directive specifically do not include reports related to national security or defense procurement, which fall outside of the EU’s usual remit. Matters related to the protection of classified information are explicitly reserved to Member States.

Principle 19: Extradition

The Directive aims to establish a common base level of whistleblower protection within the EU, particularly given the operation of the Single Market across national borders. The Directive is silent on the issue of extradition.

Principle 20: Financial rewards – Qui Tam

The Directive makes no provision for financial awards for whistleblowers.³⁰

2. Germany

In general, protection of whistleblowers is viewed with a certain skepticism in Germany: The history with the GDR and the Third Reich makes people cautious concerning surveillance by the government or even in the private sector and denunciators are not seen in a positive light because of this background.³¹ And it has to be kept in mind, that Europe and Germany in particular do have a completely different approach on privacy than the US.³² Although there are kind of “Freedom of Information Acts” in several states principally a public interest in disclosing the particular information or data has to outweigh the interest in privacy and keeping information secret. This causes certain problems in mutual assistance e.g.³³

a) Labor Law

In 2001, the Federal Constitutional Court of Germany ruled that anyone has a basic right to exercise civic rights (to report to authorities) in the context of external whistleblowing.³⁴ To protect the public interest in transparency and an effective criminal justice system, employees that disclose (even wrong) information can therefore only limited be threatened with consequences under labor law, especially termination.³⁵ Of course there are several important interests of all involved parties that need to be balanced: The interest of the employer in loyalty and secrecy as part of professional freedom,³⁶ the interest of the public in the uncovering of violations,³⁷ and of course the freedom of speech and the exercise of the civic right of the employee.³⁸

To achieve this balance the highest German court for Labor law has formed a few criteria to judge a whistleblowing employee which I will now briefly illustrate.

Generally, a loose obligation to report breaches internally first as soon as found out can of course be included in the contract.³⁹ Apart from that (if it’s not explicitly part of the contract), the court recognizes a duty of good faith for employees to first report the violation internally before going to the authorities,⁴⁰ and generally to report significant events inside the company to the employer and to prevent damages to it.⁴¹

It can of course be shaped how and to whom the disclosure is supposed to happen or to implement an institution within the company (eg Hotline). Because of this duty, the employee has to try and resolve things internally as long as this is reasonable (which it isn’t in case of significant crimes, crimes by the employer himself, a legal obligation to report to the authorities or a lack of follow up on an initial report).⁴² Against this background, external whistleblowing can be a breach of contract and therefore a reason for termination.⁴³

This was made more difficult though since a new regulation for job protection⁴⁴ was passed. It bases on a ruling of the European Court for Human Rights which gives employees a (limited) right to report to the authorities,⁴⁵ meaning that they can’t be dismissed for external whistleblowing if the reported conduct was at least potentially a crime or there was no internal investigation needed (which indirectly imposes a duty to verify).

³⁰ Veronika Nad and Naomi Colvin, Whistleblowing in the European Union: A new directive to protect, citizens, democracy and rule of law, Blueprint, 2018.

³¹ *Granetzny/Krause*, CCZ 1/2020, 32.

³² *Garton-Ash*, Free Speech, 2016.

³³ *Momsen/Docke*, in: Ambos/König/Rackow, NK-Rechtshilfe, 2nd Ed. (2020), 4.HT, 3.T, margin 450.

³⁴ *BVerfG*, v. 2.7.2001 – 1 BvR 2049/00, NJW 2001, 3474 (3475).

³⁵ *BVerfG*, v. 2.7.2001 – 1 BvR 2049/00, NJW 2001, 3474 (3475).

³⁶ *BAG*, v. 3.7.2003 – 2 AZR 235/02, NZA 2004, 427 (430).

³⁷ *BAG*, v. 15.12.2016 – 2 AZR 42/16, NZA 2017, 703 (704); *EGMR*, v. 21.7.2011 – 28274/08, NZA 2011, 1269.

³⁸ *BAG*, v. 3.7.2003 – 2 AZR 235/02, NZA 2004, 427 (429 f.); *BAG*, v. 15.12.2016 – 2 AZR 42/16, NZA 2017, 703 (704).

³⁹ *Granetzny/Krause*, CCZ 1/2020, 34.

⁴⁰ *Ohly*, GRUR, 2019, 441 (444).

⁴¹ *Wessing*, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, 2016, § 46 Rn. 54.

⁴² *BAG*, NZA, 2007, 502 (503 f.).

⁴³ *BAG*, NZA 2004, 437 (428 ff.); *BAG*, NZA, 2007, 502 (503 f.).

⁴⁴ See Art. 17 II ArbSchG.

⁴⁵ *EGMR*, NJW 2011, 3501

What other possibilities do companies have to prevent external whistleblowing? They can set incentives for internal whistleblowing, of course. It is recommended to implement a secure, anonymous institution within the company,⁴⁶ e.g. a Phone line or compliance officers so that reporting persons aren't discouraged from the social repercussions alone or the risk of being laid-off. Some propose that companies might consider giving monetary awards for the early disclosure of information that is suitable to prevent or uncover criminal offences or other conduct that public authorities don't have knowledge about.⁴⁷

This of course raises questions of the amount which needs to be carefully balanced so there is no risk of abuse and whether co-perpetrators should also be eligible (they do indeed have the most credible and valuable information).⁴⁸ While shaping these internal channels, companies must keep in mind the codetermination of the employees-council in the areas of duties and surveillance of employees⁴⁹ and, more general, the data protection standards.

b) Criminal Law

aa) Criminal liability

Since the whistleblower does endanger the interests of the organization it is questionable in the sense of a proper balancing whether the reporting of confidential information to the authorities itself is a criminal offense or in which cases this might be justified.

Under the general Criminal Code, a whistleblower who knowingly reports false information and therefore damages the reputation of the organization can be held accountable under §§ 145d, 164, 188 ff. of the Criminal Code. If the data was obtained illegally by evading a security system, the criminal liability is based upon § 202a Criminal Code. The disclosure of information by for example lawyers or doctors within confidentiality agreements upon § 203 Criminal Code. But these regulations do not say anything about employees who obtain information within the scope of their job.

That's why, in April 2019, the EU Directive for the protection of Trade Secrets⁵⁰ was transformed to German law by implementing the so called Geschäftsgeheimnisgesetz (GeschGehG, abbr.) which can loosely be translated as Business/Trade-Secrets Act. For the most part it includes civil liability and remedies the possessor (meaning the person who controls the information) has against violators in case confidentiality is broken illegally.⁵¹ So it is not about protecting or encouraging whistleblower but in holding them accountable for the potential damages caused by the disclosure.

Concerning the criminal liability of whistleblowing it basically states that the disclosure of trade secrets is be a crime but also can be justified under certain circumstances. One should note that not all kinds of whistleblowing are grasped by this, as discussed in the beginning, whistleblowing generally includes disclosure of any kind of illegal practices, here only the disclosure of so-called trade secrets is protected.

§ 2 GeschGehG defines the Trade secret as confidential information with a commercial value which is subject of appropriate security measures and in which the company has a legitimate interest to keep secret.⁵² Information means in theory even private information if it is related to the company or its reputation somehow.⁵³ It is confidential if it isn't accessible to the average group of people who regularly deal with this kind of information or if it is only known by the "secret-keeper" or persons bound to confidentiality.⁵⁴ It's not already non-confidential if only parts of the information are common knowledge – it is imperative that the information as a whole in its specific assembly isn't accessible.⁵⁵

A secret has commercial value if its unauthorized usage or disclosure has the potential to harm its possessor because it being common knowledge would undermine his scientific or technological potential, his commercial or financial interests, strategic position or competitive position.⁵⁶ Also grasped by the definition is therefore information concerning illegal conduct⁵⁷ or negative information on for example liquidity.⁵⁸ Sufficient to meet the criteria of commercial value is a potential value.⁵⁹

The (rightful) possessor of the information has to show his interest in confidentiality by implementing proper/suitable/reasonable measures to prevent disclosure because it is only then requiring protection.⁶⁰ These measures don't have to be fully effective or unbreachable.⁶¹ But organizations should at least mark the information as confidential, regulate confidentiality explicitly in the contract, give access only to people who need to know it for their work, include some technological protection and a sensible way of disclosing information to employees.⁶²

Furthermore, the interest in confidentiality has to be legitimate, which is one of the aspects where the German regulation differs from the EU directive by being more restrictive. This isn't the case, some say, when the information is about illegal conduct. If interpreted that way one must acknowledge that it might be a violation of the EU directive which systematically seems to want to protect illegal information as well and needs to be applied in the

⁴⁶ *Bottman*, in: Park, Kapitalmarktstrafrecht, 2019, Chapter 2.1. Rn. 44.

⁴⁷ *Granetzny/Krause*, CCZ 1/2020, 35.

⁴⁸ *Granetzny/Krause*, CCZ 1/2020, 36.

⁴⁹ § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG; *Granetzny/Krause*, CCZ 1/2020, 34, 35.

⁵⁰ See above.

⁵¹ § 3, 4 GeschGehG

⁵² Art. 2 Directive (EU) 2016/943; *Ohly*, GRUR 2019, 441 (442).

⁵³ *Alexander*, AfP 2019, 1 (5).

⁵⁴ *BGH*, GRUR 2018, 1161 Rn. 38.

⁵⁵ *Ohly*, GRUR 2019, 441 (443).

⁵⁶ Recital point 14, Directive (EU) 2016/943.

⁵⁷ *Granetzny/Krause*, CCZ 1/2020, 33.

⁵⁸ *Ohly*, GRUR 2019, 441 (443).

⁵⁹ Recital point 14, Directive (EU) 2016/943.

⁶⁰ *Ohly*, GRUR 2019, 441 (443).

⁶¹ *Maafßen*, GRUR 2019, 352 (355 f.)

⁶² BT-Drs. 19/4724, pp. 24 f.

Union-law friendly way that the legitimacy of the interest is subject to absolute presumption.⁶³

The action that one can be liable for is regulated in § 4 GeschGehG. It prohibits the illegal obtainment, use and disclosure of trade secrets. To be more specific, the disclosure is prohibited if the trade secret was before obtained illegally or the disclosure itself violates a obligation, e.g. derived from the employment contract.

§ 23 GeschGehG then actually regulates the criminal liability. In general, under this law it is a criminal offense to obtain and disclose trade secret to a third party⁶⁴ if done so because of a certain motivation. These motives are what distinguishes the liability of a whistleblower from being only civil to criminal.⁶⁵ They include the disclosure to favor oneself or others in the competition to the disadvantage of the possessor, to personally gain any kind of advantage or for the benefit of a third party or to generally want to directly harm the company.

Theoretically, whistleblowing thus is a criminal offense under § 23 GeschGehG as long as the reported information is a trade secret and the whistleblower acts under one of the just mentioned motives. In certain qualified cases the penalty can be increased, namely due to commercial nature of the reporting or usage of the trade secret abroad. It is also already a criminal offense to just attempt disclosure,⁶⁶ beginning with the point of initiation of the statement or transmission.⁶⁷

On behalf of a balance of interests, the act of the whistleblower might be justified under certain circumstances though. Generally, § 5 GeschGehG offers exceptions of liability because of offenses under § 23 GeschGehG. Relevant for whistleblowers is § 5 No. 2 GeschGehG which aims at regulating precisely the conflict of interests that whistleblowing portrays. If the disclosure has the subject of an illegal (at least administrative offense), occupational (meaning violating labor norms) or, otherwise unethically relevant, misconduct of some significance that actually happened and is able to protect common public interests, it is justified even if the criteria of § 23 GeschGehG are fulfilled. The disclosure is objectively able to protect public interests if it is to be expected that it will lead to the conduct being terminated immediately and definitely.⁶⁸

Effectively, only directly employed reporting persons are gripped by the regulations (positively or negatively) because only they can have a contractual obligation to not disclose trade secrets.⁶⁹ Persons who are only indirectly part of the organizations and did not obtain the information illegally but tangent within their function, are not whistleblowers within the scope of this law. This is a

much more restrictive interpretation than in the EU-Directives and in the common discussion.⁷⁰ It might therefore be imperative to interpret the German law in a Union-friendly way here, too and to derive justification for reporting persons not gripped from the EU-Directive, which restricts liability of reporting persons acting in the assumption disclosure was necessary.

bb) Co-perpetrators

Neither the EU-Directives nor the German law do specifically go into whether their regulations are applicable to reporting persons who participated in the misconduct. To the contrary, the motives do play quite the role in the question whether the disclosure was justified (in the German law), meaning that it might not even be applied to people who report only to lower their own sentence. There are, however, laws in Germany that protect so called principal witnesses (crown witnesses). The Criminal Code in § 46b GeschGehG regulates this protection broadly across most offenses. Co-perpetrators who voluntarily disclose or prevent a crime of a certain significance⁷¹ and context to their own crime can be eligible within judicial discretion for mitigation of their sentence. They must however successfully help solve the crime before the trial starts.⁷² Furthermore, their own contribution to the crime must be threatened with a relatively high prison sentence, which, especially in the case of whistleblowing, might not always be the case. Additionally, there are some regulations protecting principal witnesses in specific areas, for example narcotics⁷³ or criminal or terrorist organizations.⁷⁴

IV. The Draft Bill on a Corporate Sanctions Act

On August 15, 2019, the German Federal Ministry of Justice and Consumer Protection (Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz) presented a first draft bill on a Corporate Sanctions Act. The draft introduces severe sanctions on companies for corporate criminal offenses and includes regulations on internal investigations, compliance management systems and legal privilege. The draft bill includes rules about how investigations should be conducted and by whom. As well it stipulates which requirements a compliance management system has to fulfill to be recognized as beneficial when it comes to a money due against the company for corporate misconduct. But again, the draft does not address whistleblower protection. This omission may turn out as a crucial deficit. Since the provisions on witness protection in the Criminal Procedure Code do not fit whistleblowers and a Ruling like RICO (Racketeer Influenced Corrupt Organizations Act) is very much alien to German law, a provision is urgently needed. At present, however, it is not even clear

⁶³ Ohly, GRUR 2019, 441 (444, 445).

⁶⁴ BT-Drs. 19/4724, p. 27.

⁶⁵ *Hiéramente*, in: BeckOK, GeschGehG, 3rd Edition (March 2020), § 23 Rn. 8.

⁶⁶ § 23 Abs. 5 GeschGehG.

⁶⁷ *Joecks/Miebach*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2019), § 23 GeschGehG Rn. 147-152.

⁶⁸ *Joecks/Miebach*, in: MüKo-StGB, § 23 GeschGehG Rn. 128.

⁶⁹ *Bottman*, in: Park, Kapitalmarktstrafrecht, 2019, Chapter 2.1. Rn. 44.

⁷⁰ See above.

⁷¹ Listed in § 100a Abs. 2 StPO.

⁷² *Maier*, in: MüKo-StGB, 4. Aufl. (2020), § 46b Rn. 49-51.

⁷³ See § 31 BtMG.

⁷⁴ See §§ 129 Abs. 6, 129a Abs. 7 StGB.

whether a protection concept is intended or whether a reward scheme is to be the main focus. A combination would make more sense.⁷⁵

V. Conclusions and outlook

In conclusion, Germany has recently come a step closer to extensively regulating whistleblowing. But there are still inconsistencies and gaps in the protection of whistleblowers and maybe even violations of Union Law leading to the necessity to interpret the new law in a Union friendly way.

The system also doesn't really set incentives to disclose misconduct in general and especially not in a way that favors internal whistleblowing. This should, in the interest of a sensible balancing, absolutely be the case. The state could, like the U.S. does for example, give monetary

awards to whistleblowers if certain requirements are met. Legally, this would be possible as well in the EU system as in Germany, although it is "alien to the system".⁷⁶

But companies are of course free to implement monetary awards to employees who report internally first. For this whistleblowing systems need to be implemented, which is generally advisable.

Overall, this controversial topic will probably stay controversial for a while and needs to be treated with the utmost sensibility.

A robust whistleblower protection is a crucial challenge for the European democracy⁷⁷ and German legislation in particular. Despite some attempts at cultivation by the European Union, German law remains a wasteland for whistleblowers until further notice.

⁷⁵ *Grützner/Momsen/Menne*, Draft Bill on German Corporate Sanctions Act, *Compliance Elliance Journal* Vol 5 Nr. 2, 2019, 26-37

⁷⁶ *Granetzny/Krause*, *CCZ* 1/2020, 32 ff.

⁷⁷ *Quentin Van Enis*, Robust Whistleblower Protection is a Crucial Challenge for the European Democracy, 2018, https://www.academia.edu/40188127/Robust_whistleblower_protection_is_a_crucial_challenge_for_the_European_democracy.

ENTSCHEIDUNGEN

Zur Bedeutung der Eigengefährdung für das Vorliegen von bedingtem Tötungsvorsatz bei riskanten Verhaltensweisen im Straßenverkehr – Zweites Verfahren

BGH, Urt. v. 18.6.2020 – 4 StR 482/19 – LG Berlin
(Fortführung von BGH, Urt. v. 1.3.2018 – 4 StR 399/17)

1. Die Bewertung der Eigengefährdung durch den Täter kann abhängig von seinem Vorstellungsbild über mögliche Tathergänge abgestuft sein; so kann er bei Fassen des Tatentschlusses einen bestimmten gefahr-begründenden Sachverhalt hinnehmen, während er auf das Ausbleiben eines anderen, für ihn mit einem höheren Risiko verbundenen Geschehensablaufs vertraut.

2. Für die Prüfung, ob ein Unfallgeschehen mit tödlichen Folgen vom bedingten Vorsatz des Täters umfasst war, kommt es daher darauf an, ob er den konkreten Geschehensablauf als möglich erkannt und die damit einhergehende Eigengefahr hingenommen hat. Ist dies der Fall und verwirklicht sich dieses Geschehen, ist es für die Prüfung der Vorsatzfrage unerheblich, ob er weitere Geschehensabläufe, die aus seiner Sicht mit einer höheren und deshalb von ihm nicht gebilligten Eigengefahr verbunden waren, ebenfalls für möglich erachtet hat.

(Amtl. Ls.)

[...]

¹ Gründe:
Das LG hatte die Angeklagten im ersten Rechtsgang mit Urteil vom 27.2.2017 jeweils wegen Mordes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung und mit vorsätzlicher Gefährdung des Straßenverkehrs zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt, ihnen die Fahrerlaubnis entzogen, ihre Führerscheine eingezogen und die Verwaltungsbehörde angewiesen, ihnen lebenslang keine neue Fahrerlaubnis zu erteilen. Auf ihre Revisionen hob der Senat mit Urteil vom 1.3.2018 (4 StR 399/17, BGHSt 63, 88) das landgerichtliche Urteil mit den Feststellungen auf und verwies die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an eine andere *Schwurgerichtskammer* des LG zurück. Im zweiten Rechtsgang hat das LG die Angeklagten wiederum jeweils wegen Mordes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung und mit vorsätzlicher Gefährdung des Straßenverkehrs zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt. Zudem hat es ihnen die Fahrerlaubnis entzogen, ihre Führerscheine eingezogen und die Verwaltungsbehörde angewiesen, ihnen für die Dauer von fünf Jahren keine neue Fahrerlaubnis zu erteilen. Gegen dieses Urteil wenden sich die Angeklagten mit ihren jeweils auf die

Rüge der Verletzung sachlichen Rechts gestützten Revisionen.

A.

² Das LG hat im Wesentlichen folgende Feststellungen getroffen:

³ Die Angeklagten befuhren am 1. Februar 2016 gegen 0.30 Uhr mit ihren hochmotorisierten Fahrzeugen den Kurfürstendamm in Berlin. Beifahrerin im Fahrzeug des Angeklagten N war die Nebenklägerin K. Beide Angeklagte, die nebeneinander vor einem roten Ampellicht zum Stehen gekommen waren, verständigten sich, ein „Stechen“ auszutragen, d.h. eine Wettfahrt bis zur nächsten rot anzeigenden Ampelanlage. Sie fuhren zunächst zwei „Stechen“ über eine Strecke von jeweils etwa 300 Metern, die der Angeklagte N, der über das deutlich stärker motorisierte Fahrzeug verfügte, für sich entschied, und entschlossen sich sodann spontan zu einem Autorennen über eine rund 1,6 Kilometer lange Strecke. Der Angeklagte N überholte den Angeklagten H, setzte sich anschließend weiter von seinem Kontrahenten ab und durchfuhr auf der linken Fahrspur als erster mit einer Geschwindigkeit von 90 bis 100 km/h die Kurve an der Kaiser-Wilhelm-Gedächtniskirche, die den Übergang vom Kurfürstendamm in die Tauentzienstraße bildet. Die Geschwindigkeit des die rechte Fahrspur befahrenden Angeklagten H betrug hier bereits 120 bis 130 km/h und lag im Bereich der Kurvengrenzgeschwindigkeit. Kurz vor dem Ausgang der Kurve missachteten beide Angeklagte die für ihre Fahrtrichtung rot anzeigende Lichtzeichenanlage und fuhren in die nunmehr gerade verlaufende Tauentzienstraße ein. Nach der Kurvenausfahrt nahmen beide Angeklagte wahr, dass die Lichtzeichenanlage an der in etwa 250 Meter Entfernung auf gerader Strecke vor ihnen liegenden Kreuzung der Tauentzienstraße mit der Nürnberger Straße, dem späteren Kollisionsort, für ihre Fahrtrichtung rotes Licht abstrahlte. Sicht in die von rechts einmündende Nürnberger Straße bestand wegen der baulichen Gegebenheiten nicht.

⁴ Dem – wie stets – nicht angeschnallten Angeklagten H, der an dem hinter der Kreuzung liegenden Platz Bekannte erwartete, war bewusst, dass er jetzt maximal beschleunigen und das Risiko abermals steigern musste, um das Ren-

nen noch zu gewinnen. Er gab deshalb „Vollgas“ und beschloss, anstatt zu bremsen, was ihm in diesem Zeitpunkt noch möglich gewesen wäre, die vor ihm liegende Kreuzung auch bei rotem Ampellicht zu durchfahren. Dabei war ihm bewusst, dass trotz der Nachtzeit noch Pkw-Verkehr herrschte und er von rechts aus der Nürnberger Straße querende Fahrzeuge, deren Fahrer auf ihr grünes Ampellicht vertrauten und nicht mit einer akuten Gefahr für ihr Leben rechneten, erst zu einem Zeitpunkt würde wahrnehmen können, zu dem er keine Möglichkeit einer kollisionsverhindernden Reaktion mehr hätte. Mit querendem Lkw-Verkehr rechnete er nicht. Er hielt es für möglich, dass querende Fahrzeuge im Fall einer Kollision aufgrund der hohen Geschwindigkeit seines eigenen Fahrzeuges durch dieses weggestoßen werden und deren Insassen zu Tode kommen könnten. Dies nahm er jedoch in Kauf, um das Rennen zu gewinnen und das von einem Sieg ausgehende Gefühl der Überlegenheit und Selbstwertsteigerung zu verspüren. Für sich selbst, den Angeklagten N und dessen Beifahrerin rechnete er im Hinblick auf die moderne Sicherheitsausstattung der von ihm und dem Angeklagten N gesteuerten Fahrzeuge und der als möglich erkannten Unfallkonstellation, dem Frontalaufprall seines Fahrzeugs oder desjenigen des Angeklagten N auf den deutlich weniger geschützten Seitenbereich querender Pkw, nur mit leichten Verletzungen. Mit einem Zusammenstoß seines Fahrzeugs mit dem Fahrzeug des Angeklagten N rechnete er nicht. Ihm war ebenfalls bewusst, dass gegebenenfalls mehrere querende Fahrzeuge in eine Kollision verwickelt und auf dem Gehweg befindliche Fußgänger bei einer Kollision erfasst werden könnten. Auch hiermit fand er sich ab.

- ⁵ Der Angeklagte N erkannte nach Durchfahren der Kurve, dass der Angeklagte H das Rennen unter allen Umständen fortsetzen und gewinnen wollte, und gab ebenfalls „Vollgas“. Etwa 90 Meter vom späteren Kollisionsort entfernt nahm der Angeklagte N – bei einer zu diesem Zeitpunkt gefahrenen Geschwindigkeit von rund 132 km/h – den Fuß kurz vom Gaspedal, weil er die sich abzeichnende Gefahr einer Kollision mit dem bevorrechtigten Querverkehr erkannte. Obwohl ihm bewusst war, dass zu diesem Zeitpunkt eine rechtzeitige Bremsung noch möglich war, entschied er sich, die von dem im Aufholen begriffenen, deutlich schneller fahrenden Angeklagten H auch unter diesen Bedingungen an ihn herangetragene Weiterführung des Rennens anzunehmen, um dieses – auch unter Inkaufnahme tödlicher Verletzungen der Insassen querender Fahrzeuge – zu gewinnen, und trat das Gaspedal wieder durch. Beide Angeklagte fuhren bei weiterhin rotem Licht abstrahlender Lichtzeichenanlage nahezu gleichzeitig in die Kreuzung ein.
- ⁶ In der Kreuzung kollidierte das Fahrzeug des Angeklagten H ungebremst mit einer Geschwindigkeit von 160 bis 170 km/h nahezu rechtwinklig mit dem Fahrzeug des Geschädigten W, der aus der Nürnberger Straße in Fahrtrichtung der Angeklagten von rechts kommend regelkonform bei grünem Ampelsignal in den Kreuzungsbereich eingefahren war. Durch den Aufprall wurde der Pkw des Geschädigten durch die Luft geschleudert und vollständig zerstört. Der Geschädigte erlitt schwerste Verletzungen

und verstarb noch am Unfallort.

- ⁷ Das von dem Angeklagten H gesteuerte Fahrzeug wurde nach links abgelenkt und prallte gegen den Pkw des Mitangeklagten, bevor es mit einer Geschwindigkeit von 140 km/h gegen eine Hochbeeteinfassung stieß. Das von dem Angeklagten N gesteuerte Fahrzeug kollidierte mit einer Geschwindigkeit von 139 bis 149 km/h mit einer Fußgängerampel und sodann mit der Hochbeeteinfassung, wodurch es mehrere Meter durch die Luft katapultiert wurde. Die Beifahrerin im Fahrzeug des Angeklagten N wurde erheblich verletzt.
- ⁸ Das LG hat angenommen, dass sich die Angeklagten im Hinblick auf den Geschädigten W wegen mittäterschaftlich begangenen Mordes (§ 211 Abs. 2 StGB) strafbar gemacht hätten, wobei die Mordmerkmale Heimtücke, niedrige Beweggründe und Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln verwirklicht seien; tateinheitlich hierzu hätten sie – ebenfalls als Mittäter – eine gemeinschaftliche gefährliche Körperverletzung (§ 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB) zum Nachteil der Beifahrerin des Angeklagten N und eine vorsätzliche Straßenverkehrsgefährdung durch Nichtbeachtung der Vorfahrt und zu schnelles Fahren an einer Kreuzung (§ 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. a und lit. d StGB) begangen.
- B.
- ⁹ Die Revision des Angeklagten N hat Erfolg.
- ¹⁰ Bereits die Erwägung des LG zu einer mittäterschaftlichen Tatbegehung durch den Angeklagten N halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand.
- ¹¹ I. Mittäterschaft i.S.d. § 25 Abs. 2 StGB setzt einen gemeinsamen Tatentschluss voraus, auf dessen Grundlage jeder Mittäter einen objektiven Tatbeitrag leisten muss (vgl. *BGH*, Beschl. v. 13.9.2017 – 2 StR 161/17, NStZ-RR 2018, 40; v. 4.4.2017 – 3 StR 451/16, Rn. 7). Der gemeinsame Tatplan muss nicht ausdrücklich geschlossen sein, vielmehr genügt eine konkludente Übereinkunft; diese kann auch – in Erweiterung des ursprünglichen Tatplans – im Rahmen arbeitsteiliger Tatausführung getroffen werden (vgl. *BGH*, Ur. v. 1.12.2011 – 5 StR 360/11, NStZ-RR 2012, 77 [78]; v. 15.1.1991 – 5 StR 492/90, BGHSt 37, 289 [292]; Beschl. v. 18.5.1995 – 5 StR 139/95, BGHSt 41, 149 [151]). Bezugspunkt des Tatentschlusses bzw. des Tatplans ist gemäß § 25 Abs. 2 StGB jedoch stets die Straftat. Ein mittäterschaftlich begangenes Tötungsdelikt setzt daher voraus, dass der gemeinsame Tatentschluss auf die Tötung eines Menschen durch arbeitsteiliges Zusammenwirken gerichtet ist. Für die Annahme eines mittäterschaftlich begangenen Tötungsdelikts reicht es deshalb nicht aus, dass sich die Täter lediglich zu einem gemeinsamen Unternehmen entschließen, durch das ein Mensch zu Tode kommt (vgl. *BGH*, Ur. v. 1.3.2018 – 4 StR 399/17, BGHSt 63, 88 [97]).
- II. Das LG hat hierzu ausgeführt, dass der gemeinsame Tatentschluss der Angeklagten zur Durchführung eines illegalen Straßenrennens nach dem Durchfahren der Kurve

an der Kaiser-Wilhelm-Gedächtniskirche eine Erweiterung erfahren habe. Zunächst habe der Angeklagte H den Tatentschluss gefasst, das Rennen um jeden Preis – auch unter Inkaufnahme des Todes von Insassen querender Fahrzeuge – zu gewinnen. Dies habe der Angeklagte N, nachdem er etwa 90 Meter vor dem Kollisionsort letzte Bedenken beiseite gewischt habe, erkannt, sein Fahrzeug wieder maximal beschleunigt und dadurch dem Angeklagten H zu erkennen gegeben, dass auch er das Rennen fortsetzen und den Tod von Insassen querender Fahrzeuge in Kauf nehmen wolle. Beide Angeklagte hätten auch bis zuletzt, d.h. bis zu dem Zeitpunkt, zu dem eine Kollision nicht mehr zu verhindern gewesen sei, gemeinsame Tatherrschaft über das Geschehen gehabt.

- ¹³ III. Dies hält rechtlicher Überprüfung nicht stand.
- ¹⁴ 1. Es kann dahingestellt bleiben, ob – worauf der *Generalbundesanwalt* hingewiesen hat – die Urteilsgründe im Hinblick auf den Zeitpunkt, zu dem der Angeklagte N den Tötungsvorsatz gefasst haben soll, unklar oder sogar widersprüchlich sind. Denn die Beweiswürdigung trägt die Feststellung eines gemeinsamen auf die Tötung eines Menschen gerichteten Tatentschlusses nicht.
- ¹⁵ Im Rahmen der Beweiswürdigung hat sich das *LG* lediglich mit der Frage des (bedingten) Vorsatzes des Angeklagten N bezogen auf eine eigene Tat, d.h. einen durch ihn selbst verursachten tödlichen Unfall, auseinandergesetzt, nicht aber mit einem auf eine gemeinsame Tatausführung mit dem Angeklagten H gerichteten Tatentschluss. Auch in der rechtlichen Würdigung des angefochtenen Urteils wird lediglich behauptet, die Angeklagten hätten einen auf ein Tötungsdelikt gerichteten gemeinsamen Tatplan gefasst; belegt wird dies nicht. Woraus das *LG* schließt, die Angeklagten hätten den auf ein verbotes Straßrennen bezogenen gemeinsamen Tatentschluss nach Passieren der Kurve an der Kaiser-Wilhelm-Gedächtniskirche nochmals im Sinne eines Zusammenwirkens auch in Bezug auf eine bedingt vorsätzliche Tötung anderer Verkehrsteilnehmer erweitert, lässt sich schließlich auch dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe nicht entnehmen. Angesichts der sehr kurzen Zeitspanne bis zum Unfall sowie der Fokussierung der Angeklagten auf das bevorstehende Rennende und den Renngewinn liegt eine solche, auf die Tötung eines Menschen gerichtete konkludente Erweiterung des gemeinsamen Tatentschlusses der Angeklagten auch fern.
- ¹⁶ 2. Darüber hinaus fehlt es an Feststellungen dazu, dass der Angeklagte N nach dem Zeitpunkt, zu dem der gemeinsame Tatentschluss beider Angeklagten gefasst worden sein soll, noch einen objektiven Tatbeitrag des Erfolgseintritts leistete.
- ¹⁷ Kann einer der Beteiligten, nachdem er sich zur Tatbeteiligung entschlossen hat, die Tatausführung nicht mehr fördern, weil für die Herbeiführung des tatbestandsmäßigen Erfolges schon alles getan ist und sein Tun deshalb auf den weiteren Ablauf des tatbestandsmäßigen Geschehens ohne Einfluss bleibt, kommt eine mittäterschaftliche Mitwirkung trotz Kenntnis, Billigung und gegebenenfalls

Ausnutzung der durch einen anderen geschaffenen Lage nicht in Betracht (vgl. *BGH*, Urt. v. 7.8.1984 – 1 StR 385/84, *NStZ* 1984, 548 f.).

- ¹⁸ Nach den Feststellungen war dem Angeklagten N zwar eine unfallvermeidende Bremsung selbst noch möglich, als er sich bewusst dafür entschied, die vom Angeklagten H an ihn herangetragene Weiterführung des Rennens anzunehmen. Zu der Frage, ob in diesem Zeitpunkt auch der Angeklagte H den Zusammenstoß mit dem Geschädigten W durch eine Bremsung noch hätte verhindern können, verhalten sich die Urteilsgründe dagegen nicht. Dies versteht sich angesichts der deutlich höheren Geschwindigkeit des Fahrzeugs des Angeklagten H und der sehr kurzen Zeitspanne bis zum Unfall auch nicht von selbst. Für eine Verurteilung wegen mittäterschaftlich begangenen Mordes zum Nachteil des Geschädigten W käme es allein auf die Bremsmöglichkeit des Angeklagten H an. Denn der Angeklagte N hätte nur noch dann Einfluss auf das durch den Angeklagten H bereits in Gang gesetzte Geschehen nehmen können, wenn dieser im Zeitpunkt der Fassung eines auf die Tötung eines anderen Verkehrsteilnehmers gerichteten gemeinsamen Tatentschlusses den Unfall noch hätte abwenden können.
- C.
- ¹⁹ Die Revision des Angeklagten H führt lediglich zu der aus dem Urteilstenor ersichtlichen Schuldspruchänderung; im Übrigen bleibt sie ohne Erfolg.
- ²⁰ I. Der Schuldspruch wegen Mordes hält rechtliche Nachprüfung stand.
- ²¹ 1. Die Annahme des *LG*, der Angeklagte H habe mit bedingtem Tötungsvorsatz gehandelt, begegnet keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken.
- ²² Bedingter Tötungsvorsatz ist gegeben, wenn der Täter den Tod als mögliche, nicht ganz fernliegende Folge seines Handelns erkennt (Wissenselement) und dies billigt oder sich um des erstrebten Zieles willen zumindest mit dem Eintritt des Todes eines anderen Menschen abfindet, mag ihm der Erfolgseintritt auch gleichgültig oder an sich unerwünscht sein (Willenselement). Bewusste Fahrlässigkeit liegt dagegen vor, wenn der Täter mit der als möglich erkannten Tatbestandsverwirklichung nicht einverstanden ist und ernsthaft und nicht nur vage darauf vertraut, der tatbestandliche Erfolg werde nicht eintreten (vgl. *BGH*, Urt. v. 1.3.2018 – 4 StR 399/17, *BGHSt* 63, 88 [93]; v. 14.1.2016 – 4 StR 84/15, *NStZ-RR* 2016, 79 [80]; v. 18.10.2007 – 3 StR 226/07, *NStZ* 2008, 93).
- ²³ Ob der Täter nach diesen rechtlichen Maßstäben bedingt vorsätzlich gehandelt hat, ist in Bezug auf beide Elemente im Rahmen der Beweiswürdigung umfassend zu prüfen und durch tatsächliche Feststellungen zu belegen. Die Prüfung, ob Vorsatz oder (bewusste) Fahrlässigkeit vorliegt, erfordert eine Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände, wobei es vor allem bei der Würdigung des voluntativen Vorsatzelements regelmäßig erforderlich ist, dass sich das Tatgericht mit der Persönlichkeit des Täters auseinandersetzt und dessen psychische

Verfassung bei der Tatbegehung, seine Motivlage und die für das Tatgeschehen bedeutsamen Umstände – insbesondere die konkrete Angriffsweise – mit in Betracht zieht (vgl. *BGH*, Urt. v. 14.1.2016 – 4 StR 84/15, NStZ-RR 2016, 79 [80]; v. 22.3.2012 – 4 StR 558/11, BGHSt 57, 183 [186 f.]). Dabei ist die objektive Gefährlichkeit der Tathandlung zwar ein wesentlicher Indikator sowohl für das Wissens- als auch für das Willenselement des bedingten Vorsatzes. Die Gefährlichkeit der Tathandlung und der Grad der Wahrscheinlichkeit eines Erfolgeintritts sind aber keine allein maßgeblichen Kriterien für die Entscheidung, ob ein Angeklagter mit bedingtem Vorsatz gehandelt hat; vielmehr kommt es auch bei in hohem Maße gefährlichen Handlungen auf die Umstände des Einzelfalles an. Bei der gebotenen Gesamtschau hat das Tatgericht die im Einzelfall in Betracht kommenden, einen Vorsatz in Frage stellenden Umstände in seine Erwägungen einzubeziehen (vgl. *BGH*, Urt. v. 1.3.2018 – 4 StR 399/17, BGHSt 63, 88 [93 f.]; v. 26.11.2014 – 2 StR 54/14, NStZ 2015, 516 f.; Beschl. v. 27.8.2013 – 2 StR 148/13, NStZ 2014, 35; v. 10.7.2007 – 3 StR 233/07, NStZ-RR 2007, 307).

- 24 Gemessen an diesen Grundsätzen ist gegen die Beweiswürdigung des *Schwurgerichts* zur Frage einer bedingt vorsätzlichen Tötung von Rechts wegen nichts zu erinnern. Die Würdigung der Beweise ist vom Gesetz dem Tatgericht übertragen (§ 261 StPO). Das Revisionsgericht ist demgegenüber auf die Prüfung beschränkt, ob die Beweiswürdigung des Tatgerichts mit Rechtsfehlern behaftet ist, etwa weil sie Lücken oder Widersprüche aufweist oder mit den Denkgesetzen oder gesichertem Erfahrungswissen nicht in Einklang steht. Sind derartige Rechtsfehler nicht feststellbar, hat das Revisionsgericht die tatrichterliche Überzeugungsbildung auch dann hinzunehmen, wenn eine abweichende Würdigung der Beweise näher liegend gewesen wäre (vgl. *BGH*, Urt. v. 31.10.2019 – 1 StR 219/17, Rn. 49; v. 16.8.2012 – 3 StR 237/12, NStZ-RR 2012, 369 [370]).
- 25 Das *LG* hat die maßgeblichen vorsatzrelevanten objektiven und subjektiven Tatumstände gesamtwürdigend betrachtet und sich mit den im konkreten Fall wesentlichen vorsatzkritischen Umständen hinreichend auseinandergesetzt.
- 26 a) Es hat das Willenselement des bedingten Vorsatzes rechtsfehlerfrei bejaht. Hierzu hat es ausgeführt, dem Angeklagten sei nach Durchfahren der Kurve an der Kaiser-Wilhelm-Gedächtniskirche das für ihn unkalkulierbare Risiko bewusst gewesen, dass es an der ampelgeregelten Kreuzung zu einem frontalen Aufprall seines Fahrzeuges auf ein bevorrechtigtes querendes Fahrzeug mit tödlichem Ausgang für dessen Insassen kommen konnte. Dies hat es auch belegt.
- 27 Die Annahme, dass sich der Angeklagte des Risikos eines Unfalls aufgrund seiner Fahrweise bewusst war, hat das *LG* tragfähig auf die Äußerung des Angeklagten gegenüber der Verkehrspsychologin B gestützt, dass er dieses Risiko tagsüber meide, es jedoch nachts eingehe. Darüber hinaus hat es aus der vom Angeklagten wahrgenommenen Verkehrssituation, d.h. der rot abstrahlenden Lichtzeichenanlage, dem trotz der Nachtzeit noch herrschenden Verkehr und der fehlenden Einsehbarkeit der Kreuzung sowie vor allem seiner Beschleunigung auf eine Geschwindigkeit von 160 bis 170 km/h bei erlaubten 50 km/h, geschlossen, der Angeklagte habe zudem erkannt, dass er auf aus der Nürnberger Straße kommenden Querverkehr nicht mehr kollisionsvermeidend reagieren konnte und die Gefahr eines frontalen Aufpralls auf die relativ ungeschützte Fahrerseite eines von rechts querenden Fahrzeugs mit tödlichem Ausgang für die Insassen des querenden Fahrzeugs offenkundig sehr hoch war.
- 28 Dabei ist nicht zu beanstanden, dass das *LG* der Selbstüberschätzung des Angeklagten betreffend seine fahrerischen Fähigkeiten insoweit keine Bedeutung beigemessen hat. Angesichts der fehlenden Sicht in die zu querende Straße war für eine Fehleinschätzung des Risikos durch den Angeklagten, dessen Wahrnehmungsfähigkeit ausweislich des eingeholten psychiatrischen Gutachtens nicht eingeschränkt war, von vornherein kein Raum.
- 29 Es kann in diesem Zusammenhang ferner dahingestellt bleiben, ob die Strafkammer die Abstände der Fahrzeuge zueinander und zum Unfallort zutreffend berechnet hat. Denn die für die Risikokenntnis maßgeblichen Feststellungen zur Beschleunigung und Geschwindigkeit des Fahrzeugs des Angeklagten H gründen nicht auf den Abstandsberechnungen. Die Beschleunigung des Fahrzeugs des Angeklagten H hat die sachverständig beratene *Strafkammer* vielmehr aus der Kurvengrenzgeschwindigkeit sowie der Motorleistung und der Geschwindigkeit des von ihm gesteuerten Fahrzeugs im Unfallzeitpunkt hergeleitet. Letztere hat sie anhand der Geschwindigkeit des Fahrzeugs des Angeklagten N im Zeitpunkt des Anpralls an den Mast der Fußgängerampel ermittelt, die der unfallanalytische Sachverständige aus dem im Fahrzeug des Angeklagten N vorhandenen Ereignisdatenspeicher ausgelesen hat. Aus dieser Geschwindigkeit und dem Schadensbild konnte die *Strafkammer* – wiederum gestützt auf die Ausführungen des Sachverständigen – auf die Geschwindigkeit des Fahrzeugs des Angeklagten H um Unfallzeitpunkt schließen.
- 30 b) Die Beweiswürdigung zum Willenselement des Vorsatzes ist ebenfalls nicht zu beanstanden. Das *LG* hat aus der außergewöhnlichen Gefährlichkeit des Verhaltens des Angeklagten geschlossen, dass er einen Unfall mit tödlichem Ausgang für die Insassen querender Fahrzeuge billigend in Kauf nahm. Dabei hat es sich auch ausreichend mit den maßgeblichen vorsatzkritischen Gesichtspunkten auseinandergesetzt.
- 31 aa) Das *LG* hat insbesondere die durch einen Unfall drohende Gefahr für die eigenen körperliche Integrität des Angeklagten zutreffend als wesentlichen vorsatzkritischen Umstand in seine Betrachtung einbezogen.
- 32 Nach den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen kann bei riskanten Verhaltensweisen im Straßenverkehr, die nicht von vornherein auf die Verletzung einer

anderen Person oder die Herbeiführung eines Unfalls angelegt sind, eine vom Täter als solche erkannte Eigengefährdung dafür sprechen, dass er auf einen guten Ausgang vertraute (vgl. *BGH*, Urt. v. 1.3.2018 – 4 StR 399/17, BGHSt 63, 88 [95]; *BayObLG*, NJW 1955, 1448 [1449]; vgl. hierzu auch *Roxin*, in: FS Rudolphi, 2004, S. 243 [255]; *Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 219; *Jäger*, JA 2017, 786 [788]; *Walter*, NJW 2017, 1350 f.). Dementsprechend muss sich das Tatgericht beim Vorliegen einer solchen Konstellation einzelfallbezogen damit auseinandersetzen, ob und in welchem Umfang aus Sicht des Täters aufgrund seines Verhaltens eine Gefahr (auch) für seine eigene körperliche Integrität drohte. Hierfür können sich wesentliche Indizien aus den objektiven Tatumständen ergeben, namentlich dem täterseitig genutzten Verkehrsmittel und dem konkreten Unfallszenario. So kann es sich etwa unterschiedlich auf das Vorstellungsbild des Täters zu seiner Eigengefährdung auswirken, ob er sich selbst in einem Pkw oder auf einem Motorrad befindet und ob Kollisionen mit Fußgängern oder Radfahrern oder mit anderen Pkw oder gar Lkw drohen (vgl. *BGH*, Urt. v. 1.3.2018 – 4 StR 399/17, BGHSt 63, 88 [95]; v. 1.3.2018 – 4 StR 158/17, NStZ 2018, 460 [462]).

³³ Objektiver Bezugspunkt für das im Rahmen der Vorsatzfeststellung relevante Vorstellungsbild des Täters über die mit der Tatbegehung einhergehende Eigengefährdung kann dabei – nicht anders als für die Beurteilung der Fremdgefahr – nur das konkrete Tatgeschehen sein, um dessen subjektive Zurechnung es geht (§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB). Denn nach den dargestellten Grundsätzen der Senatsrechtsprechung kommt der vorgestellten Eigengefährdung deshalb vorsatzkritische Bedeutung zu, weil diese ein mögliches Indiz für das Vertrauen des Täters sein kann, dass gerade der die Eigengefährdung begründende Geschehensablauf nicht eintreten wird. Verwirklicht sich daher ein vom Täter vorgestelltes Geschehen, so ist auch die vorsatzkritische Indizwirkung der vom Täter angenommenen Eigengefährdung allein an diesem Sachverhalt zu messen. Auf mögliche andere Geschehensabläufe kommt es für die Beurteilung der subjektiven Einschätzung des Täters in Bezug auf seine Eigengefährdung in einem solchen Fall nicht an.

³⁴ Dies ergibt sich aus Folgendem:

³⁵ Die Bewertung der Eigengefährdung durch den Täter kann abhängig von seinem Vorstellungsbild über mögliche Tathergänge abgestuft sein. So kann ein Täter ohne Weiteres bei Fassen des Tatentschlusses einen bestimmten gefahr begründenden Sachverhalt – bei einem drohenden Unfallgeschehen etwa die Kollision mit einem Fußgänger – hinnehmen, während er auf das Ausbleiben eines anderen, für ihn mit einem höheren Risiko verbundenen Geschehensablaufs – etwa das Ausbleiben eines Zusammenstoßes mit einem Lkw – vertraut. Für die Prüfung, ob ein konkretes Geschehen mit tödlichen Folgen vom bedingten Vorsatz umfasst war, kommt es daher entscheidend darauf an, ob der Täter einen bestimmten Geschehensablauf als möglich erkannt und die mit diesem Geschehensablauf einhergehende Eigengefährdung hingenom-

men hat. Ist dies der Fall und verwirklicht sich dieses Geschehen, ist es für die Prüfung der Vorsatzfrage unerheblich, ob der Täter bei Fassen des Tatentschlusses weitere Geschehensabläufe, die aus seiner Sicht mit einer höheren und deshalb von ihm nicht gebilligten Eigengefährdung verbunden waren, ebenfalls für möglich erachtet hat.

³⁶ Hieran gemessen ist nicht zu beanstanden, dass das *LG* der Eigengefährdung des Angeklagten bei der Vorsatzprüfung kein maßgebliches Gewicht beigemessen hat.

³⁷ Das *LG* hat bei der Erörterung der Eigengefährdung zutreffend nur das tatsächlich eingetretene Unfallgeschehen in den Blick genommen. Eine Auseinandersetzung mit möglichen anderen Unfallszenarien war nicht erforderlich.

³⁸ (1) Zunächst ist das *LG* tragfähig davon ausgegangen, dass es sich bei dem eingetretenen ungebremsten Frontalaufprall auf ein von rechts querendes Fahrzeug um ein mögliches, wenn nicht gar naheliegendes Unfallszenario handelte und der ortskundige, mit maximaler Beschleunigung fahrende Angeklagte, der die rot abstrahlende Lichtzeichenanlage, den zur Nachtzeit noch herrschenden Verkehr und die fehlende Einsehbarkeit der Kreuzung wahrnahm, dies als mögliches Unfallszenario auch erkannte. Da sich dieses vom Vorstellungsbild des Angeklagten erfasste Geschehen verwirklichte, war es zur Bewertung der Eigengefährdung nicht erforderlich, andere mögliche Geschehensabläufe, wie sie das *LG* etwa bei der Erörterung der Gemeingefahr im Rahmen der Prüfung der Mordmerkmale in den Raum gestellt hat, in den Blick zu nehmen. Denn selbst wenn der Angeklagte andere Unfallhergänge mit einem möglicherweise für ihn höheren Eigengefährdungspotential in Betracht gezogen haben sollte, ließe dies die Frage, wie er seine eigene Gefährdung durch den vorgestellten und tatsächlich eingetretenen Unfall einschätzte, unberührt.

³⁹ (2) Die Annahme des *LG*, der Angeklagte habe für den von ihm für möglich erachteten Frontalaufprall auf ein querendes Fahrzeug die Gefahr für seine eigene körperliche Integrität als gering eingeschätzt, ist rechtsfehlerfrei begründet.

⁴⁰ Dies gilt auch, soweit das *LG* dem Umstand, dass der Angeklagte keinen Sicherheitsgurt angelegt hatte, bei der Bewertung der Eigengefährdung keine wesentliche vorsatzkritische Bedeutung beigemessen hat. Zwar hat das *LG* in diesem Zusammenhang auf die Bekundungen des unfallanalytischen Sachverständigen zur ausreichenden Schutzwirkung des Airbags abgestellt, obwohl der Angeklagte selbst – wie das *LG* weiter ausgeführt hat – nicht über die Kenntnis des Sachverständigen verfügte. Indes ist der Schluss des *LG*, dass der Angeklagte die Gefahr für seine eigene körperliche Integrität trotz Nichtanlegens des Sicherheitsgurts als gering einschätzte, weil er sich in seinem mit moderner Sicherheitstechnik ausgestatteten Fahrzeug sehr sicher fühlte, mit Blick darauf, dass er trotz früherer Unfallereignisse und einer bewusst riskanten Fahrweise beim Fahren grundsätzlich den Sicherheitsgurt nicht anlegte, revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

- ⁴¹ bb) Das *LG* hat sich ferner hinreichend mit der Motivlage des Angeklagten auseinandergesetzt. Bei der Prüfung, ob Vorsatz oder (bewusste) Fahrlässigkeit vorliegt, kann die Motivlage des Täters im Rahmen der gebotenen umfassenden Gesamtwürdigung aller Umstände ein gewichtiges Indiz sein. Auch wenn der mit bedingtem Tötungsvorsatz handelnde Täter in Verfolgung eines anders gelagerten Handlungsantriebs in der Regel über kein Tötungsmotiv verfügt, kann die Art der Beweggründe für die Prüfung von Bedeutung sein, ob der Täter nach der Stärke des ihn treibenden Handlungsimpulses um des angestrebten Zieles willen bei der Tatausführung die Tötung eines anderen Menschen billigend in Kauf nahm (vgl. *BGH*, Beschl. v. 30.7.2019 – 2 StR 122/19, Rn. 23; v. 27.10.2015 – 2 StR 312/15, NJW 2016, 1970 [1971]; v. 24.8.1990 – 3 StR 311/90, BGHR, StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter Rn. 22).
- ⁴² Das *LG* hat das Motiv des Angeklagten, das Rennen zu gewinnen, um das von einem Sieg ausgehende Gefühl der Überlegenheit und Selbstwertsteigerung zu verspüren, als vorsatzbestätigend bewertet, wobei es nicht erörtert hat, dass die Realisierung des erkannten Risikos auch zu einem Unterliegen im Rennen führen würde und damit die Erreichung des Handlungsziels unmöglich wäre.
- ⁴³ Dies ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Nach der Wertung des *LG* war dem Angeklagten bewusst, dass er, um eine Chance zu haben, das Rennen trotz seines Rückstandes und der schwächeren Motorisierung seines Fahrzeugs doch noch zu gewinnen, das Risiko für sich und andere Verkehrsteilnehmer aufs Äußerste steigern musste. Mit diesem maximalen Risiko musste er sich wegen des erstrebten Ziels abfinden. Für die Chance auf den Sieg fuhr er trotz des rot abstrahlenden Ampellichts und seiner Kenntnis, dass auch zur Nachtzeit noch Verkehr herrschte, mit maximaler Beschleunigung auf den für ihn nicht einsehbaren Kreuzungsbereich zu. Dabei hoffte er zwar auf den Gewinn des Rennens vor den Augen seiner Bekannten, er erkannte aber wegen des extremen Risikos, das er um dieses Zieles willen bewusst einging, auch die Möglichkeit des Rennverlusts durch einen folgenschweren Unfall. Angesichts dieser maximalen Risikosteigerung ist die Wertung des *LG*, der unbedingte Wille des Angeklagten, das Rennen zu gewinnen, sei als Handlungsmotiv derart wirkungsmächtig gewesen, dass ihm die weiteren als möglich erkannten, wenn auch unerwünschten Folgen letztlich gleichgültig waren, nicht zu beanstanden. Eine weitergehende Auseinandersetzung mit dem Handlungsmotiv des Angeklagten war nicht erforderlich.
- ⁴⁴ cc) Schließlich ist es nicht durchgreifend rechtsfehlerhaft, dass das *LG* der Selbstüberschätzung des Angeklagten betreffend seine fahrerischen Fähigkeiten auch bei der Prüfung des Willenselements des Vorsatzes keine vorsatzabschließende Bedeutung beigemessen hat.
- ⁴⁵ Das *LG* hat auf Grundlage des verkehrspsychologischen Gutachtens die Selbsteinschätzung des Angeklagten, „über überlegene Fahrfähigkeiten zu verfügen, nachts kilometerweit vorausblicken zu können und das Gefühl zu haben, immer anhalten oder ausweichen zu können, um niemanden zu gefährden“, als Ausdruck einer narzisstischen Selbstüberhöhungs- und deutlichen Externalisierungstendenz gewertet und damit grundsätzlich anerkannt, dass der Angeklagte seine fahrerischen Fähigkeiten maßlos überschätzte. Zwar ist es rechtlich bedenklich, dass das *LG* dieser irrationalen Selbstüberschätzung im Rahmen der Prüfung des voluntativen Vorsatzelements allein mit dem Hinweis, es handele sich nicht um eine psychische Störung gravierenden Ausmaßes, keine Bedeutung beigemessen hat; denn für die Frage, inwieweit sich die psychische Verfassung des Angeklagten auf das voluntative Vorsatzelement ausgewirkt hat, kommt es nicht allein darauf an, ob einer Beeinträchtigung Krankheitswert zukommt. Vielmehr sind psychische Beeinträchtigungen, wie etwa eine affektive oder alkoholische Beeinflussung des Täters, auch unterhalb der Schwelle der §§ 20, 21 StGB bei der für die Abgrenzung des bedingten Vorsatzes von der (bewussten) Fahrlässigkeit erforderlichen Gesamtschau aller Tatumstände regelmäßig zu berücksichtigen (vgl. *Schneider*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. [2017], § 212 Rn. 15 m.w.N.).
- ⁴⁶ Die verkürzten Erwägungen des *LG* wirken sich im Ergebnis jedoch nicht zum Nachteil des Angeklagten aus. Das *LG* hat bei der Prüfung des kognitiven Vorsatzelements tragfähig ausgeführt, dass der Angeklagte nicht nur das Risiko eines Unfalls erkannte, sondern ihm darüber hinaus auch bewusst war, dass er in der konkreten Verkehrssituation bei ungebremster Fortsetzung der Rennfahrt auf querenden Verkehr nicht mehr kollisionsvermeidend würde reagieren können. Der Angeklagte hatte das weitere Geschehen also bereits bewusst aus der Hand gegeben. Vor diesem Hintergrund fehlte für das Vertrauen darauf, einen Unfall durch besondere Fahrmanöver noch verhindern zu können, jede Grundlage.
- ⁴⁷ 2. Auch die Bewertung der Tat als Mord hält rechtlicher Nachprüfung stand. Zwar begegnet vorliegend die Annahme des Mordmerkmals der Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Die Mordmerkmale der Heimtücke und der Tötung aus niedrigen Beweggründen hat das *LG* jedoch zutreffend bejaht.
- ⁴⁸ a) Die Würdigung des *LG*, der Angeklagte habe mit gemeingefährlichen Mitteln getötet, weist durchgreifende Rechtsfehler auf.
- ⁴⁹ Das Mordmerkmal der Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln ist erfüllt, wenn der Täter ein Mittel zur Tötung einsetzt, das in der konkreten Tatsituation eine Mehrzahl von Menschen an Leib und Leben gefährden kann, weil er die Ausdehnung der Gefahr nicht in seiner Gewalt hat (vgl. *BGH*, Urte. v. 14.1.2010 – 4 StR 450/09, BGHR, StGB § 211 Abs. 2 Gemeingefährliche Mittel 4; v. 16.3.2006 – 4 StR 594/05, NStZ 2006, 503 [504]; v. 16.8.2005 – 4 StR 168/05, BGHR, StGB § 211 Abs. 2 Gemeingefährliche Mittel 2).
- ⁵⁰ Das *LG* hat hierzu ausgeführt, dem Angeklagten sei den Umständen nach klar gewesen, dass die von ihm geschaffenen Gefahren nicht auf die Insassen von rechts in die

Kreuzung einfahrender Fahrzeuge beschränkt waren. Angesichts der enormen Geschwindigkeiten und der Unüberschaubarkeit der Situation sei potentiell eine unbestimmte Zahl weiterer Opfer durch Auswirkungen der Kollision bedroht gewesen, wozu sowohl mögliche weitere aus beiden Richtungen der Nürnberger Straße kommende und die Tauentzienstraße querende Fahrzeuge mit unter Umständen mehreren Fahrzeuginsassen als auch Fußgänger zählten, die trotz der Nachtzeit auf dem innerstädtischen Boulevard in Tatortnähe unterwegs waren.

- ⁵¹ Dies genügt den Anforderungen an die Beweiswürdigung zur subjektiven Tatseite des Mordmerkmals nicht. Dass der Angeklagte andere Unfallkonstellationen unter Beteiligung mehrerer Fahrzeuge beziehungsweise über den Primäraufprall hinausgehende weitere Unfallfolgen für sich oder Dritte für möglich hielt und in Kauf nahm, hat das *LG* nicht belegt. Es hat ohne weitere Begründung lediglich behauptet, dem Angeklagten sei den Umständen nach klar gewesen, dass die von ihm geschaffenen Gefahren nicht auf die Insassen eines von rechts in die Kreuzung einfahrenden Fahrzeugs beschränkt gewesen seien. Zwar liegen, wie das *LG* ausgeführt hat, angesichts der enormen Geschwindigkeiten und der Unüberschaubarkeit der Situation weiterreichende Unfallfolgen nahe. Das *LG* hat aber in anderem Zusammenhang ausdrücklich festgestellt, dass der Angeklagte H das über den Primäraufprall hinausgehende Unfallgeschehen – konkret das Auftreffen des vom Angeklagten N gesteuerten Fahrzeugs auf der Graniteinfassung des Hochbeets, wodurch das Fahrzeug mehrere Meter durch die Luft katapultiert wurde – nicht erwartet hatte. Vor diesem Hintergrund erschließt sich nicht, dass der Angeklagte H eine unkontrollierte Ausdehnung des Unfallgeschehens und damit auch eine über die Tötung des unmittelbaren Unfallgegners hinausgehende Gefährdung Dritter erkannte und billigte.
- ⁵² b) Die Annahme des *LG*, der Angeklagte habe heimtückisch gehandelt, weist dagegen keinen Rechtsfehler auf.
- ⁵³ aa) Heimtücke im Sinne des § 211 Abs. 2 StGB setzt ein bewusstes Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers zu seiner Tötung voraus. Hierfür genügt es, dass der Täter diese in ihrer Bedeutung für die hilflose Lage des Angegriffenen und die Ausführung der Tat in dem Sinne erfasst, dass er sich bewusst ist, einen durch seine Ahnungslosigkeit gegenüber einem Angriff schutzlosen Menschen zu überraschen (vgl. *BGH*, Urt. v. 31.7.2014 – 4 StR 147/17, NStZ 2015, 30; v. 12.2.2009 – 4 StR 529/08, NStZ 2009, 264). Dies gilt in objektiv klaren Fällen bei einem psychisch normal disponierten Täter selbst dann, wenn er die Tat einer raschen Eingebung folgend begangen hat (vgl. *BGH*, Urt. v. 29.1.2015 – 4 StR 433/14, NStZ 2015, 392 [393]; v. 31.7.2014 – 4 StR 147/14, NStZ 2015, 30 [31]). Anders kann es jedoch bei „Augenblickstaten“, insbesondere bei affektiven Durchbrüchen oder sonstigen heftigen Gemütsbewegungen sein; auch kann die Spontaneität des Tatentschlusses im Zusammenhang mit der Vorgeschichte der Tat und dem psychischen Zustand des Täters ein Beweisanzeichen dafür sein, dass ihm das Ausnutzungsbewusstsein gefehlt hat (vgl. *BGH*, Urteile vom 29.1.2015 – 4 StR 433/14, NStZ 2015, 392 [393]; vom 16.8.2005 – 4 StR 168/05, NStZ 2006, 167 [169]; Beschl. v. 24.4.2012 – 5 StR 95/12, NStZ 2012, 693 [694]; v. 29.11.2011 – 3 StR 326/11, NStZ 2012, 270 [271]).
- ⁵⁴ bb) Hieran gemessen ist die Annahme des Mordmerkmals der Heimtücke aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Das *LG* hat aus der festgestellten Verkehrssituation geschlossen, dass der Geschädigte W nicht mit einem groben Verkehrsverstoß durch andere Verkehrsteilnehmer rechnete, sich auf das Grünlicht der Ampelanlage verließ, deshalb ohne besondere Vorsicht in die Kreuzung einfuhr und dementsprechend arg- und wehrlos war. Diese aus Sicht des Opfers in keiner Weise zur Vorsicht mahnende Situation erfasste der Angeklagte und nahm sie – um der Erreichung seines Zieles willen – hin. Die *Strafkammer* hat nicht verkannt, dass die Spontaneität des Tatentschlusses im Zusammenhang mit dem psychischen Zustand des Täters für ein Fehlen des Ausnutzungsbewusstseins sprechen kann. Es hat sich mit dem spontanen Tatentschluss auseinandergesetzt, diesen jedoch angesichts der sich als offensichtlich darstellenden Tatumstände und des Fehlens psychischer Einschränkungen beim Angeklagten nicht für ausreichend erachtet, um Zweifel an dessen Ausnutzungsbewusstsein aufkommen zu lassen. Für das Ausnutzungsbewusstsein ist es weder erforderlich, dass der Täter ein konkretes Opfer sinnlich wahrnimmt, noch, dass er die erkannte Arg- und Wehrlosigkeit für die Tatausführung instrumentalisiert oder anstrebt (vgl. *BGH*, Urt. v. 4.12.2012 – 1 StR 336/12, BGHR, StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 39; v. 29.4.2009 – 2 StR 470/08, NStZ 2009, 569 [570]).
- ⁵⁵ c) Die Annahme des Mordmerkmals der niedrigen Beweggründe hält rechtlicher Überprüfung ebenfalls stand.
- ⁵⁶ aa) Die Beurteilung der Frage, ob Beweggründe zu einer Tat „niedrig“ sind und – in deutlich weiterreichendem Maße als bei einem Totschlag – als verachtenswert erscheinen, hat aufgrund einer Gesamtwürdigung aller äußeren und inneren für die Handlungsantriebe des Täters maßgeblichen Faktoren, insbesondere der Umstände der Tat, der Lebensverhältnisse des Täters, der Persönlichkeit des Täters und seiner Beziehung zum Opfer, zu erfolgen (vgl. *BGH*, Urt. v. 22.3.2017 – 2 StR 656/13, NStZ 2018, 527; v. 30.10.2008 – 4 StR 352/08, NStZ 2009, 210; v. 19.10.2001 – 2 StR 259/01, BGHSt 47, 128 [130]). In subjektiver Hinsicht ist erforderlich, dass der Täter die Umstände, die die Niedrigkeit der Beweggründe ausmachen, in sein Bewusstsein aufgenommen hat und er, soweit bei der Tat gefühlsmäßige oder triebhafte Regungen eine Rolle spielen, in der Lage war, diese gedanklich zu beherrschen und willensmäßig zu steuern (vgl. *BGH*, Urt. v. 17.11.1987 – 1 StR 550/87, BGHR, StGB § 211 Abs. 2 Niedrige Beweggründe 6; Beschl. v. 6.7.1988 – 4 StR 241/88, BGHR, StGB § 211 Abs. 2 Niedrige Beweggründe 12).
- ⁵⁷ bb) Diesen Anforderungen wird das angefochtene Urteil gerecht.

- ⁵⁸ Das *LG* ist davon ausgegangen, dass die Billigung der Tötung eines Zufallsopfers in einem krassen Missverhältnis zu ihrem Anlass, der von dem unbedingten Willen zum Sieg getragenen Durchführung eines illegalen Straßenrennens, stehe. Um sein Ziel zu erreichen, habe der Angeklagte sich in besonders selbstsüchtiger und rücksichtsloser Weise über das Lebensrecht anderer Verkehrsteilnehmer hinweggesetzt. Dieses Handeln sei nicht einmal ansatzweise menschlich verständlich, hochverwerflich und rechtfertige die Stigmatisierung als Mord.
- ⁵⁹ Soweit das *LG* zur subjektiven Seite lediglich ausgeführt hat, dass sich der Angeklagte der Umstände bewusst gewesen sei, die den Antrieb seines Handelns als besonders verwerflich erscheinen ließen, erweisen sich diese Ausführungen als ausreichend. Zweifel daran, dass der Angeklagte den Grund für sein Handeln – den unbedingten Siegeswillen und die Selbstbestätigung durch den Gewinn eines illegalen Straßenrennens – ebenso erfasste wie die mit seinem Verhalten einhergehende Gefahr für andere Verkehrsteilnehmer, bestehen nicht. Der Angeklagte litt nach den Feststellungen an keinen psychischen Einschränkungen. Auch ergaben sich für das sachverständig beratene *LG* keine Hinweise auf einen Zustand hochgradigen Affekts während des Tatgeschehens. Die Tendenz zur narzisstischen Selbstüberschätzung allein bedeutet nicht, dass einem Täter die Einsicht versperrt ist, aus niedrigen Beweggründen zu handeln, solange er nicht von gefühlsmäßigen oder triebhaften Regungen bestimmt ist, die er gedanklich und willensmäßig nicht steuern kann; dies war hier nicht der Fall.
- ⁶⁰ II. Die tateinheitliche Verurteilung des Angeklagten H wegen gefährlicher Körperverletzung zum Nachteil der Nebenklägerin K gemäß § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB hat keinen Bestand. Die Feststellungen tragen schon nicht die Verurteilung wegen einer vorsätzlichen Körperverletzung. Denn das *LG* hat festgestellt, dass der Angeklagte H zwar mit dem Frontalaufprall eines der beiden Fahrzeuge auf ein querendes Fahrzeug rechnete, nicht aber mit einer durch ihn selbst verursachten Verletzung der Nebenklägerin infolge eines Zusammenpralls seines Fahrzeugs mit dem Fahrzeug des Angeklagten N. Auch eine mittäterische Zurechnung des Verhaltens des Angeklagten N kommt insoweit nicht in Betracht; für einen gemeinsamen Tatentschluss der Angeklagten bezogen auf eine Verletzung der Nebenklägerin geben die Urteilsgründe nichts her. Der Angeklagte ist jedoch im Hinblick auf die Verletzung der Nebenklägerin einer fahrlässigen Körperverletzung gemäß § 229 StGB schuldig. Der *Senat* ändert daher den Schuldspruch entsprechend ab. § 265 StPO steht dem nicht entgegen.
- ⁶¹ Der Strafausspruch wird durch die Schuldspruchänderung nicht berührt.
- D.
- ⁶² Die Voraussetzungen für die beantragte Aufhebung des Haftbefehls gegen den Angeklagten N durch den *Senat* (§ 126 Abs. 3 i.V.m. § 120 Abs. 1 StPO) liegen nicht vor.

Carolin Arnemann: Defizite der Wiederaufnahme in Strafsachen. Bestandsaufnahme und Reformvorschläge auf der Grundlage einer empirischen Untersuchung

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2019, Duncker & Humblot, ISBN: 978-3-428-15647-4, S. 508, Euro 109,90.

Die Dissertation von *Arnemann* konzentriert sich auf den in der Praxis relevantesten Wiederaufnahmegrund der neuen Tatsachen oder Beweismittel gem. § 359 Nr. 5 StPO. Allerdings werden zunächst die rechtlichen Voraussetzungen der Wiederaufnahmeverfahren umfassend vorgestellt und in einen historischen und verfassungsrechtlichen Kontext gestellt. Danach folgt eine empirische Erhebung einmal quantitativ nach Fallzahlen und einmal qualitativ durch Experteninterviews. Schließlich werden Anwendungsdefizite rund um den Novitätsbegriff des § 359 Nr. 5 StGB herausgearbeitet und de lege ferenda Vorschläge formuliert. Im Einzelnen:

In einem ersten Teil (S. 23-185) widmet sich die Verfasserin ausführlich den rechtlichen Grundlagen des geltenden Wiederaufnahmerechts. Hierfür beschreibt sie detailliert die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen eines Wiederaufnahmeantrags sowie die besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen bei einem Wiederaufnahmeantrag zugunsten des Verurteilten und zuungunsten des Freigesprochenen. Danach werden Aditions- und Probationsverfahren vorgestellt und kurze Ausführungen zur neuen Hauptverhandlung, Rechtsbehelfen, Bedeutung der Wiederaufnahme für die Strafvollstreckung und Entschädigung des Verurteilten bei erfolgreicher Wiederaufnahme gemacht.

Unter Auswertung der Rechtsprechung des *BVerfG* stellt *Arnemann* fest, dass sich „durchaus wiederaufnahmerechtliche Tendenzen erkennen“ lassen, etwa wenn es um den Begriff der Novität einer Tatsache oder eines Beweismittels geht (S. 169). Allerdings habe es sich zu grundlegenden wiederaufnahmerechtlichen Fragen nicht positioniert.

Sehr knapp wird die historische Entwicklung der gesetzlichen Grundlagen wiedergegeben. Auch die jüngsten Entwicklungen werden kurz nachgezeichnet, wobei darauf hingewiesen wird, dass zwar im Koalitionsvertrag der 19. Legislaturperiode eine Erweiterung der Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen geplant war, konkrete Gesetzesvorschläge allerdings nicht ergangen sind (S. 185).

Im zweiten empirischen Teil (S. 186 ff.) werden zunächst die Bund- und Länderstatistiken der in Deutschland eingereichten Wiederaufnahmeanträge in den Blick genommen, die allerdings leider nicht über Erfolg oder Misserfolg der Anträge Auskunft geben (S. 217). Unklar bleibt,

warum sich die Verfasserin insofern methodisch nicht für eine Aktenanalyse entschieden hat, um so Auskünfte über den weiteren Verfahrensgang der Wiederaufnahmeanträge zu erhalten. Stattdessen wurden Experteninterviews durchgeführt und dies auch nur durch Befragung von Strafverteidigern (S. 217). Dies erscheint – auch wenn explizit Experten auf dem Gebiet des Wiederaufnahmeverfahrens ausgewählt wurden (S. 221 f.) – etwas einseitig.

Es wurden im Zeitraum zwischen dem 14.9.2015 und 18.3.2016 sechs Telefoninterviews und sieben Face-to-Face Befragungen durchgeführt (S. 222). Der Interviewleitfaden beinhaltete Fragen zu folgenden Themenkomplexen: Erfahrungen mit Wiederaufnahmeanträgen, Erarbeitung eines Wiederaufnahmeantrags, Praxis der Wiederaufnahme und Reformüberlegungen (S. 218 ff.). Die Experten bemängelten u.a. die eng gefassten Wiederaufnahmeverfahrensvorschriften, die dazu führten, dass nicht jedes Fehlurteil im Wege der Wiederaufnahme anfechtbar sei. Hinzu kämen die durch die Rechtsprechung entwickelten Hürden (S. 275). Als Kernproblem wurde zudem die tatsächliche Handhabung der Zulässigkeitsprüfung de facto als Begründetheitsprüfung genannt (S. 276). Außerdem sei eine fehlende Fehlerkultur zu beklagen (S. 277 f.).

Darüber hinaus äußerten die Experten auch diverse konkrete Reformvorschläge (S. 282 ff.), u.a. die Einführung eines Beweises des ersten Anscheins, um die Zulässigkeitsprüfung zu erleichtern; die Einführung einer Beweislastumkehr für neue und entscheidungserhebliche Tatsachen, die in den Urteilsgründen nicht erwähnt sind; die Anerkennung des Zweifelsgrundsatzes im Aditionsverfahren; die Normierung einer Hinweispflicht zur Vermeidung von Überraschungsentscheidungen; die Anerkennung des Untersuchungsgrundsatzes im Wiederaufnahmeverfahren; die Herabsenkung der Zulässigkeitschwelle im Rahmen des § 359 Nr. 5 StPO durch Veränderung des Überzeugungsmaßstabes; die Dokumentation der Hauptverhandlung; die Einführung einer Legaldefinition des Begriffs der Novität i.S.d. § 359 Nr. 5 StPO; die Abschaffung des revisionsrechtlichen Rekonstruktionsverbots und die Einführung einer mündlichen Verhandlung über die Zulässigkeit des Antrags.

In einem weiteren Unterkapitel widmet sich *Arnemann* den Ursachen von Fehlurteilen und Möglichkeiten ihrer Verhinderung und Aufdeckung. Sie kommt zu dem Ergebnis, dass Fehlurteile zumeist auf menschlichem Versagen eines oder mehrerer Verfahrensbeteiligter zurückzuführen sind. Insofern helfe allein eine gesetzliche Verbesserung nicht, vielmehr sei ein wichtiger Schritt, die Strafjustiz personell besser auszugestalten. Zudem sei die Juristenausbildung anzupassen und die Hilfswissenschaften

stärker in den Blick zu nehmen. Da Justizirrtümer häufig auf einem Tatsachenirrtum und selten auf einem Rechtsirrtum beruhen, könne die Revision Justizirrtümer weder aufdecken noch korrigieren. Erst das Wiederaufnahmeverfahren biete entsprechende Möglichkeiten. Allerdings sei die Aufarbeitung von Fehlern des Grundverfahrens weder Zweck des Wiederaufnahmeverfahrens, noch könne dies durch dieses Verfahren geleistet werden. Im Wiederaufnahmeverfahren gehe es vielmehr darum, richtig und rechtsfehlerfrei über Schuld oder Unschuld des Angeklagten zu entscheiden.

In einem nächsten Schritt beleuchtet die Verfasserin die Möglichkeiten, die zur Aufdeckung von Fehlurteilen zur Verfügung stehen. Hier verweist sie auf ausländische Initiativen wie das Innocence Project in den USA. Etwas Vergleichbares gibt es in Deutschland nicht. Zwar könne in Deutschland der Verteidiger auch eigene Ermittlungen zur Gewinnung von Wiederaufnahmegründen anstellen. Allerdings vermögen die gesetzlichen Vergütungsregeln den tatsächlichen Arbeitsaufwand nicht zu decken (S. 312 ff.).

Danach beschreibt *Arnemann* Defizite im geltenden Wiederaufnahmerecht (S. 318 ff.). Neben den eng begrenzten Wiederaufnahmevoraussetzungen, der problematischen Vermengung von Zulässigkeits- und Begründetheitsprüfung, sieht sie Mängel auch in der restriktiven Handhabung von Wiederaufnahmeanträgen, die sich aus dem Mentalitätsproblem der Justiz, Fehler und Irrtümer einzugestehen, ergäben.

Die Verfasserin kann sich eine Verbesserung des Wiederaufnahmerechts durch Verfahrenserleichterungen zur Rechtskraftdurchbrechung *de lege ferenda* vorstellen (S. 327 ff.). Hier schlägt sie die Einführung einer mündlichen Verhandlung über die Zulässigkeit des Wiederaufnahmeantrags oder die gesetzliche Normierung einer Hinweispflicht vor. Die Wahl wird dem Gesetzgeber anheimgestellt, wobei *Arnemann* die Einführung einer Hinweispflicht als sachgerechter erachtet (S. 342). Außerdem spricht sie sich für die Einführung einer Untätigkeitsrüge mit Beschwerdemöglichkeit aus (S. 343). Ferner plädiert sie dafür, die Wiederaufnahmeanordnung *de lege ferenda* auf Mitverurteilte zu erstrecken (S. 344).

In einem weiteren Unterkapitel werden auf Grundlage der durchgeführten Expertenbefragung weitere Reformüberlegungen präsentiert (S. 346 ff.). Mit den Experten spricht sich die Verfasserin gegen die Einführung einer zweiten Tatsacheninstanz aus. Kritisch wird das Verbot der Strafmilderungswiederaufnahme gesehen. Außerdem wird der Gesetzgeber aufgefordert, für den Fall der fehlerhaften Gerichtsbesetzung einen § 359 Nr. 3 StPO nachgebildeten Wiederaufnahmegrund einzuführen. Außerdem empfiehlt *Arnemann* eine Klarstellung *de lege ferenda*, dass die §§ 359 ff. StPO analog auch auf Bewährungswiderrufsbeschlüsse anzuwenden sind. Daneben benennt sie ohne weitere Erläuterung noch folgende Reformvorschläge:

- Amtsaufklärungsgrundsatz im Vorschaltverfahren
- Anhebung der Entschädigungssummen im StrEG

- Gremienentscheidung außerhalb der Justiz über die Beordnung eines Verteidigers
- Richteramt nur für Juristen mit mehrjähriger Berufserfahrung
- Beendigung der Laufbahnverzahnung zwischen Richter- und Staatsanwaltschaft.

Es ist schade, dass *Arnemann* zu diesen Punkten nicht ein wenig dezidierter Stellung bezieht. Auch wäre angesichts der wenigen Experteninterviews und der einseitigen Befragung ausschließlich von Verteidigern Methodenkritik und der Hinweis auf die beschränkte Aussagekraft angebracht gewesen.

In einem dritten Teil unterzieht die Verfasserin das Anwendungsdefizit um den Novitätsbegriff des § 359 Nr. 5 StPO einer besonderen Betrachtung (S. 371 ff.). Wiederaufnahmerechtlich neu seien solche Tatsachen und Beweismittel, die der erstinstanzlichen gerichtlichen Überzeugung gem. § 261 StPO nicht zugrunde gelegt wurden. Im Umkehrschluss seien daher solche Tatsachen und Beweismittel nicht neu, die das Gericht gekannt und seiner Entscheidungsfindung zugrunde gelegt hat. Allein entscheidend für die Neuheit sei daher der Umstand der tatsächlich nachvollziehbaren Kenntnisaufnahme. Zum Zweck einer eindeutigen Rechtsanwendung sollte nach Auffassung *Arnemanns* der Begriff der Novität legaldefiniert werden (S. 390 f.).

Hinsichtlich der Geeignetheitsprüfung kritisiert die Autorin, dass es in der Praxis zu einer Vermengung der Prüfung von Zulässigkeit und Begründetheit komme. Sie spricht sich dafür aus, *de lege ferenda* die aktuell hingenommene umfassende Antizipation einer konkreten Beweiswürdigung zu unterbinden. Um zu vermeiden, dass das Wiederaufnahmerecht in der Praxis leerlaufe, solle der Gesetzgeber normieren, dass die Geeignetheit des Vorbringens i.S. des § 359 Nr. 5 StPO aus Sicht des Wiederaufnahmegerichts zu beurteilen ist. Der Begriff der Geeignetheit sollte durch eine Legaldefinition klar erfasst werden (S. 426 f.).

Kriminalpolitisch interessant sind die konkreten Vorschläge von *Arnemann*, um das geltende Wiederaufnahmerecht effektiver zu machen. Sie schlägt neben einer Streichung des § 363 Abs. 2 StPO die Aufgabe der erweiterten Darlegungslasten vor. Zudem sollte ein Wiederaufnahmeverbringen nur dann verbraucht sein, wenn im Rahmen des Probationsverfahrens Beweis darüber erhoben wurde. Des Weiteren sollen die §§ 359 ff. StPO analog auf die Korrektur von Bewährungswiderrufsbeschlüssen anwendbar sein. Falls der Gesetzgeber die umfassende Dokumentation von Aussageinhalten einführen sollte, müsse dem Gericht eine erweiterte Darlegungslast obliegen. Setze es sich mit entscheidungserheblichen Gründen nicht auseinander, so gelten diese als neu. Falls der Gesetzgeber eine umfassende Dokumentation nicht einführe, so seien entscheidungserhebliche Umstände wiederaufnahmerechtlich immer dann neu, wenn die Urteilsgründe zu ihnen schweigen (S. 479).

Es folgen umfassende Vorschläge *de lege ferenda* (S. 480 ff.). So sind nicht nur Änderungen des § 359 StPO

vorgesehen, sondern auch die Neueinfügung eines § 363 Abs. 1 S. 2 StPO zur Wiederaufnahme im Hinblick auf die Strafzumessung: „Zulässig ist die Wiederaufnahme des Verfahrens zu dem Zweck, eine andere Strafbemessung auf Grund benannter oder unbenannter Strafänderungsgründe herbeizuführen“ (S. 481). Außerdem formuliert die Verfasserin einen neu einzufügenden § 364c StPO-E:

„(1) Unbeschadet ihrer allgemeinen Befugnisse erteilt die Staatsanwaltschaft auf Antrag zur Vorbereitung eines Antrags auf Wiederaufnahme des Verfahrens diejenigen Auskünfte, die der Verurteilte oder sein Verteidiger zur Vorbereitung des Antrags benötigt und die ihm nicht zugänglich sind.

(2) Zur Vorbereitung eines Antrags auf Wiederaufnahme des Verfahrens erhält der Verurteilte, der nach seinen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen die Kosten der Wiederaufnahmep Vorbereitungen nicht, nur zum Teil oder nur in Raten aufbringen kann, auf Antrag Untersuchungskostenhilfe für die Vornahme der für den Antrag erforderlichen Ermittlungen, wenn die beabsichtigte Wiederaufnahme hinreichende Aussicht auf Erfolg hat“ (S. 481).

Des Weiteren wird eine gesetzliche Hinweispflicht in § 366 Abs. 1 lit. a StPO verankert und weitere Änderungen oder Einfügungen in den §§ 376 Abs. 3, § 368 Abs. 1 S. 2, 370, 372 S. 3 und § 373 Abs. 2 S. 1 StPO vorgenommen. Hier lohnt sich die Lektüre und die kriminalpoliti-

sche Auseinandersetzung mit den Vorschlägen. Schließlich spricht sich *Arneemann* für die Einführung einer umfassenden Dokumentationspflicht in der Hauptverhandlung aus und formuliert ergänzend § 273 Abs. 2 und 3 StPO-E. Da auch letzteres immer wieder diskutiert wird und es schon entsprechende Gesetzesvorstöße gab, die sich (leider) bislang nicht durchsetzen konnten, bietet der Formulierungsvorschlag eine Basis für die weitere Debatte.

Arneemann legt den Finger in die Wunde zahlreicher Defizite im Bereich der Wiederaufnahme in Strafsachen. Obwohl die Dissertation im Rückblick deutlich macht, dass diese Defizite schon sehr lange diskutiert worden sind, zeigt(e) sich der Gesetzgeber bisher doch ziemlich unbeeindruckt von der Kritik. Auch der aktuelle Koalitionsvertrag spricht sich nur für eine Erweiterung der Wiederaufnahmemöglichkeit zu Ungunsten des freigesprochenen Angeklagten bei nicht verjähren Straftaten aus (S. 125). Eine Verbesserung der Wiederaufnahmemöglichkeit zu Gunsten des Angeklagten und die Stärkung seiner Rechte ist gerade nicht vorgesehen. Durch die Lektüre der Dissertation wird die Notwendigkeit einer Reform deutlich. Insofern bleibt zu hoffen, dass die Reformbedürftigkeit nicht nur von der Wissenschaft und der Strafverteidigungspraxis anerkannt wird, sondern sich auch der Gesetzgeber zu weitreichenderen Änderungen des Wiederaufnahmerechts in Strafsachen entschließt.

Toni Böhme: Das strafgerichtliche Fehlurteil – Systemimmanenz oder vermeidbares Unrecht? Eine Untersuchung zu den Ursachen von Fehlurteilen im Strafprozess und den Möglichkeiten ihrer Vermeidung

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2018, Nomos, Baden-Baden, ISBN: 978-3-8487-5285-0, S. 379, Euro 99,00.

Die Dissertation von *Böhme* geht der Frage nach, ob es sich bei Fehlurteilen in deutschen Strafverfahren um eine unvermeidbare Systemimmanenz oder um vermeidbare Irrtümer handelt. Außerdem werden Überlegungen angestellt, wie diese Fehler verringert oder gar verhindert werden können (S. 22).

Dazu beginnt er einleitend mit einer theoretischen Auseinandersetzung mit dem Begriff des „Fehlurteils“ (S. 25 ff.). Es wird zwischen Fehlurteil im engeren Sinne und Fehlurteil im weiteren Sinne differenziert. Unter einem Fehlurteil im engeren Sinne versteht der Verfasser eine gerichtliche Entscheidung, die der gerichtlich ermittelbaren Wahrheit nicht entspricht und daher falsch ist. Dem Gericht muss dabei ein kausaler und vermeidbarer Fehler bei der Sachverhaltsermittlung oder bei der Rechtsanwendung unterlaufen sein, der sich auf den Schuldanspruch oder die Strafzumessung bezieht. Ein Fehlurteil im weiteren Sinne nimmt *Böhme* dann an, wenn die gerichtliche Entscheidung der historischen Wahrheit nicht entspricht und demnach ebenfalls falsch ist. Allerdings muss bei einem Fehlurteil im weiteren Sinn der aufgetretene Fehler nicht vermeidbar gewesen sein; ein kausaler Zusammenhang ist ausreichend. Sowohl das Fehlurteil im engeren als auch das Fehlurteil im weiteren Sinne müssen nicht rechtskräftig sein (S. 53 f.).

Im nächsten Schritt beleuchtet *Böhme* die Häufigkeit von Fehlurteilen. Da es keine Fehlurteilsstatistik gibt (S. 56), versucht er, Zahlen aus der Statistik Rechtspflege Strafgerichte zu gewinnen. Der Verfasser stellt aber zutreffend fest, dass sich keine Aussagen zur Häufigkeit von Fehlurteilen daraus ziehen lassen, da insbesondere die Daten zu den Rechtsmitteln keinen Schluss darüber erlauben, in welchem Umfang erfolgreiche Rechtsmittel auf Fehlurteile zurückgehen oder andere Ursachen haben (S. 62). Anleihen werden dann aus der Statistik über erbrachte Entschädigungen nach dem Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen (StrEG) genommen (S. 65 ff.). Diese Statistik weist für die Jahre 1971 bis 2014 insgesamt 476 Fehlurteile aus – umgerechnet ca. 13 Fehlurteile pro Jahr. Setzt man dies ins Verhältnis zu den strafgerichtlichen Erledigungszahlen, so kommt der Verfasser auf eine Fehlurteilsquote von ca. 0,0018 % (S. 74). Das ist wenig. Zu bedenken ist, dass es sich bei den Zahlen lediglich um das Hellfeld handelt (S. 77). Insofern ist insgesamt von einer deutlich höheren Quote auszugehen.

Im folgenden Kapitel gibt *Böhme* eine normative Übersicht über Möglichkeiten der Fehlervermeidung und Fehlerkorrektur im Strafverfahren (S. 80 ff.). Hier wird ein bunter Strauß an prozessrechtlichen Möglichkeiten zur Fehlervermeidung und -korrektur aufgezeigt. In ausnahmslos jedem Verfahrensabschnitt werden in großer Dichte Vorschriften verortet, die zum Teil sogar als „Sicherung in der Sicherung“ als Kontrolle der Rechtsmittel- oder Rechtsbehelfsentscheidung dienen. Daher bescheinigt der Verfasser dem deutschen Verfahrensrecht in seiner theoretischen Grundlegung eine strenge Fehlervermeidungs- und Fehlerkorrekturphilosophie (S. 131).

Es schließt sich ein umfangreicher empirischer Abschnitt zu den Ursachen strafgerichtlicher Fehlurteile und Möglichkeiten ihrer Vermeidung an (S. 132-245). Dabei beschränkt sich die Studie auf die Identifikation von Fehlerquellen des Erkenntnisverfahrens, d.h. vom Beginn des Ermittlungsverfahrens bis zum Abschluss des Rechtsmittelverfahrens. Hier wird eine Kategorisierung und Systematisierung der Fehlergruppen vorgenommen, um die Ursachen für Fehlurteile übersichtlich herauszuarbeiten. Auf dieser Grundlage möchte der Verfasser die Möglichkeiten erarbeiten, die zu einer Vermeidung oder Verringerung dieser Fehler führen (S. 132).

Hierzu werden in einem ersten Schritt die älteren Studien zu Fehlurteilen von *Hirschberg*, *Kiwit* und *Peters* ausgewertet, kategorisiert und systematisiert. In einem zweiten Schritt werden zehn leitfadengestützte Interviews geführt (S.138). Schade ist, dass sich der Verfasser nicht dazu entschließen konnte, auch eine Aktenanalyse vorzunehmen (S. 134 f.), die doch einen erheblicheren Mehrwert an Erkenntnissen hätte generieren können als die alleinige Auswertung älterer Studien und von Experteninterviews. So bleibt zu hoffen, dass nach dieser Arbeit eine weitere Studie in diese Forschungslücke stößt.

Die drei Studien werden schön zusammengefasst und jeweils im Überblick die Fehlerquellen aufgeführt. Außerdem erfolgt eine kritische Betrachtung der jeweiligen Studie, wobei diese teilweise sehr knapp ausfällt. Zusammenfassend aus allen drei Studien arbeitet *Böhme* als Hauptfehlerquellen des Strafprozesses folgende Punkte heraus: den Personalbeweis, die (polizeiliche) Ermittlung, die (gerichtliche) Aufklärung, die richterliche Überzeugungsbildung und Beweiswürdigung sowie die Ausgestaltung verschiedener gesetzlicher Vorschriften (S. 181). Dies klingt erst einmal danach, dass Fehlerquellen eben – fast – überall zu finden sind. Hilfreich ist die sich anschließende Ta-

belle, die die Stichpunkte etwas ausdifferenziert (S. 182 f.).

Es folgt eine Darstellung der Ergebnisse der Experteninterviews mit Strafrichtern an Rechtsmittelgerichten in Baden-Württemberg und am *BGH* (S. 184 ff.). Hier wäre wünschenswert gewesen, nicht nur einseitig den kritischen Blick der Strafrichter in den Fokus zu nehmen, sondern auch andere am Strafverfahren Beteiligte zu befragen, wie beispielsweise Strafverteidiger, Nebenkläger und Staatsanwälte.

Vor Darstellung der Interviewergebnisse wird die Auswahl der Richter und die Durchführung der Interviews sowie das Vorgehen bei der Auswertung vorgestellt. Zu der Häufigkeit strafgerichtlicher Fehlurteile werden unterschiedliche Aussagen getroffen. So geben 6 der 10 Befragten überhaupt keine Einschätzung ab, die anderen gehen von eher geringen Quoten aus, wobei von zwei Experten gemutmaßt wird, dass Fehlurteile zugunsten der Angeklagten wesentlich häufiger vorkämen (S. 188 f.).

Die Experten verorten die zentralen Fehlerquellen im Strafverfahren auf der Sachverhaltsebene. Hier geben sie neben dem Grund des Zeitmangels auch den Personalbeweis, das Einlassungsverhalten des Beschuldigten/Angeklagten, die Beweiserhebung im Ermittlungsverfahren und das Absprache- und Strafbefehlsverfahren an. Ferner werden als begünstigende Umstände für Fehler die Verkomplizierung des Rechts durch bspw. neue Straftatbestände und die mangelnde Fachkenntnis in Spezialrechtsgebieten angegeben.

Auf der Rechtsebene halten die Experten die Überzeugungsbildung des Gerichts generell und die Beweiswürdigung speziell für besonders fehleranfällig. Auch auf der Ebene der Strafzumessung verorten die Experten bedeutende Fehlerquellen, insbesondere bei der fehlerhaften Darstellung von Strafzumessungserwägungen, bei der falschen Strafrahmenbestimmung, bei der fehlerhaften Gesamtstrafenbildung, bei der fehlerhaften oder unterbliebenen Anwendung des § 64 StGB, bei Verstößen gegen das Doppelverwertungsverbot und bei der unzulässigen strafschärfenden Berücksichtigung des Fehlens eines Strafgrundes.

Der Verfasser resümiert, dass die Ergebnisse der Experteninterviews die Befunde der zuvor ausgewerteten Studien überwiegend bestätigt hätten. Allerdings wird entgegen der Studien den gerichtlichen Aufklärungsfehlern nur eine geringere Bedeutung zugewiesen. Dagegen sehen die Experten insbesondere auch die Personalbeweisschwäche als die zentrale Fehlerquelle im Strafverfahren an. Um dieser Schwäche zu begegnen, schlugen die Interviewpartner die Vermittlung von Kenntnissen in der Zeugen- und Aussagepsychologie vor.

Den durch den Zeit- und Erledigungsdruck bedingten Fehlern könne man nur durch eine Reduzierung der Arbeitsbelastung begegnen, so die befragten Richter. Die Personaldecke sei auf allen Ebenen der Strafjustiz zu verstärken. So wichtig die Experten diese Forderung auch

einschätzen, so wenig besteht doch angesichts des politischen Sparvorbehalts die Hoffnung, dass dieser Forderung auch nachgekommen wird.

Die strukturellen Schwächen der Revision wollen manche der befragten Experten dadurch ausgleichen, dass sie die Revision um eine begrenzte Kompetenz des Revisionsgerichts zur Tatsachenüberprüfung erweitern. Eine allgemeine zweite Tatsacheninstanz lehnen sie aber ab.

Erstaunlicher Weise spricht sich die Mehrheit der befragten Richter gegen eine audiovisuelle Dokumentation der Zeugenvernehmung im Hauptverfahren aus. Die Bedenken bestehen primär in der vermuteten beeinflussenden Wirkung auf die Verfahrensbeteiligten. Dagegen sympathisieren einige der Befragten zumindest mit einer Aufzeichnung im Ermittlungsverfahren. Warum diese weniger beeinflussende Wirkung haben sollte, bleibt aber unklar.

Ebenfalls abgelehnt wird eine personelle Trennung von eröffnendem und erkennendem Spruchkörper im Zwischen- bzw. Hauptverfahren. Auch das Wiederaufnahmerecht wird als wirkungsvoll genug zur Korrektur von Fehlurteilen bewertet. Insgesamt weist *Böhme* aber darauf hin, dass die Antworten der Experten sehr heterogen ausfielen (S. 245).

In einem nächsten Abschnitt werden die verschiedenen Möglichkeiten der Fehlervermeidung im Strafverfahren diskutiert und Empfehlungen ausgesprochen (S. 246 ff.). Im Hinblick auf die Fehlervermeidungsmöglichkeiten im Zusammenhang mit dem Personalbeweis plädiert der Verfasser für vertiefende Ausbildungs- bzw. Fortbildungsbausteine im Bereich der Aussagepsychologie, Forensik, Kriminalistik und Vernehmungslehre. Zudem seien alle Vernehmungen im Ermittlungsverfahren und alle strafgerichtlichen Hauptverhandlungen auditiv zu dokumentieren (S. 299). Die Möglichkeit zur audiovisuellen Aufzeichnung im Strafprozess wurde durch das Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens weiter gestärkt (BGBl. 2019 I, S. 2121 ff.), wenn es auch weit hinter den Forderungen umfassender Aufzeichnungspflichten zurückblieb.

Um gerichtliche Aufklärungsfehler zu vermeiden, spricht sich *Böhme* für eine Verstärkung des Personals in der deutschen Strafjustiz aus. Außerdem empfiehlt er, Assessoren im Staatsdienst möglichst für ein Jahr als Mitglied einer Strafkammer tätig werden zu lassen, um so vom Erfahrungsschatz älterer Kollegen zu partizipieren. Zudem sollten bundesweite Tutoren- und Patenprogramme sowie Assessorenrunden etabliert werden. Leichtfertiges und grob fahrlässiges Fehlverhalten von Richtern und Staatsanwälten sollte disziplinarrechtlich consequent(er) geahndet werden (S. 317).

Fehler im Zwischenverfahren könnten dadurch vermieden werden, indem die Gefahren der Voreingenommenheit infolge der richterlichen Tätigkeit im Zwischenverfahren durch eine fehlerurteilsspezifische Ausbildung im Referendariat und in Fortbildungen für Juristen deutlich gemacht

würden. Zudem sei das Zwischenverfahren aufzuwerten und dem Angeklagten ein Rechtsbehelf gegen den Eröffnungsbeschluss einzuräumen. Für eine personelle Trennung des im Zwischenverfahren und Hauptverfahren entscheidenden Richters spricht sich *Böhme* dagegen – leider – nicht aus.

Letztlich hält der Verfasser eine Forschungsstelle für erforderlich, die Fehlerquellen des Strafprozesses erschließt, um Fehlerurteile auf Grundlage der gewonnenen Erkenntnisse besser vermeiden zu können (S. 337). Es ist sicher sinnvoll, die Forschung auf diesem Gebiet weiter zu betreiben. Die umfangreiche Studie von *Peters* bedarf

einer Fortsetzung und Aktualisierung. Die Arbeit von *Böhme* gibt nicht nur den Hinweis auf verschiedene Möglichkeiten, wie Fehlerquellen im Strafverfahren zu vermeiden sind. Sie zeigt auch Forschungslücken auf, die weiter zu befüllen sind. Aktenanalysen von Wiederaufnahmeverfahren sind hier ebenso in den Blick zu nehmen, wie spektakuläre, umstrittene Indizienurteile, in denen der steinige und häufig aussichtslose Weg der Wiederaufnahme nicht beschränkt wird. Zusätzlich wäre es sicher wünschenswert, das sehr restriktive Instrument des Wiederaufnahmeverfahrens näher zu beleuchten und den Zugang zur Überprüfung von (Fehl-)Entscheidungen anzupassen und zu erleichtern.

Barbara Dunkel: Fehlentscheidungen in der Justiz. Systematische Analyse von Wiederaufnahmeverfahren in Strafverfahren im Hinblick auf Häufigkeit und Risikofaktoren

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2018, Nomos, Baden-Baden, ISBN: 978-3-8487-5272-0, S. 284, Euro 74,00.

Die Dissertation von *Dunkel* stößt in eine der Forschungslücken, die *Böhme* in der zuvor rezensierten Dissertation aufgezeigt hat, nämlich Wiederaufnahmeverfahren in Strafverfahren systematisch zu analysieren. Zuvor definiert sie den Begriff der Fehlentscheidungen und beleuchtet das Wiederaufnahmeverfahren als Untersuchungsgegenstand. Anschließend benennt sie die Risikofaktoren für Fehlerurteile und gibt den Forschungsstand hinsichtlich der Häufigkeit von Fehlerurteilen wieder. Bevor sie die Aktenanalyse vornimmt, werden bisherige Erkenntnisse zum Ausmaß in einer Art Meta-Analyse ausgewertet und die vom Statistischen Bundesamt erhobenen Daten zu strafrechtlichen Wiederaufnahmeverfahren der letzten 15 Jahre untersucht. Danach folgt eine Aktenanalyse von Wiederaufnahmeverfahren in Hamburg im Zeitraum von 2003 bis 2015. Insofern wird eine systematische Analyse punktuell nur für Hamburg vorgenommen, so dass hier weiterer Forschungsbedarf über die Grenzen Hamburgs hinaus bestehen bleibt. *Dunkel* ist hinsichtlich der Limitierung aber kein Vorwurf zu machen, weist sie doch auf unüberwindbare bürokratische Hürden hin, die eine größer angelegte, repräsentative Analyse unmöglich machten (S. 25). Insofern wird eine Herausforderung künftiger Studien sein, diese bürokratische Hürden zu überwinden und so umfangreich zu forschen, wie das *Karl Peters* in den 60er und 70er Jahren des letzten Jahrhunderts gemacht hat.

Dunkel versteht einleitend den Begriff des Fehlerurteils weit, so dass alle fehlerhaften Verurteilungen umfasst werden, d.h. auch Strafbefehle oder Beschlüsse (S. 27). Bei einem Fehlerurteil läge ein Fehler des erkennenden Gerichts vor, unabhängig davon ob dieser Fehler vorsätzlich oder unvorsätzlich geschehen sei. In der Dissertation liegt daher der Fokus auf Entscheidungen im Strafverfahren, die letztendlich zu einem rechtskräftigen Urteil geführt haben und sich im Nachhinein als fehlerhaft herausstellen (S. 30). Dabei beschränkt sich die Analyse auf die verschiedenen Stadien des Wiederaufnahmeverfahrens (S. 36). In Kürze erläutert *Dunkel* im Anschluss die strafprozessualen Voraussetzungen eines Wiederaufnahmeverfahrens (S. 39 ff.).

Danach benennt die Verfasserin Risikofaktoren für Fehlentscheidungen (S. 59 ff.). Sie differenziert hierfür nach personenbezogenen/psychologischen und verfahrensbezogenen Risikofaktoren. Dabei weist sie psychologischen

Mechanismen eine höhere Bedeutung in Bezug auf Fehlentscheidungen zu (S. 62). *Dunkel* widmet sich hier u.a. kognitiven Verzerrungsprozessen, persönlichkeitsbedingten Einflussfaktoren der einzelnen am Strafverfahren involvierten Beteiligten und dem Einfluss der Medien. Unter die verfahrensbedingten Risikofaktoren ordnet die Verfasserin u.a. die Beeinflussung durch Erkenntnisse des Ermittlungsverfahrens für den weiteren Strafprozess, Beweiserhebungsfehler, Begutachtungsfehler und die zunehmende Tendenz der Ökonomisierung des Strafverfahrens.

In einem weiteren Abschnitt beleuchtet die Dissertation den Forschungsstand zur Häufigkeit von Fehlentscheidungen (S. 105 ff.). Dabei wird die dürftige bis nicht vorhandene Datenlage zum allgemeinen Ausmaß von Fehlentscheidungen in Deutschland beklagt (S. 107). Danach erfolgt eine Systematisierung bestehender Erkenntnisse, die allerdings auch wiederum sehr knapp ausfällt. Resümierend stellt *Dunkel* fest, dass es an aktuellen empirischen Aktenanalysen zu Wiederaufnahmeverfahren fehlt und somit denkbare Veränderungen in Strafverfahren, Beweiserhebung und Begutachtung seit der Studie von *Peters* nicht mehr in ihren Auswirkungen auf die (Fehl-)Urteilsfindung untersucht worden sind. Schwierigkeiten für die Stichprobengenerierung werden vor allem darin gesehen, dass Wiederaufnahmeverfahren nicht spezifisch gekennzeichnet werden. Insgesamt hält die Verfasserin fest, dass bei neuer Hauptverhandlung nach einem erfolgreichen Wiederaufnahmeantrag zugunsten des Verurteilten in den meisten Fällen ein Freispruch wahrscheinlich ist. Die größte Hürde für das Wiederaufnahmeverfahren seien die Zulässigkeits- und Begründetheitsprüfung an sich (S. 155).

Um die Häufigkeit von Fehlentscheidungen in Deutschland zu überprüfen, werden in einem weiteren Schritt die Daten des Statistischen Bundesamtes ausgewertet. Es wird festgestellt, dass im Durchschnitt der letzten 15 Jahre (2001-2015) in Deutschland jährlich über 2.200 Wiederaufnahmeanträge gestellt werden (S. 158), wobei die Anzahl stetig abgenommen hat (S. 160). Leider wird die Erfolgsquote der Wiederaufnahmeanträge vom Statistischen Bundesamt nicht erfasst (S. 166). Insofern kann die Verfasserin nur auf Schätzungen zurückgreifen. Um hier belastbare Quoten zu erhalten, müsste tatsächlich der weitere Verfahrensgang nach Antragstellung bis zum Abschluss verfolgt werden.

Abschließend folgt die Aktenanalyse zu Wiederaufnahmeverfahren in Hamburg im Zeitraum von November

2003 bis Oktober 2015, wobei nicht nur Urteile und Beschlüsse, sondern auch Strafbefehle erfasst und erfolgreiche ebenso wie erfolglose Wiederaufnahmeanträge und -verfahren untersucht worden sind (S. 169 ff.). Zunächst weist *Dunkel* auf methodische Problem und divergierende Fallzahlen von Wiederaufnahmeverfahren in unterschiedlichen Datenbanken hin. Daneben erwies sich die Aktenzeichengewinnung der Fallakten zu Wiederaufnahmeverfahren als schwierig, so dass nur 48 Akten in die Datenerhebung und -auswertung aufgenommen werden konnten (S. 176). Zur Aktenauswertung wurde ein Erhebungsbogen mit 63 Items erstellt und eine deskriptive Datenanalyse vorgenommen (S. 178 f.).

Die Studie kommt zu dem Ergebnis, dass es sich bei dem überwiegenden Anteil der Wiederaufnahmeanträge um „kleinere“ Fälle des Amtsgerichts handelte, wobei über 50 % der Anträge Strafbefehle betrafen. In fast 40 % der Fälle wurde die Wiederaufnahme von der Staatsanwaltschaft beantragt und war dort in fast allen Fällen erfolgreich und führte zum sofortigen Freispruch nach § 371 Abs. 2 StPO. Dagegen wurde in den „größeren“ landgerichtlichen Verfahren in sieben der neun Fälle seitens des Verurteilten ein Wiederaufnahmeantrag gestellt und dieser dann als unzulässig abgewiesen. In den zwei seitens der Staatsanwaltschaft gestellten Anträgen waren beide zulässig, begründet und letztlich auch erfolgreich (S. 192 f.).

Wurde ein Wiederaufnahmeantrag als unzulässig angesehen, so lag dies primär an nicht eingehaltenen Formerfordernissen. Daher sollten, so *Dunkel*, diese Formvorschriften besser an den Verurteilten kommuniziert werden (S. 193).

In den untersuchten Akten ließ sich als Hauptfehlerquelle die unerkannte psychische Erkrankung und eine diesbezügliche Schuldunfähigkeit herausarbeiten. Diese war in fast 50 % der Fälle Grund für die Aufhebung des Ersturteils (S. 193 f.). Als Ursache benennt die Verfasserin die Struktur des Strafbefehlsverfahrens, in dem eine umfangreiche Auseinandersetzung mit der persönlichen Verfassung des mutmaßlichen Täters nicht vorgesehen ist (S. 194).

Dunkel benennt abschließend noch Implikationen und Verbesserungsvorschläge für Praxis und Forschung

(S. 209 ff.). Da viele Fehlentscheidungen auf fehlerhaften oder fehlenden Beweisen noch aus dem Ermittlungsverfahren beruhten, sei hier anzusetzen und die Mechanismen und Risikofaktoren für Fehlentscheidungen in der polizeilichen Aus- und Fortbildung in den Blick zu nehmen. Da die Ergebnisse gerade in Bezug auf Strafbefehlsverfahren darauf hindeuteten, dass psychische Erkrankungen im Ermittlungsverfahren – jedenfalls bei Kleinkriminalität – unerkannt bleiben, sind auch hier Polizeibeamte zu schulen. Auch in der juristischen Ausbildung seien verstärkt psychologische und kriminaltechnische Erkenntnisse in den Fokus zu rücken.

Daneben plädiert die Verfasserin für eine Qualitätssicherung des Strafverfahrens (S. 214 ff.). Dies beinhaltet eine Qualitätssicherung forensischer Gutachten ebenso wie eine Schulung im Hinblick auf Vernehmungen und eine akribischere Protokollierung. Daneben sollten Reformen im Hinblick auf das Strafverfahren immer paritätisch sowohl Verbesserungen für die Position des Angeklagten als auch für das Opfer zur Folge haben. Auch das Entschädigungsrecht sollte vereinfacht und verbessert werden. Daneben wird kritisiert, dass es im Gegensatz zu anderen Ländern in Deutschland an Institutionen fehlt, die sich auf die Aufdeckung von Fehlurteilen und Unterstützung Betroffener spezialisiert haben. Hier herrsche Nachholbedarf. Daneben begünstigten strukturelle Schwächen des Wiederaufnahmeverfahrens die Manifestierung von Fehlentscheidungen (S. 224 f.).

Die Dissertation von *Dunkel* ist ein weiterer Studienbaustein, um die Forschungslücke zu Wiederaufnahmeverfahren und Fehlurteilen zu schließen. Allerdings wurde deutlich, dass weiterer erheblicher Forschungsbedarf besteht. Insbesondere methodische Schwierigkeiten, institutionelle Hürden und rein praktische Herausforderungen in Bezug auf die Aktengewinnung sind deutlich geworden, sollten aber künftig Forschende nicht abschrecken, sondern vielmehr animieren, sich diesen vielfältigsten Herausforderungen zu stellen. Denn die Lücke, die klafft, ist groß, so dass noch eine Vielzahl an (empirischen) Studien erforderlich ist, um hier in Deutschland einen Forschungsstand zu erreichen, wie er in anderen Ländern schon längst selbstverständlich ist. Denn, so steht es auch in der Arbeit von *Dunkel* vorab in einem Zitat von *Jean de La Bruyere*: „Ein unschuldig Verurteilter ist die Angelegenheit aller anständigen Menschen“ (S. 13).

FORSCHUNGSBERICHT

Sicherheit und Zusammenhalt in Zeiten von Corona Eine Quantitative Bevölkerungsbefragung in Hamburg

von Hendrik Thurnes*

Abstract

Im Rahmen dieses Beitrags werden erste deskriptive Ergebnisse einer Befragung der Hamburger Bevölkerung zur Beeinträchtigung des Sicherheitsgefühls, des sozialen Zusammenhalts und des Vertrauens in die Polizei durch die COVID-19-Pandemie dargestellt. Bereits auf der Basis der deskriptiven Ergebnisse deutet sich eine deutliche Beeinträchtigung des Sicherheitsgefühls durch die Pandemie an. Begleitet wird dies durch weit verbreitete Forderungen nach Law-and-Order-Staatlichkeit, wenngleich Annahmen zum gesellschaftlichen Zusammenhalt und das Vertrauen in die Polizei (weiterhin) als hoch zu bezeichnen sind.

In this article, descriptive results of a survey in the city of Hamburg, Germany (n= 1.203) on feelings of insecurity, social cohesion and trust in police during the COVID-19-pandemic is presented and discussed. Even this descriptive data suggests a strong impact of the pandemic on feelings of insecurity which are accompanied by widespread claims for a more law-and-order-oriented state. Still, assumptions on social cohesion and trust in police are on a high level.

I. Einleitung

Im Rahmen einer Masterarbeit an der Deutschen Hochschule der Polizei fand eine Befragung der Hamburger Bevölkerung zu sicherheitsrelevanten Einstellungen während der COVID-19-Pandemie statt. Speziell ging es um das eigene Sicherheitsgefühl, Annahmen über den gesellschaftlichen Zusammenhalt und die Wahrnehmung der Polizei Hamburg. Hierfür wurden 5.000 zufällig ausgewählte Hamburger Bürger/innen angeschrieben und gebeten, an einer Online-Befragung teilzunehmen. 1.203 Personen kamen der Aufforderung nach (ca. 24 %). Eine derartige Befragung bietet die Möglichkeit, ein systematisches und differenzierteres Bild der gegenwärtigen Stimmungslage der Bevölkerung zu erzeugen als dies durch häufig negative Rückmeldungen einzelner Bürger/innen geschieht.

Die Befragung fand im Zeitraum vom 23.4.2020 bis 6.5.2020 statt. In dieser Zeit entwickelte sich die Zahl der COVID-19-Infizierten in Deutschland von 150.000 auf 165.000. Ein erstes Abflachen der Kurve konnte also bereits verzeichnet werden und am 20.4.2020 gab die Bundesregierung neue Richtlinien zur Eindämmung der Pandemie heraus, die erste Lockerungen für Geschäfte beinhaltete, jedoch in den meisten Bundesländern sogleich mit einer Maskenpflicht verbunden wurden.

Im Folgenden wird auf einige der theoretischen Kernannahmen der Studie eingegangen und die Untersuchungsmethode dargestellt, bevor im darauffolgenden Abschnitt wesentliche deskriptive Ergebnisse der Befragung dargestellt werden.

II. Theoretische Kernannahmen und Stand der Forschung

Das Sicherheitsgefühl ist ein komplexes theoretisches Konstrukt, das sich aus verschiedensten Aspekten zusammensetzt. So finden konkrete Viktimisierungserfahrungen und die objektive Kriminalitätslage einen Ausdruck im Sicherheitsgefühl, aber auch diffuse (Existenz-)Ängste und Sorgen.¹ Zudem bewerten Menschen ihre Sicherheit häufig unbewusst in Abhängigkeit zur eigenen Fähigkeit, mit der Belastung durch Kriminalität oder anderen Anzeichen der Verwahrlosung („Incivilities“) umzugehen.² Die Einschätzung dieser Fähigkeit ist in der Regel stark abhängig davon, wie Menschen den sozialen Zusammenhalt in ihrer Umgebung einschätzen, d.h. wie sehr die eigene Wohngegend und das soziale Umfeld als unterstützend und hilfreich eingeschätzt wird.³

Die Polizei nimmt in diesem Kontext eine besondere Stellung ein, da sich das Vertrauen in sie zum einen durch ihre (angenommene) Effektivität bei der Kriminalitätskontrolle bemisst,⁴ zum anderen jedoch auf ihrer Funktion als Repräsentant gesellschaftlicher Normen und Werte beruht.⁵ Über Erfahrungen mit der Polizei bilden Menschen daher Annahmen zur Übereinstimmung individueller Wertvorstellungen mit den kollektiven und damit indirekt

* Der Verfasser ist Polizeibeamter an der Akademie der Polizei Hamburg und Politikwissenschaftler (M.A.).

¹ Müller, SIAK-Journal 2018, 3 (43); Feltes, NK 2019, 1 (4).

² Sargeant/Kochel, Policing and Society 2016, 26 (14 f.); Herrmann, in: Marks/Steffen, Sicher leben in Stadt und Land, 2013, S. 277; Imbusch, in: Endreß/Maurer, Resilienz im Sozialen, 2005, S. 256.

³ Hummelsheim-Doss, in: Birkel/Hummelsheim-Doss/Leitgöb-Guzy/Oberwittler, Opfererfahrungen und kriminalitätsbezogene Einstellungen in Deutschland, 2016, S. 195; Feltes, OSZE-Jahrbuch 2014, S. 251; Lasthuizen/Eeuwijk/Huberts, Police Practice and Research 2005, S. 6 (375 f.).

⁴ Mutongwizo/Holley/Shearing/Simpson, Policing 2019, Online-Vorveröffentlichung, S. 10.

⁵ Jackson/Sunshine, BJC 2007.

zum Zustand sozialen Zusammenhalts in ihrer Wohngegend.⁶

Ein als stark eingeschätzter sozialer Zusammenhalt und ein hohes Vertrauen in die Polizei führen demnach maßgeblich zu einem hohen Sicherheitsgefühl. Die drei Aspekte bedingen sich jedoch wechselseitig und so kann die allgemeine Sorge aufgrund der COVID-19-Pandemie das Sicherheitsgefühl der Menschen reduzieren und damit auch Annahmen zum gesellschaftlichen Zusammenhalt und dem Vertrauen in die Polizei negativ beeinflussen.

Zudem ist aus früheren Studien zu Pandemien und Katastrophen bekannt, dass Menschen sich stärker auf ihr nahes soziales Umfeld fokussieren und Außenstehende stärker ablehnen.⁷ Staatliche Maßnahmen zur Kontaktbeschränkung verstärken diesen Effekt, wodurch die Offenheit gegenüber anderen Menschen abnimmt und fremdenfeindliche Einstellungen zunehmen können.⁸

Ziel der Befragung war es, herauszufinden, wie stark die Effekte der COVID-19-Pandemie auf das Sicherheitsgefühl, die Wahrnehmung der Polizei und Annahmen zum gesellschaftlichen Zusammenhalt inklusive möglicher Auswirkungen auf fremdenfeindliche Einstellungen der Hamburger Bevölkerung sind. Da durch die Befragung jedoch lediglich ein Ist-Stand erhoben werden kann, sind Aussagen zu einer Entwicklung nur bedingt möglich. Hierfür wurden behelfsweise ähnliche Umfragen herangezogen.

III. Untersuchungsmethode und Stichprobe

Zur Beantwortung der Forschungsfrage wurde ein quantitatives Vorgehen gewählt, d.h. dass die Befragungsteilnehmer einen standardisierten Fragebogen mit insgesamt 40 Oberfragen und zahlreichen Unterfragen ausgefüllt haben. Hierbei wurde überwiegend nach der Zustimmung zu bestimmten Aussagen auf einer vierstufigen Skala gefragt („stimme überhaupt nicht zu“, „stimme eher nicht zu“, „stimme eher zu“, „stimme voll und ganz zu“ oder analog je nach konkreter Frageformulierung).

Der Fragebogen konnte aus Ressourcen-Gründen lediglich in deutscher Sprache angeboten werden. Um von den 5.000 angeschriebenen Menschen möglichst wenig aufgrund sprachlicher Barrieren nicht erreichen zu können und da u.a. fremdenfeindliche Einstellungen abgefragt wurden, wurden lediglich deutsche Staatsangehörige als Stichprobe aus dem Melderegister gezogen. Darüber hinaus waren alle Personen mindestens 16 Jahre alt, da eine gewisse kognitive Leistungsfähigkeit erforderlich war.

In Hamburg leben ca. 1,84 Mio. Menschen.⁹ Aufgrund der Auswahlkriterien der Stichprobe wurden ca. 300.000 Personen unter 16 Jahren und zusätzlich von den ca. 650.000

Menschen mit Migrationshintergrund ca. 260.000 Ausländer über 16 Jahren systematisch von der Befragung ausgeschlossen.¹⁰

Der Frauenanteil unter den Teilnehmenden liegt bei 51 % (47 % männlich, 0,6 % divers, 1,4 % ohne Angabe) und ist damit genauso hoch wie in der Hamburger Bevölkerung.¹¹ Die Bevölkerungspyramide (Abb. 1) legt nahe, dass junge Männer etwas unterrepräsentiert sind. Der Mittelwert des Alters liegt bei 47 Jahren und der Anteil an Menschen mit Hochschulabschluss unter den Teilnehmenden ist mit 45 % (Bevölkerung: 36 % mit sog. Tertiärabschluss, d.h. Hochschulstudium inkl. Meisterausbildung) relativ hoch.

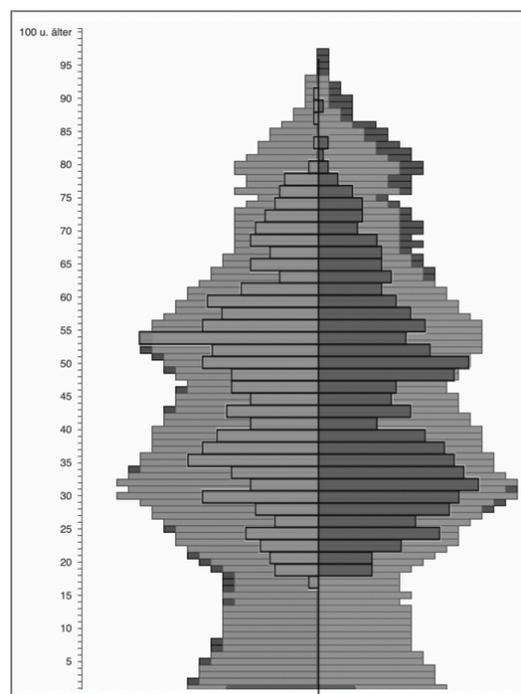


Abbildung 1: Bevölkerungspyramide der Stichprobe in Relation zur Hamburger Bevölkerung (Männer links, Frauen rechts; Hamburg: Hintergrund; Stichprobe: Vordergrund, nicht enthalten: 7x mit Angabe „divers“)

Nach außen trat die Akademie der Polizei Hamburg befragungsdurchführende Institution auf. Da viele Menschen nicht zwischen den einzelnen Organisationsbereichen unterscheiden und sich bei Befragungen durch die Polizei Befragte häufig sozial erwünscht antworten, wurde die GESIS-Kurz-Skala zur Messung der Sozialen Erwünschtheit (KSE-G) nach *Kemper/Beierlein/Bensch/Kovaleva/Rammstedt*¹² mit in den Fragebogen aufgenommen. Unter sozialer Erwünschtheit wird die Tendenz verstanden, bei der Beantwortung von Fragen ein möglichst positives Bild von sich selbst abzugeben und eher so zu ant-

⁶ Jackson/Bradford/Hohl/Farrall, Policing 2009, S. 100.

⁷ Shrira/Wisman/Webster, EVP 2013.

⁸ Reicher/Stott, Policing 2020, S. 4.

⁹ Statistikamt Nord, 2019b, online abrufbar unter: https://www.statistik-nord.de/fileadmin/Dokumente/Statistische_Berichte/bevoelkerung/A_1_S_1_j_H/A_1_S_1_j18.pdf, (zuletzt abgerufen am 25.6.2020).

¹⁰ Statistikamt Nord, 2019a, online abrufbar unter: https://www.statistik-nord.de/fileadmin/Dokumente/Statistische_Berichte/bevoelkerung/A_1_4_j_H/A_1_4_j_18_HH.pdf, (zuletzt abgerufen am 25.6.2020).

¹¹ Statistikamt Nord, 2019b.

¹² Kemper/Beierlein/Bensch/Kovaleva/Rammstedt, GESIS-Working Papers 2012.

worten, dass es dem Fragesteller gefällt. In der vorliegenden Befragung konnte ein statistisch signifikanter, aber schwacher Effekt für Antworten zur Wahrnehmung der Polizei und zum Anzeigeverhalten festgestellt werden. Das heißt, dass Ergebnisse in diesen Bereichen tatsächlich etwas negativer sind, als sie im Folgenden dargestellt werden.

IV. Ergebnisse

1. Sicherheitsgefühl

Das Sicherheitsgefühl wurde in Anlehnung an die regelmäßig stattfindenden Umfragen der R+V-Versicherung zu den Ängsten der Deutschen unter anderem über allgemeine Ängste erhoben (Abb. 2). Die Sorge vor einer Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage (73,7 %) sticht dabei am stärksten hervor und ist damit bei der Hamburger Bevölkerung auch deutlich stärker ausgeprägt als im deutschlandweiten Vergleich während der COVID-19-Pandemie (58 % der Befragten) und auch im Vergleich zu 2019 (35 %).¹³ Die Angst vor einer schweren Erkrankung ist im Vergleich zur deutschlandweiten COVID-19-Befragung jedoch erheblich geringer ausgeprägt (41 %)¹⁴ und auch die Angst vor terroristischen Anschlägen liegt deutlich unter dem Wert von 2019 (44 %).¹⁵

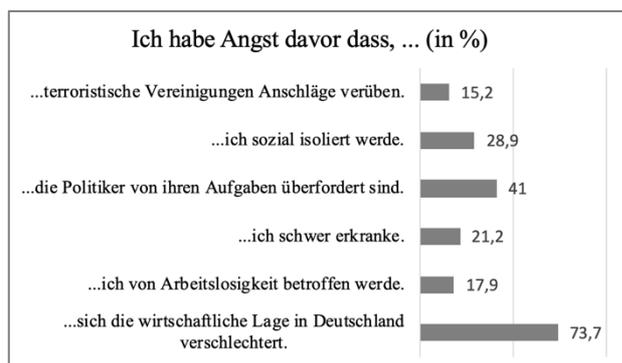


Abbildung 2: Ängste der Hamburger/innen mit Angabe „trifft ziemlich zu“, „trifft voll und ganz zu“ (n = 1174-1187)

Zudem wurde die Besorgnis um Gesundheit und Versorgung der Befragten um sich selbst und um verschiedene Personenkreise erhoben („Familie und Freunde“, „den Menschen in meiner Wohngegend“, „den Menschen in Hamburg“, „der Menschheit insgesamt“). Hier zeigt sich, dass die Besorgnis um sich selbst am geringsten ausgeprägt ist (20 %), gefolgt von der um die Menschen in der eigenen Wohngegend und in Hamburg (33% / 38 %). Am höchsten fiel die Besorgnis um Familie und Freunde sowie die Menschheit insgesamt aus (68 % / 66,4 %). Dies

deckt sich in der Verteilung mit den Ergebnissen der COVID-19-Befragung des Instituts für interdisziplinäre Konflikt- und Gewaltforschung (IKG), wenn auch die Werte etwas höher ausfallen. Als Erklärungsansatz für den verhältnismäßig geringen Wert für die eigene Wohngegend im Vergleich zur Menschheit insgesamt liegt nahe, dass die Befragten in Bezug auf die globale Perspektive vermutlich geringer informiert sind und das Vertrauen in die politischen Institutionen niedriger ausfällt als für den eigenen, überschaubareren Bereich.¹⁶

Die Zustimmung zu Maßnahmen der Pandemie-Eindämmung (vgl. Abb. 3) befand sich zum Zeitpunkt der Befragung hinsichtlich der in Hamburg tatsächlich umgesetzten Maßnahmen (Social Distancing, Einschränkung des öffentlichen Lebens) auf einem hohen Niveau. Der Wert lag im Vergleich zur IKG-Befragung jedoch in beiden Aspekten und auch zur Verhängung von Ausgangssperren ca. 10 % unter dem dort erhobenen.¹⁷ Da die IKG-Befragung ca. vier Wochen vor hiesiger Befragung stattfand, könnte dies auf eine zurückgehende Zustimmung zu einschränkenden Maßnahmen insgesamt deuten.

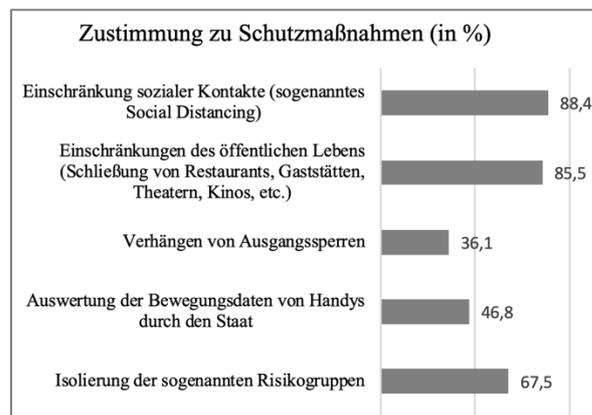


Abbildung 3: Zustimmung zu Schutzmaßnahmen mit Angabe "eher sinnvoll" und "sehr sinnvoll" (n = 1184-1194)

Die Angaben zum Sicherheitsgefühl in konkreten Situationen (vgl. Abb. 4) befanden sich auf einem hohen Niveau, jedoch lässt sich feststellen, dass dieses gerade in öffentlichen Verkehrsmitteln und an Orten mit vielen Menschen erheblich reduziert ist. Dies deckt sich mit der repräsentativen Befragung von Gerhold¹⁸ und drückt vermutlich eher die Sorge um eine eigene Infizierung als die Furcht vor Kriminalität aus. Die Angabe zum sog. Standard-Item des Sicherheitsgefühls („nachts ohne Begleitung in der

¹³ R+V Versicherung, 2020, online abrufbar unter: <https://www.ruv.de/static-files/ruvde/Content/presse/die-aengstder-deutschen/aengste-corona/ruv-aengste-coronakrise.pdf>, (zuletzt abgerufen am 25.6.2020).

¹⁴ a.a.O.

¹⁵ R+V Versicherung, 2019, online abrufbar unter: <https://www.ruv.de/static-files/ruvde/Content/presse/die-aengstder-deutschen/aengste-grafiken/ruv-aengste-grafiken.pdf>, (zuletzt abgerufen am 25.6.2020).

¹⁶ Rees/Papendick/Rees/Wäschle/Zick, 2020, online abrufbar unter: <https://pub.uni-bielefeld.de/download/2942930/2942931/Rees%20et%20al.%20Erste%20Ergebnisse%20einer%20Online-Umfrage%20zur%20gesellschaftlichen%20Wahrnehmung%20des%20Umgangs%20mit%20der%20Corona-Pandemie%20in%20Deutschland.pdf>, S. 7, (zuletzt abgerufen am 25.6.2020).

¹⁷ a.a.O., S. 10.

¹⁸ Gerhold, 2020, online abrufbar unter: https://www.sicherheitsforschung.de/forschung/projekte/Corona/COVID-19-Risikowahrnehmung-und-Bewältigungsstrategien_Gerhold---2020.pdf, (zuletzt abgerufen am 25.6.2020).

Wohngegend“) befindet sich mit 74,1 % in etwa auf dem deutschlandweiten Niveau von 2017 (78,6 %).¹⁹

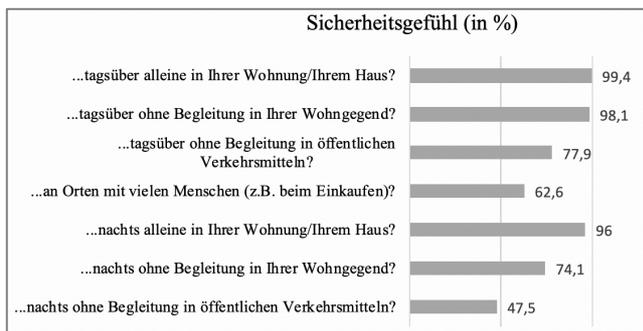
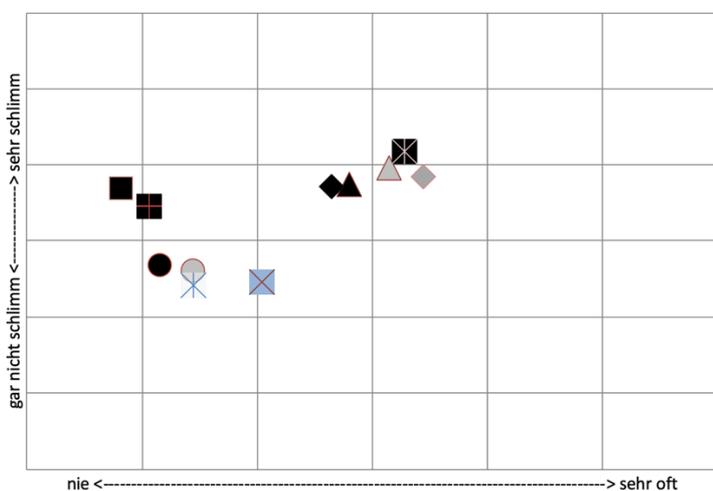


Abbildung 4: Sicherheitsgefühl mit Angaben "eher sicher" und "sehr sicher" (n = 1183-1191)



- Hundekot
- Graffiti
- Zu schnell fahrende Autos
- Betrunkene
- Menschen, die in der Öffentlichkeit urinieren
- Streitereien zwischen Leuten in der Öffentlichkeit
- Menschen, die gegen die Allgemeinverfügung verstoßen, indem sie sich in Gruppen draußen aufhalten
- Menschen, die in Zeiten von Corona den Mindestabstand nicht einhalten
- Drogenabhängige oder -dealer
- Ruhestörungen
- herumliegender Abfall

Abbildung 5: Bewertung von Schwere und Häufigkeit ausgewählter „Incivilities“ (n = 1020-1186)

2. Polizeivertrauen

Das Vertrauen in die Polizei wurde über zwei Fragenkomplexe erhoben, die zum einen die Polizei als Institution betreffen und zum anderen die Wahrnehmung der Polizist/innen selbst.

Abb. 6 zeigt die differenzierte Betrachtung der Polizei Hamburg, welche insgesamt für ein hohes Vertrauen in die Polizei spricht und sich mit der Bewertung der Effektivität der Polizei aus dem deutschlandweiten Viktimisierungssurvey 2017 deckt.²⁰ Lediglich 34 % der Befragten gaben an, dass die Polizei Hamburg häufig erfolglos bei der Aufklärung von Straftaten ist, was in Anbetracht einer regelmäßigen Aufklärungsquote von knapp unter 50 %²¹ gering erscheint, zumal ca. 61 % der Befragten davon ausgehen, dass die Polizei Hamburg überlastet ist.

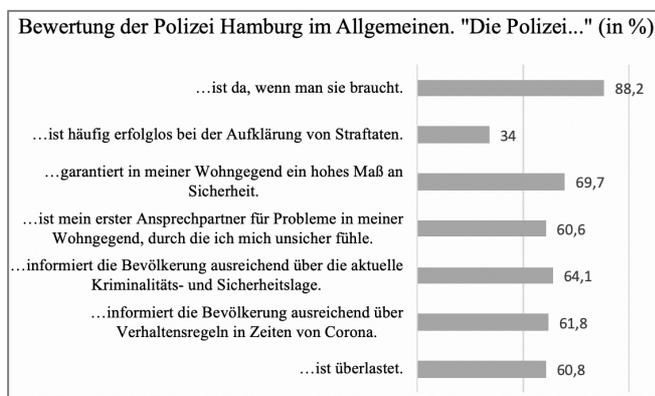


Abbildung 6: Polizeivertrauen; Angaben mit „stimme eher zu“ und „stimme völlig zu“ (n = 1128-1163)

Darüber hinaus stimmten 87 % der Befragten der Aussage „Die Corona-Krise zeigt, dass man sich im Ernstfall auf die Polizei verlassen kann“ zu (Vgl.: „auf den Staat“: 83 %; „auf das Gesundheitssystem“: 90 %). Auch direkt nach ihrem Vertrauen in die Polizei Hamburg gefragt, gaben 85 % der Befragten an, dass sie ein großes oder sehr großes Vertrauen in diese hätten. Damit ist das Vertrauen in die Polizei Hamburg in etwa gleichauf mit dem Bundesverfassungsgericht und der Demokratie an sich. Etwas geringere Werte erzielten der Hamburger Senat, der öffentlich-rechtliche Rundfunk, und die Bundesregierung (73-78 %).

Die Anzeigebereitschaft („Ich würde die Polizei rufen, wenn ich folgende Situationen mitbekommen würde“; n = 1175-1188) liegt für Einbrüche und häusliche Gewalt in der Nachbarschaft bei 99 bzw. 95 %. Schlägereien in der Öffentlichkeit und Fahrerflucht liegen bei knapp 90 % und öffentlicher Drogenhandel bei 62 %. Bei Ruhestörungen durch betrunkene Jugendliche und Verstöße gegen die Allgemeinverfügung zur Pandemie-Eindämmung hingegen würden lediglich 36 bzw. 31 % der Befragten die Polizei alarmieren.

¹⁹ Birkel/Church/Hummelsheim-Doss/Leitgöb-Guzy/Oberwittler, Der Deutsche Viktimisierungssurvey 2017, S. 46.

²⁰ Birkel/Church/Hummelsheim-Doss/Leitgöb-Guzy/Oberwittler, S. 72.

²¹ Polizei Hamburg, Polizeiliche Kriminalstatistik 2019.

Die Wahrnehmung der Polizist/innen fiel insgesamt sehr positiv aus und deckt sich mit dem dargestellten Bild von der Polizei als Institution in dieser Befragung. Neben der allgemein erfassten Wahrnehmung der Polizist/innen wurde zusätzlich eine Bewertung des Kontakts zur Durchsetzung der Allgemeinverfügung zur Pandemie-Eindämmung erhoben, falls eine solche stattgefunden hat. Dies traf lediglich auf 67 Befragte zu, daher lassen sich wenig Schlüsse aus den Ergebnissen ziehen. Jeweils ca. 65 – 75 % der Befragten mit Polizeikontakt gab an, dass die Polizist/innen freundlich, kompetent, hilfsbereit, aufmerksam sowie gerecht waren und ihr Handeln erklärt haben. 22 % gaben an, dass die Polizist/innen ihnen gegenüber Vorurteile hatten. Der Wert ist damit in etwa so hoch wie der aus dem Deutschen Viktimisierungssurvey 2017 in Bezug auf die Annahme, Polizist/innen würden Menschen aufgrund ihres sozioökonomischen Status ungleich behandeln.²²

In der Bewertung der Polizist/innen im Allgemeinen (vgl. Abb. 7) fallen die Werte in den meisten Kategorien ähnlich hoch oder höher aus. Zwar überwiegend positiv, aber im Vergleich dennoch als negative Ausreißer können die Angaben zur Weltoffenheit, zur Gleichbehandlung aufgrund der Herkunft und über die Annahmen zur Sanktionierung unrechtmäßigen Polizeiverhaltens gewertet werden.

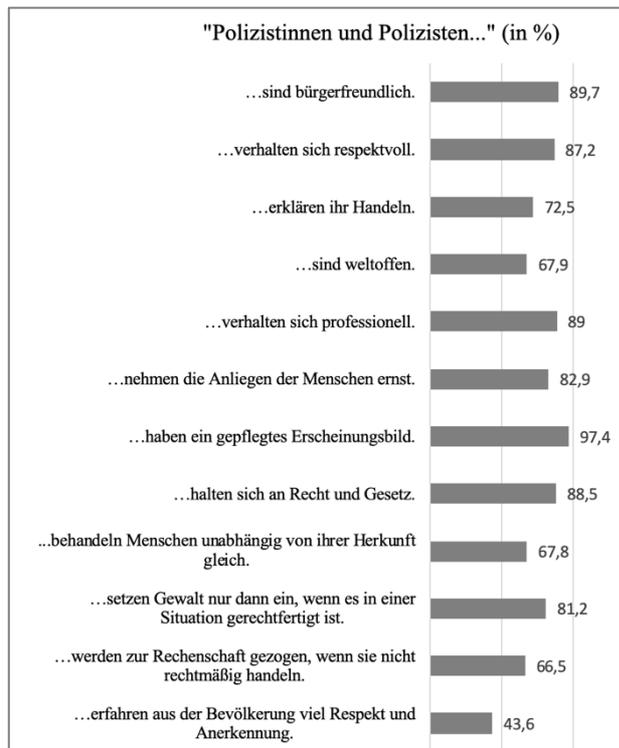


Abbildung 7: Bewertung der Polizist/innen mit Angabe „stimme eher zu“ und „stimme völlig zu“ (n = 1140-1183)

3. Gesellschaftlicher Zusammenhalt

Der gesellschaftliche Zusammenhalt wurde über Fragen zur gegenseitigen Unterstützung, Annahmen über die eigene Nachbarschaft und zu politischen Einstellungen nach Zick, Küpper, & Berghan erhoben.²³

Die gegenseitige Unterstützung wurde darüber gemessen, ob die Befragten bereit wären, für Menschen aus der Nachbarschaft bestimmte Hilfeleistungen zu erbringen (Einkäufe erledigen; Vorräte und Medikamente teilen; Geld spenden), bzw. ob Menschen aus der Nachbarschaft dies für sie tun würden. Über 90 % der Befragten gaben an, dass sie auf nachbarschaftlicher Ebene Einkäufe erledigen sowie Vorräte und Medikamente teilen würden. Geld würden immerhin 52 % der Befragten spenden. Die Werte zu erwarteten Hilfeleistungen lagen leicht darunter (Einkäufe erledigen: 90 %; Vorräte und Medikamente teilen: 84 %, Geld spenden 30 %) und decken sich in der Verteilung stark mit den Ergebnissen der deutschlandweiten COVID-19-Befragung des IKG,²⁴ wobei die Hamburger Werte bei den erwarteten Hilfeleistungen deutlich höher ausfallen.

Bei den Angaben zur eigenen Nachbarschaft stechen die Annahmen zur gegenseitigen Rücksichtnahme ins Auge. Entgegen der, auf Basis des Forschungsstandes ableitbaren Annahme geben jeweils ca. 80 % der Befragten an, dass die gegenseitige Rücksichtnahme seit Pandemie-Beginn in der eigenen Wohngegend und in Hamburg zugenommen hat. Zudem nimmt nur eine Minderheit an, dass die COVID-19-Pandemie in der eigenen Wohngegend nicht ernst genug genommen wird (vgl. Abb. 8).

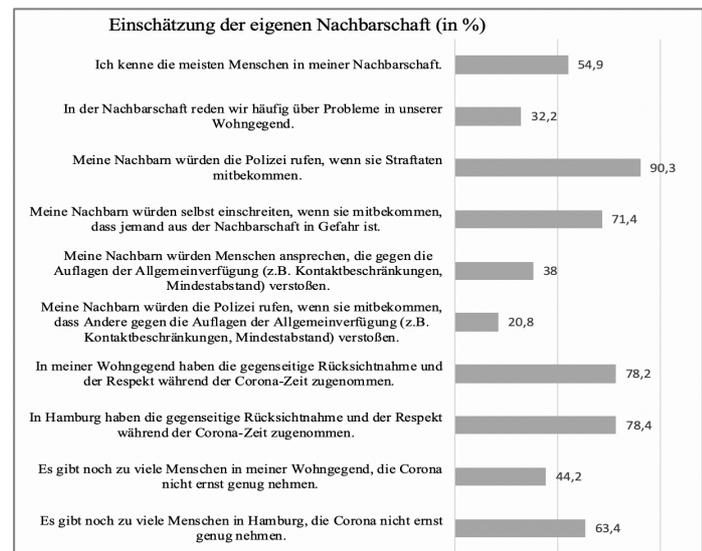


Abbildung 8: Einschätzung der eigenen Nachbarschaft mit Angaben „stimme eher zu“ und „stimme völlig zu“ (n = 981-1177)

²² Birkel/Church/Hummelsheim-Doss/Leitgöb-Guzy/Oberwittler, S. 74.

²³ Zick/Küpper/Berghan, Verlorene Mitte – Feindselige Zustände Rechtsextreme Einstellungen in Deutschland 2018.

²⁴ Rees/Papendick/Rees/Wäschle/Zick, S. 8.

Ergänzend wurde die Zustimmung zu einigen teilweise sehr umstrittenen politischen Aussagen abgefragt. Um darzulegen, dass es sich nicht um die Meinung des Umfrageveranstalters bzw. der Polizei Hamburg handelt, sondern um kontroverse Meinungen, die im öffentlichen Diskurs geäußert werden, wurde die Frageformulierung entsprechend eingeleitet. Inhaltlich bilden die insgesamt elf Unterfragen verschwörungstheoretische, sozialdarwinistische, fremdenfeindliche und Law-and-Order-Einstellungen in Anlehnung an die sog. „Mitte-Studien“ des IKG ab (n = 1168 – 1185).²⁵

Ca. 3/4 der Befragten stimmten der Forderung nach mehr Dankbarkeit gegenüber „führenden Köpfen“ und Respekt gegenüber den Behörden, insbesondere der Polizei während der COVID-19-Pandemie zu. Zudem forderten 60 % ein härteres Vorgehen der Polizei gegen Verstöße und 42 %, dass die Polizei „Corona-Parties“ auch mit Gewalt auflöst, um abschreckend zu wirken. Weiter befürworteten 35 %, dass die Polizei verstärkt ärmere Menschen, Migranten und Geflüchtete kontrolliert, da bei diesen Personengruppen eine erhöhte Gefahr der Übertragung bestehe. Die Werte bewegen sich damit auf einem ähnlich hohen Niveau wie bei gleich oder sehr ähnlich formulierten Fragen der COVID-19-Studie des IKG²⁶ und sprechen für ein großes Bedürfnis der Bevölkerung nach klaren Verhaltensregeln sowie deren Durchsetzung in Krisen- oder Katastrophenzeiten.²⁷

Die Hamburger Werte fallen tendenziell etwas höher aus als in der Befragung des IKG, was daran liegen könnte, dass nur vier Antwortmöglichkeiten („stimme überhaupt nicht zu“, „stimme eher nicht zu“, „stimme eher zu“, „stimme völlig zu“) vorgegeben waren und keine Mittelkategorie („teils-teils“) im Fragebogen bestand.

Von den Befragten sahen 4 % einen Zusammenhang zwischen der Aufnahme von Geflüchteten und dem Ausmaß der Pandemie auf Deutschland. 27 % der Befragten stimmten der Aussage zu, dass die in Deutschland lebenden Ausländer häufiger Verstöße gegen die Auflagen der Allgemeinverfügung begehen als die Deutschen selbst und 1/3 der Befragten lehnte die Aussage ab, dass der gesellschaftliche Zusammenhalt durch die kulturelle Vielfalt in Deutschland gestärkt wird. Die Werte der regelmäßig durchgeführten Mitte-Studien betragen für rechtsextreme, fremdenfeindliche Einstellungen knapp 10 %.²⁸ Klar rechtspopulistische Einstellungen lassen sich hingegen bei ca. 20 % und Tendenzen hierzu bei ca. 40 % der Bevölkerung feststellen²⁹, so dass sich für die Hamburger Bevölkerung kein ungewöhnlich abweichendes Bild ergibt.

Knapp 40 % der Befragten stimmten der Aussage zu, dass Medien und Politik während der Pandemie gezielt bestimmte Informationen verschweigen (IKG-COVID-19-Befragung: 24 %) und ca. die Hälfte forderte, dass der deutsche Staat bei der Versorgung mit Medizinprodukten, Lebensmitteln und anderen wichtigen Gütern zuerst an die deutsche Bevölkerung denken soll, auch wenn dadurch andere Staaten weniger erhalten. Eine Gleichbehandlung bei der medizinischen Versorgung für Menschen, die sich aufgrund eines Verstoßes gegen die Maßnahmen zur Pandemie-Eindämmung infizieren, lehnten 13 % der Befragten ab.

V. Fazit

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass während der COVID-19-Pandemie für die Hamburger Bevölkerung vor allem wirtschaftliche Sorgen im Vordergrund stehen und zum Zeitpunkt der Befragung die Zustimmung zu den verhängten Eindämmungsmaßnahmen hoch war. Das Sicherheitsgefühl war vor allem im öffentlichen Personenverkehr und an Orten mit vielen Menschen eingeschränkt, was für eine deutliche Beeinträchtigung durch die Pandemie spricht. Dies wurde auch durch die Wahrnehmung der Häufigkeit entsprechender Verstöße gegen die verhängten Maßnahmen sowie die Bewertung ihrer Schwere bestätigt.

Das Vertrauen in die Polizei als Institution hingegen kann weiterhin als sehr stark ausgeprägt betrachtet werden und auch die Bewertung der Polizist/innen fiel in den meisten Bereichen sehr positiv aus. Zumindest auf Basis des dargestellten Forschungsstands war die hohe Solidarität innerhalb der Gesellschaft und die verbreitete Annahme einer gestiegenen Rücksichtnahme seit Pandemie-Beginn, die sich in den Befragungsdaten zeigte, überraschend. Veränderungen bei fremdenfeindlichen Einstellungen waren nicht offensichtlich, durchaus aber stark verbreitete Law-and-Order-Einstellungen.

Als ein die Aussagekraft einschränkender Faktor ist zu erwähnen, dass lediglich deutsche Staatsbürger/innen an der Befragung teilnehmen konnten, ca. 16 % der Hamburger Bevölkerung ihre Wahrnehmungen und Einstellungen also in der vorliegenden Studie nicht darlegen konnten. Dadurch ungehindert lassen jedoch bereits die hier dargestellten Ergebnisse einen sehr viel detaillierteren Rückschluss auf gesellschaftliche Zustände und Annahmen zum Sicherheitsgefühl sowie Einstellungen zur Polizei zu, als dies durch vereinzelte Rückmeldungen im Bürger-Polizei-Kontakt möglich ist.

²⁵ Zick/Küpper/Berghan.

²⁶ Rees/Papendick/Rees/Wäschle/Zick, S. 12.

²⁷ vgl. Bonkiewicz/Ruback, Policing 2010.

²⁸ IKG, Ergebniszusammenfassung Mitte-Studie 2019, S. 6 f.

²⁹ a.a.O.