

# 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 | 263 – 294

263 | **Kindesmissbrauch und Kinderpornografie**

*von Prof. em. Dr. Arthur Kreuzer*

269 | **Änderungen im StGB durch das Gesetz zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität**

*von Prof. Dr. Anja Schiemann*

277 | **Das „Donaulied“ – strafwürdige Verharmlosung sexueller Übergriffe oder sozialadäquate Traditionspflege?**

*von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch*

281 | **Die Sicherstellung von Buchgeld**

*von Prof. Dr. Dr. Markus Thiel und Ref. iur. Dr. Theresa Regina Disselkamp*

288 | **Werkstattbericht zur Europäischen Ermittlungsanordnung aus dem Projekt EIO-LAPD**

*von Dipl.-Jur. Luca Alexander Petersen*

### ENTSCHEIDUNGEN | 295 – 299

295 | **Containern – Strafbare Wegnahme einer fremden Sache?**

*BVerfG, Beschl. v. 5.8.2020 – 2 BvR 1985/19 und 2 BvR 1986/19*

### BUCHBESPRECHUNGEN | 300 – 304

300 | **Sandra Riebel: Verdeckte Online-Durchsuchung**

*von Prof. Dr. Anja Schiemann*

301 | **Senta Bell: Strafverfolgung und die Cloud**

*von Prof. Dr. Anja Schiemann*

303 | **Lukas Schefer: Die Vortäuschung eines Zufallsfundes im Ermittlungsverfahren: Zur Zulässigkeit sogenannter „legendierter Kontrollen“**

*von Prof. Dr. Anja Schiemann*

### TAGUNGSBERICHT | 305 – 307

305 | **2. Workshop Sicherheits- und Strafrecht im Angesicht der Digitalisierung**

*von Till Reinholz*

## ALLGEMEINE BEITRÄGE

## Kindesmissbrauch und Kinderpornografie Kritik eines Kriminalwissenschaftlers an Plänen für erneute Strafrechtsverschärfungen

von Prof. em. Dr. Arthur Kreuzer\*

### Abstract

*Kindesmissbrauch und Kinderpornografie sollen nach dem „Reformpaket zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder“ noch härter bestraft werden als bisher. Das BMJV hat zwischenzeitlich einen entsprechenden Referentenentwurf vorgelegt. Die Serie von Ausweitungen und Verschärfungen des Sexualstrafrechts setzt sich entgegen wissenschaftlicher Kritik fort. Jeweils wird reflexhaft, populistisch auf öffentliche Empörung über bekannt gewordene schwerste Verbrechen reagiert. Stärkung von Abschreckung und Opferschutz werden suggeriert. Tatsächliche Wirkungen, negative Folgen, Systembrüche und wissenschaftliche Erkenntnisse bleiben außer Betracht. Strafrecht wird prima statt ultima ratio. Einzufordern ist jedoch ein wissenschaftsbasiertes umfassendes Konzept zum Kinderschutz durch Prävention und strafrechtliche Intervention, namentlich angesichts zunehmender Verlagerung von Kriminalität in die digitale Welt.*

*Thesenartig zusammengefasst werden folgende strafrechtliche Gegenstände erörtert: Das bestehende strafgesetzliche Instrumentarium genügt durchaus Verbrechenkomplexen wie den Kindesmisshandlungen in Bergisch Gladbach und Münster; Schelte einer zu milden Justiz ist nicht belegt; Strafschärfungen haben einseitig schwerste Fälle im Blick, lassen die weitaus häufigeren leichteren Fälle außer Acht; deswegen ist es fragwürdig, undifferenziert § 176 und § 184b StGB zu „Verbrechen“ hochzustufen; zumindest bedarf es einer systemgerechten Regelung für „minder schwere Fälle“; erhöhte Mindeststrafen sind bedenklich, wenn sie dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entsprechende Verfahrensabschlüsse und Strafen für leichteste Fälle verhindern; höchst bedenklich ist es, nochmals einen „absoluten“ Untersuchungshaftgrund ohne Flucht- oder Verdunkelungsgefahr vorzusehen, zumal verfassungsgerichtlich geklärt ist, dass es immer einer Gefahr für das Verfahren bedarf; verfassungsrechtliche und verfassungsgerichtliche Einwände sind zu erheben gegen lebenslangen Wegfall von Verjährungsfrist und lebenslange Eintragungen in erweiterten polizeilichen*

*Führungszeugnissen, ohne Ausnahmen für junge und Gelegenheitstäter zuzulassen.*

*According to the „Reform package combating sexual violence against children“ child abuse and child pornography shall be punished more severely than before. Meanwhile, the BMJV has presented a corresponding draft bill. The series of extensions and aggravations of penalties in the criminal law relating sexual offences is being continued despite scientific objections. Again and again when serious crimes are reported the reaction to public outrage is just a reflex and populist response. The intensification of deterrence and protection of victims are suggested. However, the actual effects, negative results, breaks in the system and scientific findings are not being considered. The criminal law becomes prima instead of ultima ratio. On the contrary, we have to demand a comprehensive concept for the protection of children, based on scientific findings, by prevention and penal intervention, specifically in view of the increasing shift of crime into the digital world.*

*The following theses concerning penal subject matters will be discussed: The existing instruments of penal law are sufficient to deal with crimes like the cases of child abuse as in Bergisch Gladbach and Münster. Criticism of overly mild criminal justice is not proven. Aggravation of penalties is directed onesidedly at the most severe cases neglecting the more common lighter cases. Therefore it is highly questionable to raise § 176 and § 184b StGB to the status of „Verbrechen“ (the term for severe crimes with the obligatory minimum penalty of one year's imprisonment). At least there should be a system relevant regulation for less serious cases („minder schwere Fälle“). Raising minimum penalties is precarious when they prevent adequate process closings and punishments for the lightest cases. It is quite precarious to once more establish another „absolute ground“ for pre-trial detention – presumably – without the danger of escape or collusion, keeping in mind that it has been declared by the constitutional court that pre-trial detention in general demands*

\* Der Verfasser ist emeritierter Professor und ehemaliger Direktor des Instituts für Kriminologie an der Justus-Liebig-Universität Gießen. Diesem Beitrag ist ein „Offener Brief eines Kriminalwissenschaftlers an Rechtspolitiker“ v. 22.7.2020 vorausgegangen, der wesentliche Gedanken dieses Beitrags angedeutet hatte. Abrufbar unter: <https://kripoz.de/2020/07/01/reformpaket-zur-bekaempfung-sexualisierter-gewalt-gegen-kinder/#comment-168> (zuletzt abgerufen am 1.9.2020).

*an endangerment of the process. Objections related to the constitutional law and the constitutional court jurisdiction must be raised against regulations which allow to prosecute such sexual offenders for life without limitations to certain periods of time after the act, or which allow lifelong entries in extended police clearance certificates, without at least exceptions for young or occasional offenders.*

## I. Zur anstehenden Gesetzgebung allgemein

Seit geraumer Zeit deutet sich mit einer *kriminalpolitischen Fehlentwicklung* eine Kluft zwischen Politik und Wissenschaft an. Man neigt dazu, hektisch, oft nur symbolisch, zu wenig von Wissen und der Berücksichtigung absehbarer Folgen geleitet, nahezu reflexartig auf spektakuläre Verbrechen zu reagieren.<sup>1</sup> Manche Verantwortungsträger in der Politik sehen sich getrieben von öffentlicher Empörung und Rufen nach härterem Strafen in Boulevardmedien. Sie bedienen sich vorschnell beliebter Parolen und Vorurteile; so ist allenthalben von zunehmender Gewaltkriminalität und Kuscheljustiz die Rede, obwohl sich tatsächlich eher das Gegenteil abzeichnet.

Aktuell ist wieder ein wichtiger Anlass zu einem mahnenenden Zwischenruf seitens eines seit über fünf Jahrzehnten in Forschung, Praxis- und Politikberatung sowie Publizistik um wissensbasierte Kriminalpolitik bemühten Kriminalwissenschaftlers gegeben. Nach den Bekundungen vieler Politiker – namentlich in der Großen Koalition – ist zu erwarten, dass bald über einen Gesetzentwurf parlamentarisch zu beraten sein wird, der das Strafrecht verschärfen soll, um sexueller Gewalt gegen Kinder besser entgegenwirken zu können. Damit möchte man auf viele neue, erschütternde Vorfälle – zuletzt die mit den Städtenamen Staufeu, Lügde, Bergisch Gladbach und Münster verbundenen – reagieren. Abgesehen von anderen, teils noch weitergehenden Forderungen sind die meisten Vorhaben bereits berücksichtigt in dem „*Reformpaket zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder*“ des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz vom 1. Juli 2020.<sup>2</sup> In ihm und seiner öffentlichen Präsentation vollzieht die Bundesjustizministerin unter erheblichem politischem Druck eine Kehrtwende gegenüber ihrer vorangegangenen skeptischen und fachlich begründeten Haltung gegenüber Bestrebungen zur Verschärfung des

Strafrechts; sie hatte zuvor die bestehenden strafrechtlichen Mittel als ausreichend erachtet.<sup>3</sup>

Weitgehend dürften Wissenschaft und Politik allerdings darin übereinstimmen, dass der sexuellen Gewalt gegen Kinder entschieden mit allen geeigneten, legalen Mitteln begegnet werden muss. Für alle Verantwortlichen sind die Grauen der zur Zeit untersuchten Verbrechenserien geradezu unvorstellbar. Nur beispielhaft für *Dimensionen solcher Taten gegen Kinder* sei andeutungsweise der Fall eines Hauptverdächtigen von Bergisch Gladbach skizziert:<sup>4</sup> Der Vater des noch nicht halbjährigen Kindes missbraucht es auf dem Wickeltisch sexuell zur eigenen Befriedigung, wiederholt mit Chatpartnern solche auch mit Oral- und Analverkehr verbundenen Handlungen in den folgenden zwei Jahren am eigenen Kind und Kindern der anderen, hält das oft auf Fotos und Videos fest und macht die Bilder im Internet zugänglich. Er selbst war wohl als Kind missbraucht worden und seinerseits im Jugendalter sexuell gewalttätig gegenüber anderen. Nach außen erscheint er als treusorgender Ehemann und Vater. Nun steht er aber wegen 67 teils schwerer Kindesmisshandlungen unter Anklage. In dem Gesamtverfahren ermitteln 300 Polizeibeamte und neun Staatsanwälte gegen bislang 116 Verdächtige; ungefähr 21 Millionen Bilder sind sichergestellt und werden nach und nach ausgewertet; 30.000 „Online-Identitäten“ – schon bereinigt um Mehrfach-Einträge im Internet, aber Nutzer verbergen sich meist hinter schwer entschlüsselbaren Pseudonymen in Gruppenchats – wurden bereits ausgemacht; 48 Kinder wurden befreit; mehrere Ermittler mussten behandelt werden, weil sie durch die schier unerträgliche Ermittlungstätigkeit erkrankt waren. Dimensionen werden zudem verdeutlicht, wenn über „Live-Streaming“ von Misshandlungen berichtet wird und die EU-Innenkommissarin Schätzungen bekannt gibt, nach denen europaweit jedes fünfte Kind von sexueller Misshandlung betroffen sei.<sup>5</sup>

Auch als Kriminalwissenschaftler kann man nicht weitere strafrechtliche Mittel ausschließen. Sie könnten zumal angesichts so erheblicher Gewalt in der realen Welt und in ihrer immensen digitalen Vermarktung nötig sein. Immerhin ist damit zu rechnen, dass die zunehmende Digitalisierung mit zahlreichen Messengerdiensten und sich ausweitenden Online-Tauschplattformen Hemmschwellen für Täter herabsetzen, Gewalt gegen eigene und Kinder anderer auszuüben und sie zugleich mithilfe solcher Techniken

<sup>1</sup> Übersicht dazu u.a. bei Kreuzer, in: Sinn et al. (Hrsg.), *Populismus und alternative Fakten*, Abschiedskolloquium für Walter Gropp, 2020, S. 151 ff; ders., NK 30, 2018, 141 ff; ders., *Kriminalistik* 2017, 744 ff; ders., ZEIT ONLINE v. 26.12.2017, abrufbar unter: <https://www.zeit.de/politik/deutschland/2017-11/kriminalpolitik-grosse-koalition-strafrecht-kriminologie> (zuletzt abgerufen am 1.9.2020); ders., in: Gropp et al. (Hrsg.), *GS Heine*, 2016, S. 237 ff.

<sup>2</sup> Abrufbar unter: <https://kripoz.de/2020/07/01/reformpaket-zur-bekaempfung-sexualisierter-gewalt-gegen-kinder/> (zuletzt abgerufen am 1.9.2020). Nach Fertigstellung dieses Beitrags ist inzwischen das „Reformpaket“ umgesetzt worden in einen Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz: Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder v. 17.8.2020, abrufbar unter: [https://www.bmjv.de/Shared-Docs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Bekaempfung\\_sex\\_Gewalt\\_Kinder.html](https://www.bmjv.de/Shared-Docs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Bekaempfung_sex_Gewalt_Kinder.html) (zuletzt abgerufen am 1.9.2020). Der *Verf.* hat dazu im Sinne dieses Beitrags kritisch Stellung genommen gegenüber dem BMJV.

<sup>3</sup> Dazu z. B. Eisele, LTO v. 6.7.2020, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/lambrecht-bekaempfung-kindessmissbrauch-kinderpornografie-strafen-gewalt-bmjv-muenster-verbrechen/> (zuletzt abgerufen am 1.9.2020).

<sup>4</sup> Hierzu und zu weiteren Fällen und Aspekten: Biermann et al., *DIE ZEIT* v. 23.7.2020, Dossier, S. 13-15.

<sup>5</sup> Johansson, *ZEIT ONLINE* v. 24.7.2020, abrufbar unter: <https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2020-07/eu-kommission-ylva-johansson-sexueller-kindessmissbrauch-corona-krise> (zuletzt abgerufen am 1.9.2020).

für sich und ihre digitale Kommunikation zu nutzen. Strafrecht ist gerade hier also unverzichtbar für den Kinderschutz. Strafrecht darf aber nach aufgeklärtem, rechtsstaatlichem, verfassungsrechtlich verankertem Verständnis nur letztes Mittel – *ultima ratio* – sein. Andere Ansätze von sozialer Kontrolle, Prävention, Intervention müssen ausgeschöpft sein oder sich als unzureichend erweisen.

Kriminalwissenschaftler tragen jedoch ganz überwiegend erhebliche Bedenken gegenüber einzelnen in der Diskussion vorgesehenen Maßnahmen.<sup>6</sup> Diese erscheinen weder zweckdienlich noch auf Stimmigkeit mit den Grundlagen geltenden Strafrechts und auf ungünstige Folgen hin bedacht. Zudem setzen einige im Vordergrund der Diskussion stehende Forderungen und Argumentationen von Politikern in Bund und Ländern Verschärfungen des Strafrechts an erste Stelle: Strafrecht als „prima ratio“. Das ist sogar noch in dem detailliert gefassten und durch andere begleitende Maßnahmen erweiterten „Reformpaket“ der Fall.

Damit wird ein seit Längerem beschrittener Weg fortgesetzt, der vielen Kriminalwissenschaftler\*innen Sorge bereitet: Namentlich das Sexualstrafrecht wird seit Jahren stetig ausgeweitet und verschärft; Gesetzesänderungen enthalten teilweise Systembrüche; sie reagieren nur scheinbar wirksam auf aktuelle aufsehenerregende Fälle; sie suggerieren Verbesserung des Opferschutzes durch rigideres Strafen; sie lassen nachteilige Folgen außer acht, wie etwa weitere Ausgrenzungen schutzbedürftiger Minderheiten, neue Denunziationspotenziale, Enttäuschung bei Betroffenen über die Wirkungslosigkeit, Überlastung von Verfolgungsinstitutionen und entsprechende Gegenstrategien; sie widersprechen dem Gebot wissenschaftsbasierter Kriminalpolitik. Eine gründliche Analyse der Ausweitungen des Sexualstrafrechts hatte bereits 2016 resümiert, ein Großteil der Sonderregelungen für Sexualdelinquenten sei aus kriminologischer Sicht nicht berechtigt; vielmehr habe sich für diese Tätergruppe ein weitgehend symbolisches Sonderrecht etabliert.<sup>7</sup>

Wegen dieser Fehlentwicklung ist an verantwortliche Politiker und Politikerinnen zu appellieren, die Kritik zu prüfen und das Vorhaben einer Strafrechtsverschärfung zur Bekämpfung von sexueller Gewalt gegen Kinder im Sinne eines *umfassenden Programms nachhaltigen Kinderschutzes* und längerfristig eventuell einer sinnvollen und stimmigen Gesamtreform des Sexualstrafrechts zu überdenken.

In einem solchen Programm kann Strafrecht bedeutsam sein mit angemessenen Maßnahmen materiell- oder verfahrensrechtlicher Art, gegebenenfalls auch mit Strafrechtsausweitungen, aber eben nur ergänzend und systemgerecht. So war es beispielsweise durchaus angebracht, das sog. „Upskirtung“ strafrechtlich nunmehr ausdrücklich in § 184k StGB zu erfassen.<sup>8</sup> Bei sexueller Gewalt

gegen Kinder, die bereits jetzt großenteils als „Verbrechen“ unter hohen Strafdrohungen steht, und Verbreiten von Kinderpornografie ist jedoch von noch höheren Strafrahmen und Strafen keine abschreckende Wirkung auf potenzielle Täter zu erwarten. Abschreckend indes kann bekanntlich wirken, wenn Täter ein merklich größeres Risiko erwartet, erkannt, verfolgt und bestraft zu werden. Vorrang kommt deswegen anderen Maßnahmen zu, die wirksamer mögliche Täter beeinflussen können und Opfern tatsächlich helfen.

Nur *Beispiele Erfolg versprechender Maßnahmen* seien genannt:

Jugendämter müssen besser ausgestattet werden, um aufsuchende Sozialarbeit bei Gefahren für Kinder leisten und wirksam Kontrolle ausüben zu können. Jugend- und Familienrichter/innen müssen für ihre Aufgabe aus- und fortgebildet werden, wie es das „Reformpaket“ vorsieht; es ist den üblichen unhaltbaren Einwänden zu begegnen, dies greife in richterliche Unabhängigkeit ein, und Richter sollten regelmäßig nach dem Rotationsgrundsatz ihre Aufgabenfelder wechseln, ohne über beispielsweise in der Familien- und Jugendgerichtsbarkeit nötige, oftmals erst durch längere berufliche Erfahrung und Fortbildung erworbene Kompetenzen in Vernehmungspsychologie oder Fragen von Erziehung, Behandlung oder Pflege zu verfügen. Angebote für Pädophile nach dem Modell des an die Charité in Berlin angebundenen Netzwerks „Kein Täter werden“ von *Beier*<sup>9</sup> sind flächendeckend auszuweiten statt mancherorts sogar abgeschafft zu werden, ebenso Behandlungsangebote statt, während oder nach Strafverbüßung. Verfolgungskapazitäten bei Polizei und Strafjustiz sind personell – u.a. durch IT-Spezialisten – sowie in technischer Ausstattung drastisch zu stärken, um Kriminalität wie Herstellung und Vermarktung kinderpornografischer Materials besonders im Internet und Darknet besser aufspüren und verfolgen zu können; rechtlich ist hierbei u.a. die „Vorratsdatenspeicherung“ zu klären; allgemein muss die Polizeiorganisation auf die veränderte Verbrechenswirklichkeit mit einer sich zunehmend von der realen in die digitale Welt verlagernden, grenzüberschreitenden Tatbegehung umgestellt werden; konkret sind vor allem die Bemühungen der EU-Kommission zu unterstützen, Internetdienstleister zu verpflichten, das Einstellen oder „Teilen“ entsprechender kinderpornografischer Inhalte aufzuspüren, diese Inhalte zu löschen und zu melden

<sup>6</sup> Aus jüngster Zeit beispielhaft nur: *Eisele*, o. Fn. 3; *Hoernle*, FAZ v. 2.7.2020, S. 7; *Kreuzer*, offener Brief an Rechtspolitiker v. 22.7.2020, o. Fn.\*.

<sup>7</sup> *Steiger*, Gleiches Recht für alle – auch für Sexualstraftäter?, 2016.

<sup>8</sup> BT-Drs. 19/20668; beschlossen am 6.7.2020.

<sup>9</sup> Vgl. *Beier*, Sexuellem Kindesmissbrauch vorbeugen – Das Präventionsnetzwerk „Kein Täter werden“, Vortrag auf dem 19. Deutschen Präventionstag, Karlsruhe, 12.5.2014, abrufbar unter: <https://www.praeventionstag.de/nano.cms/vortraege/id/2767> (zuletzt abgerufen am 1.9.2020).

und ein europäisches Zentrum für die Bekämpfung von Kindesmissbrauch (NCMEC) zu schaffen.<sup>10</sup>

## II. Wichtigste Punkte der Kritik im Einzelnen:

1. Etliche von Politikern vorgebrachte Begründungen für die Notwendigkeit von Strafrechtsverschärfungen sind populistisch und sachfremd. Das gilt besonders für Konsequenzen bei Tätern, die wie jene in Münster und Bergisch Gladbach schweren Kindesmissbrauch begehen. Bereits das geltende Recht sieht für sie Freiheitsstrafen von zwei bis zu 15 Jahren vor. *Die Strafraumen sind ausreichend*. Hinzu kommen möglicherweise langjährige oder sogar lebenslang währende Unterbringungen in psychiatrischen Kliniken oder in Einrichtungen der Sicherungsverwahrung; dies gilt namentlich für tatsächlich pädophil ausgerichtete Täter; sie dürften jedoch eine Minderheit ausmachen, weil sich unter entsprechend übergriffigen Personen in erster Linie sexuell an sich normal Veranlagte und Gelegenheitstäter sowie sehr junge Täter befinden. Insbesondere der Vergleich mit Diebstahlsdelikten geht völlig fehl.

Auch erscheinen *sprachlich-kosmetische Änderungen* wenig hilfreich. So ist die Änderung der Überschrift des § 176 StGB „Sexueller Missbrauch von Kindern“ in „Sexualisierte Gewalt gegen Kinder“ sprachlich ein Missgriff (wenn schon eine Änderung sein soll, warum dann nicht einfach „sexuelle Gewalt“?); sie weicht überdies unnötig ab von den international geläufigen Termini „child abuse“ und „sexual violence“; sie ist vor allem inhaltlich irreführend: Der jetzige und der neu konzipierte Straftatbestand umfassen weit mehr als nur gewaltsame Handlungen; mit der neuen Überschrift wird also fälschlich „Gewalt“ auch auf nicht gewaltsame Handlungen bezogen und dadurch ein unnötiger Interpretationsstreit heraufbeschworen. Außerdem findet sich der Begriff des Missbrauchs gleichfalls in anderen Straftatbeständen der §§ 174 ff. StGB. „Missbrauch“ steht nicht dem „Gebrauch“ einer Person gegenüber, vielmehr ist eine übergriffige Ausnutzung von Erziehungs-, Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnissen gemeint. Das lassen bereits die amtlichen Überschriften erkennen.

2. Zu erwägen ist zwar, den Grundtatbestand sexuellen Missbrauchs von Kindern in § 176 StGB teilweise zu einem *Verbrechen* hochzustufen. Das setzt aber dreierlei voraus:

Zum Ersten muss der Verbrechens-Tatbestand dann auf gewaltsames sexuelles Verhalten und auf bislang als besonders schwere Fälle gekennzeichnete Sachlagen beschränkt werden; ansonsten würden vergleichsweise banale Fälle mit erfasst und der individuellen Schuld angemessene Verfahrensabschlüsse und Strafen verhindert. Man denke nur an sexuelle Verhaltensweisen wie heftige Küsse schon 18-Jähriger gegenüber unter 14-Jährigen.

Hier wie sonst ist der empirisch-kriminologische Befund zu bedenken, dass bei allen Deliktsarten das Gros der tatsächlich von dem Tatbestand erfassten Sachlagen am unteren Ende der Schuldschwere und Strafwürdigkeit liegt, mitunter an der Grenze dessen, was sich allenfalls noch vom Straftatbestand erfassen lässt. Aus diesem Grund muss in unserem System der Strafandrohungen die jeweilige Untergrenze der Strafe möglichst flexibel bleiben. Schwere und schwerste Taten sind vergleichsweise selten; gerade deswegen weisen Verurteilungsstatistiken nur geringe Anteile von Strafen im obersten Bereich aus; das wird geflissentlich verkannt in mancher Justizschelte. Man denkt in der öffentlichen und politischen Diskussion um Strafrechtsverschärfungen jeweils an die schweren, massenmedial vermittelten, Empörung auslösenden Taten; die dann mit erfassten relativ leichten Taten verliert man aus dem Blick.

Allgemein wird in diesem Zusammenhang unangemessene *richterliche Milde* gerügt; üblich ist es, auf häufige Strafaussetzungen zur Bewährung und die erwähnten selteneren Strafen im oberen Bereich der Strafraumen hinzuweisen. Für insgesamt zu nachsichtiges Strafen gibt es indes keine wissenschaftlichen Belege. Allerdings gilt auch die Annahme sich verstärkender „Punitivität“ in der Strafjustiz nicht als gesichert. Die Strafmentalität der Justiz erscheint nach kriminalstatistischen Untersuchungen als ziemlich konstant. Mitunter sind aber Anzeichen partiell zunehmender justizieller Strafhärte zu erkennen, etwa im Bereich der Gewalt- und Sexualkriminalität.<sup>11</sup> Öffentliche Kritik an zu milder Justiz wirkt sich gelegentlich auf Verurteilungen aus. Ein Beispiel dafür ist die zunehmend restriktive Praxis, Langzeitgefangene aus Haft und Unterbringung zu entlassen. Ein weiteres Beispiel sind neueste „Raser“-Urteile; in ihnen wird das „Lebenslang“ verhängt; nicht einmal der *BGH* prüft dabei, ob sich die für Mord zwingend angedrohte höchste Strafe hier mit dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzip vereinbaren lässt, obwohl kein direkter, allenfalls ein „bedingter“ – der Fahrlässigkeit näher – Tötungsvorsatz nachweisbar ist. Abgesehen davon geht das Argument, man müsse der in häufigen Strafaussetzungen zur Bewährung bei Kindesmisshandlung sichtbar werdenden strafgerichtlichen Haltung durch eine Einstufung als „Verbrechen“ begegnen, fehl, denn auch sie ließe bei einjähriger Mindeststrafe und Freiheitsstrafen bis zu zwei Jahren noch Bewährungsstrafen zu.

Zum Zweiten setzt jede Anhebung eines Vergehens zum Verbrechen voraus, dass man für die vom Wortlaut des Tatbestands mit erfassten viel häufigeren leichteren Taten *„minder schwere Fälle“* mit geringeren Mindeststrafen vorsieht. Wiederum populistisch, sachlich unzutreffend ist das Gegenargument, bei „Kindesmissbrauch“ könne es keinen „minder schweren Fall“ geben; jeder Fall sei gravierend; Opfern sei es nicht zuzumuten, wenn man als „minder schwer“ einordne, was ihnen zugestoßen sei.

<sup>10</sup> Vgl. zu Letzterem: *Gutschker*, FAZ v. 25.7.2020, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/politik/ausland/eu-will-kampf-gegen-kindesmissbrauch-aufnehmen-16875142.html> (zuletzt abgerufen am 1.9.2020); *Johansson*, ZEIT ONLINE v. 24.7.2020, o. Fn. 5; *Stock/Goger*, Cybercriminalität – eine Parallel-Pandemie? FAZ v. 30.7.2020, S. 6.

<sup>11</sup> Vgl. z.B. Übersicht bei *Drenkhahn et al.*, KriPoZ 2020, 104 ff.; *Heinz*, Das strafrechtliche Sanktionensystem und die Sanktionierungspraxis in Deutschland 1882-2012, abrufbar unter: <http://www.uni-konstanz.de/rff/kis/Sanktionierungspraxis-in-Deutschland-Stand-2012.pdf> (zuletzt abgerufen am 1.9.2020); *ders.* zur Punitivitäts-These nach älteren Daten: NK 2011, 14 ff.

Ähnlich wurde früher bezüglich der Vergewaltigung gegen Frauen argumentiert. Um sprachlich Missverständnisse zu beheben, wurde von uns wiederholt vorgeschlagen, in der Gesetzesterminologie statt der Grundtatbestände und „minder“ oder „besonders schwerer Fälle“ Taten ersten, zweiten oder dritten Grades vorzusehen. Jetzt aber bei einer Verbrechenart den „minder schweren Fall“ auszuschließen, wie es das „Reformpaket“ für den bisherigen § 176a Abs. 4 StGB vorsieht, bedeutet einen Systembruch. Die *Bundesjustizministerin* gibt dafür kein nachvollziehbares Argument. Sie setzt sich sogar in völligen Widerspruch zu der von ihrem Vorgänger beauftragten Reformkommission für das Sexualstrafrecht; die hatte 2017 umgekehrt empfohlen, bei §§ 176 Abs. 1 Nr. 2, 176a Abs. 3 StGB zusätzlich „minder schwere Fälle“ vorzusehen sowie die Strafschärfung für Wiederholungstäter in § 176a Abs. 1 StGB zu beseitigen.<sup>12</sup> „Minder schwere Fälle“ zu streichen hätte zur Folge, dass sich Strafverfolgungsbehörden oder Gerichte gedrängt sehen könnten, Umgehungsstrategien zu (er)finden, um in diesen Fällen ungerechte Übermaßstrafen zu vermeiden.<sup>13</sup> In der Wirklichkeit weitaus häufigere Fälle verhältnismäßig geringer Schwere gelangen allerdings selten in die Strafverfolgung; wenn sie dort dennoch landen, stehen Entscheidungsträger in diesem Dilemma zwischen Gesetzesumgehung oder Übermaßstrafe. Sollte es zu entsprechenden Übermaßstrafen kommen, sind schon jetzt Korrekturen durch das *BVerfG* im Sinne des Verhältnismäßigkeitsprinzips absehbar. Verantwortungsvolle Politik sollte das erkennen und vermeiden. Sonst sind für derartige Rechts-Umgehungen oder für im Einzelfall ungerechte Verurteilungen nicht allein die Gerichte verantwortlich; vor allem ist es der Gesetzgeber, der solche Folgen ignoriert.

Zum Dritten verlangt eine Anhebung zum „Verbrechen“, das *Gesamtsystem der Strafandrohungen* in allen vergleichbaren Straftatbeständen des StGB zu überprüfen. So sind Menschenhandel zur sexuellen oder Ausbeutung als Arbeitskraft (§§ 232, 233 StGB), Entziehung Minderjähriger (§ 235 StGB), Kinderhandel (§ 236 StGB), aber auch Freiheitsberaubung und Erpressung (§§ 239, 253 StGB) bislang „Vergehen“.

3. Damit ist bereits Wesentliches ausgeführt zu vorgesehenen *Anhebungen von Mindeststrafen*. Ohne in Details zu gehen, über die man streiten kann, gilt generell: Mindeststrafen verbauen den Weg, eher bagatellhaften Fällen individuell gerecht zu werden im Verfahren und in der Strafzumessung. Das gilt ganz besonders für Alltags-Massendelikte wie den Erwerb und (sogar bloß versuchten: § 184b Abs. 4 StGB) *Besitz kinderpornografischer Materials*, etwa das bloße Anklicken eines kinderpornografischen Links im Internet; das soll nach dem „Reformpaket“ als Besitz/Besitzverschaffung mit Freiheitsstrafe von einem bis zu fünf Jahren bestraft werden. Auf die ohnehin

bei uns und international kritisch erörterte „*Besitzbestrafung*“ (z.B. bei Drogen und Pornografie) sei nur am Rande hingewiesen; solche Fragwürdigkeit hat immerhin seinerzeit unser *BVerfG* veranlasst, die Verhängung von Strafen für Besitz und Erwerb geringer Mengen von Cannabis zum eigenen Gebrauch nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip für verfassungswidrig zu bezeichnen.<sup>14</sup> Ähnliches wäre zu erwarten für entsprechende Strafen bei bloßem Anklicken oder Ansehen kinderpornografischen Materials im Internet, zumal, wenn es zum „Verbrechen“ hochgestuft werden soll. Dieses Verhalten überhaupt zu kriminalisieren, wird von Betroffenen gelegentlich kritisiert, weil man damit eine Minderheit päd- oder hebephil orientierter Menschen kriminalisiert und diskriminiert, die darin einen Ausweg sieht, sich ersatzweise zu befriedigen, ohne übergreifend zu werden. Nach der wissenschaftlichen Befundlage kann aus bloßem Besitz keineswegs auf eine dadurch stimulierte Bereitschaft, entsprechende Neigungen in aktives Tun umzusetzen, geschlossen werden. Wenn man das digitale „Konsumverhalten“ dennoch gut vertretbar strafrechtlich erfasst, gestützt darauf, dass es eine Art „Hehlerei“ an strafbar durch Kindesmisshandlung zustande gekommenem Material darstellt, müssen Verfahrenseinstellungen oder Geldstrafen im Strafbefehlsverfahren möglich bleiben. Vor allem in der schulischen Medienerziehung ist digitaler Pornomaterial-Konsum angemessen aufzugreifen, gerade weil er wohl täglich zig-tausendfach vorkommt, und zwar ganz überwiegend bei jungen Menschen, die weder sexuell entsprechend disponiert sind noch übergreifend werden. Grenzen strafrechtlichen Vorgehens im Sinne des Verhältnismäßigkeitsprinzips müssen jedoch gewahrt bleiben. Ganz allgemein ist daran zu erinnern, dass eine frühere Vorschrift über zwingend höhere Strafen bei Wiederholungstätern zurückgenommen werden musste; wissenschaftlich war nämlich nachgewiesen, dass diese Strafschärfung häufig die Falschen traf und Haftanstalten unnötig belastete. Ebenso sollte die Erfahrung in den USA mahnen; dort hatten in einigen Staaten gesetzlich festgelegte drastische Mindeststrafen für Wiederholungstäter zu unerträglicher Überfüllung von Haftanstalten beigetragen.

Ohnehin scheint man sich bei dem „Reformpaket“ offenbar kaum Gedanken gemacht zu haben um Folgen für Ressourcen bei Polizei, Justiz und Haftvollzug. Sollten die bestehenden und vorgesehenen weiteren Meldepflichten für Messengerdienste tatsächlich greifen, würden zu den derzeit 170 täglichen Meldungen pornografischer Internet-Inhalte an das BKA<sup>15</sup> Hunderte zusätzlicher Meldungen kommen. Das liefe, wenn die Kapazitäten für ordnungsgemäße Auswertung geschaffen und entsprechend viele Tatverdächtige ermittelt würden, auf jährlich viele Tausende zusätzlicher Strafverfahren hinaus. Würden außerdem die neuen Strafrahmen angewandt und seltener Ver-

<sup>12</sup> Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, dem Bundesminister für Justiz und Verbraucherschutz *Heiko Maas* vorgelegt am 19.7.2017, abrufbar unter: [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/Studien-Untersuchungen/Fachbuecher/Abschlussbericht\\_Reformkommission\\_Sexualstrafrecht.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/Studien-Untersuchungen/Fachbuecher/Abschlussbericht_Reformkommission_Sexualstrafrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=1) (zuletzt abgerufen am 1.9.2020).

<sup>13</sup> Derartige Umgehungsstrategien wurden seinerzeit nachgewiesen für Tötungsdelikte, als noch die lebenslange Freiheitsstrafe obligatorisch ausnahmslos galt nach § 211 StGB und das *BVerfG* noch nicht nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip Ausnahmen ange-mahnt hatte: *Kreuzer*, ZRP 1977, 49 ff; *BVerfGE* 45, 187 ff.

<sup>14</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 9.3.1994, *BVerfGE* 90, 145 ff; dazu *Kreuzer*, NJW 1994, 2400 ff.

<sup>15</sup> *Biermann et al.*, DIE ZEIT vom 23.7.2020, o. Fn. 4.

fahren eingestellt werden oder mit Bewährungsstrafen enden, gelangten jährlich mehrere Tausend Verurteilte zusätzlich in die Haftanstalten. Diese würden überfüllt. Will man das? Oder vertraut man auf das Gesetz der „Homöostase“, wonach Verfolgungsbehörden, Justiz und Vollzugseinrichtungen selbst dafür sorgen, dass sich im Gesamtsystem quantitativ ein Gleichgewicht erhält, welches sich vorhandenen Kapazitäten anpasst und die Normanwendung entsprechend modifiziert? Das wäre zugleich rechtsstaatlich unverantwortliche Politik.

4. Kritisch zu beurteilen ist weiterhin das Vorhaben des „Reformpakets“, die *Untersuchungshaftgründe* erneut auszuweiten, dieses Mal bei schwerer sexueller (oder anderer) Gewalt gegen Kinder – angeblich – ohne Vorhandensein eines Haftgrundes der Flucht- oder Verdunkelungsgefahr (§ 112 Abs. 3 StPO). Die Einfügung eines „absoluten“ Haftgrundes bloßer Tatschwere (Mord und Totschlag) ohne Nachweis von Flucht- oder Verdunkelungsgefahr war 1965 bereits ein Sündenfall, allein verständlich durch die Anlasstat, ein NS-Verbrechen. Seinerzeit wurde ein solcher „Haftgrund der Empörung“ heftig von Wissenschaftlern kritisiert; es werde dadurch zugelassen, entgegen der Unschuldsvermutung und ohne erkennbare Gefahr für die Verfahrensdurchführung eine noch nicht verhängte Strafe vorweg zu vollziehen, weil man ansonsten im Falle tatsächlicher späterer Flucht öffentliche Empörung auslöse; außerdem sei zu befürchten, dass der Gesetzgeber bei nächsten schweren Verbrechen anderer Art diesen Haftgrund als Modell betrachte und ausweite. So ist es in der Tat 1984 geschehen. Nun soll es sich wiederholen. Erneut würde der Gesetzeswortlaut zudem irreführend suggerieren, es bedürfe keiner Gefahr für die Durchführung des Verfahrens wegen möglicher Flucht oder Verdunkelung. Dagegen ist verfassungsgerichtlich entschieden, dass für Untersuchungshaft immer eine Gefährdung des Verfahrens nötig ist; bei solchen schwersten Taten werden lediglich geringere Anforderungen an den Nachweis gestellt.<sup>16</sup> Ohnehin dürfte dieser neue Haftgrund überflüssig sein bei vermutlich pädophilen Tätern schwerer sexueller Gewalt gegen Kinder wie denen in Münster, weil bereits der Haftgrund einer Wiederholungsgefahr (§ 112a StPO) anzunehmen ist.

5. Verschiedentlich deuten sich darüber hinaus Bestrebungen an, die *Verjährungsfristen* bei Sexualdelikten gegen Kinder nochmals auszuweiten. Vorangegangene moderate Ausweitungen bei Kindesmisshandlung waren noch nachvollziehbar, weil man Anzeigen ermöglichen wollte, zu denen sich Betroffene erst im Erwachsenenalter durchringen. Aber es sind verfassungsrechtlich und strafprozessual Grenzen zu beachten. Verjährungsfristen sind rechtsstaatlich begründet. Zu einer markanten Ausnahme hatte man sich ehemals entschieden, als die Verjährungsfrist 1965 und 1969 ausgeweitet und 1979 für Mord ganz aufgehoben wurde – erneut anlässlich von Taten, die mit dem Holocaust zusammenhängen. Es war historisch begründet und nur insofern hinnehmbar. Nun soll es weiter-

gehen, ohne dass NS-Unrecht argumentativ bemüht werden könnte. Zwar wünschte man sich, jeder, der Gewalt – sexuell oder anders motiviert – gegen Kinder verübe, müsse lebenslang mit Verfolgung rechnen. Doch ist zu bedenken, dass strafrechtliche Verfolgung irgendwann verwirkt ist aus tatsächlichen und rechtlichen Gründen: Je länger die Tat zurückliegt, umso schwieriger wird die Beweisführung; dies gilt erst recht, wenn es sich um Taten handelt, die überwiegend im sozialen Nahraum geschehen und die meist nur von Tätern und Opfern durch eindeutige Zeugenaussagen aufgeklärt werden können. Erinnerungsschwächen und Veränderungen, denen sich Erinnerungen mit der Zeit ausgesetzt sehen, sind hinlänglich wissenschaftlich belegt. Die Folge ist, dass bei späten Verfahren zweierlei Gefahren bestehen: Entweder werden – dies in aller Regel – die Verfahren eingestellt bzw. die Täter freigesprochen mangels Beweises; dann erweist sich die Aufschubung der Verjährung als Bumerang: Opfer sehen sich erneut gedemütigt. Oder es werden Fehlurteilungen in Kauf genommen. Das allein ist Grund genug, an Verjährungsfristen zwingend festzuhalten. Nicht zuletzt Opferchutz gebietet dies.

6. Schließlich werden neuestens Forderungen erhoben, lebenslang in *polizeilichen Führungszeugnissen* Verurteilungen wegen Kindesmissbrauchs anzugeben. Jegliche *Befristung* soll nach einem Beschluss des Bundesrats aufgehoben werden.<sup>17</sup> Moderater sind die bloßen Fristverlängerungen, die das „Reformpaket“ vorsieht. Bislang galt nach dem BZRG etwa für das einfache polizeiliche Führungszeugnis, das auf Anforderung jedem Arbeitgeber vorzulegen ist, im Falle einer Verurteilung zu Jugend- oder Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr eine Befristung von 10 Jahren. In dem erweiterten Führungszeugnis, dessen es bedarf, wenn es um beruflichen oder ehrenamtlichen Umgang mit Kindern geht, beträgt die Frist 20 Jahre. Um des nötigen Schutzes vor Missbrauchstätern willen sind diese Regelungen zu überdenken. Das erweiterte Führungszeugnis tatsächlich vorzulegen, sollte allerdings Pflicht werden. Nur ist vor Übermaß zu warnen. Nicht umsonst hat das *BVerfG* sogar bei der Verurteilung zur lebenslangen Freiheitsstrafe Lockerungen nach dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzip eingefordert: Keine Strafe darf von vornherein ausnahmslos bis zum Tod reichen. Für jeden ist grundsätzlich eine zweite Chance zu wahren.<sup>18</sup> Selbstverständlich gelten das so bekräftigte Verhältnismäßigkeitsprinzip und Resozialisierungsgebot auch für strafverwandte Maßnahmen. Und wohl begründet setzen Berufsverbote (§ 70 StGB), die äußerstenfalls lebenslang bestehen, eine strafgerichtliche Prüfung der individuellen Gefahrenprognose voraus. Lediglich in erweiterten Führungszeugnissen sollte daher ein lebenslanger Eintrag zulässig sein und dieser gleichfalls nur nach möglichst richterlicher Einzelfallprüfung; insbesondere müssen Ausnahmen möglich bleiben bei sehr jungen und bei Gelegenheitstätern ohne päd- oder hebephile Neigungen sowie bei weniger schweren Taten.

<sup>16</sup> BVerfGE 19, 342 ff.; auf diesen Beschluss wird im „Reformpaket“ (o. Fn. 2) zwar als Begrenzung hingewiesen, der irreführende Gesetzeswortlaut wird aber beibehalten.

<sup>17</sup> BR-Drs. 645/19.

<sup>18</sup> BVerfGE 45, 187 ff.

## Änderungen im Strafgesetzbuch durch das Gesetz zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität

von Prof. Dr. Anja Schiemann\*

Im Oktober 2020 beschloss das Bundeskabinett ein Maßnahmenpaket zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität.<sup>1</sup> Aus diesem Maßnahmenpaket ist das Gesetz zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität hervorgegangen, das demnächst in Kraft treten wird.<sup>2</sup> Bundesjustizministerin Lambrecht betonte, dass das beschlossene Gesetzespaket gegen „Hass und Hetze ... für die Verteidigung unserer Demokratie und unseres Rechtsstaats von zentraler Bedeutung“ ist.<sup>3</sup> Durch das Gesetz werden Straftatbestände angepasst und Strafandrohungen verschärft. Die ebenfalls erfolgten Änderungen in der StPO, dem TMG, dem NetzDG und anderer Gesetzen sind nicht Gegenstand dieses Beitrags. Denn die dort geplanten Änderungen sind vielfältiger Kritik ausgesetzt, der Wissenschaftliche Dienst des Deutschen Bundestages kommt sogar zu dem Ergebnis, dass die Änderungen teilweise verfassungswidrig sind. Eine Unterzeichnung durch den Bundespräsidenten steht deswegen noch aus.

In October 2020, the German Federal Cabinet adopted a set of measures to combat right-wing extremism and hate crime. These measures resulted in the creation of Combating Right-Wing Extremism and Hate Crime Act, which will come into force soon. The Federal Justice Minister, Lambrecht, stressed that the adopted laws against „... hate and incitement to hatred ... is of central importance for the defense of our democracy and our constitutional state.“<sup>4</sup> As a result of this law, statutory offences will be adapted and threats of punishment will be intensified. The recent amendments to the German Code of Criminal Procedure (StPO), the German Telemedia Act (TMG), the German Network Act (NetzDG) and other laws are not the subject of this article. This is because the planned changes planned are susceptible to a wide range of criticism there.

The Academic Office of the German Bundestag even concludes that the amendments are partly unconstitutional. Therefore, a signature by the Federal President is still pending.

### I. Hintergründe und Ziele

Eine zunehmende Verrohung der Kommunikation im Internet und den sozialen Medien wird schon seit längerer Zeit beklagt.<sup>5</sup> Daher trat mit dem Netzwerkdurchsetzungsgesetz bereits im Oktober 2017 ein Gesetz in Kraft, dass sich gegen Hass und Hetze sowie Fake News im Internet richtete und die Betreiber sozialer Netzwerke seit dem 1.1.2018 dazu verpflichtet, rechtswidrige Inhalte zu löschen oder zu sperren.<sup>6</sup> In der Begründung zum Gesetz zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität wird das Netzwerkdurchsetzungsgesetz als wichtiger Baustein bei der Bekämpfung genannt, allerdings weiterer Bedarf gesehen, um effektive Strafverfolgung zu gewährleisten.<sup>7</sup>

Der Anstieg von sog. Hate Speech – Hassreden – wird nicht nur von der Politik, sondern auch von der Gesellschaft wahrgenommen. In einer Studie aus dem Jahr 2019 wurden 7.349 Internetnutzer befragt, die zu 76 % der Einschätzung waren, dass aggressive und abwertende Kommentare im Netz in den letzten vier Jahren zugenommen haben. Entsprechend sahen die Befragten mehrheitlich großen Handlungsbedarf, um dieser Entwicklung entgegenzutreten.<sup>8</sup> Die Debatte um Hasskriminalität im Internet und den sozialen Medien wurde unter anderem durch den Mord an dem Kasseler Regierungspräsidenten *Walter Lübcke* angefacht, nach dem es – insbesondere von rechter

\* Die Verfasserin ist Universitätsprofessorin und Fachgebietsleiterin des Fachgebiets für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminalpolitik an der Deutschen Hochschule der Polizei in Münster.

<sup>1</sup> Abrufbar unter: <https://kripoz.de/2019/10/30/massnahmenpaket-zur-bekaempfung-des-rechtsextremismus-und-der-hasskriminalitaet/> (zuletzt abgerufen am 6.8.2020).

<sup>2</sup> S. BT-Drs. 19/18470.

<sup>3</sup> Die Rede ist abrufbar unter: [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Artikel/DE/2020/061820\\_GesetzHassundHetze.html](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Artikel/DE/2020/061820_GesetzHassundHetze.html) (zuletzt abgerufen am 6.8.2020).

<sup>4</sup> S.o. Fn. 3.

<sup>5</sup> Vgl. hierzu *Marx*, BPJMAktuell 2/2019, S. 4, abrufbar unter: <https://www.bundespruefstelle.de/blob/136344/d713ffcbdbba2396b789d45019716716/20192-verrohung-und-online-interaktion---eine-enge-koalition--data.pdf> (zuletzt abgerufen am 6.8.2020); s. bereits *Schliesky*, ZRP 2015, 56 (57); vgl. auch *Ceffinato*, JuS 2020, 495 (496); *Ingold*, MMR 2020, 82 f.; ferner *Schad*, Digitale Verrohung, 2017, passim.

<sup>6</sup> BGBl. I 2017, S. 3352. Dieses Gesetz ist vielfach auf Kritik gestoßen, vgl. statt vieler nur *Gersdorf*, MMR 2017, 439; *Nolte*, ZUM 2017, 552; *Peifer*, CR 2017, 809. Positiv dagegen *Delfs*, Kriminalistik 2019, 476; *Apostel*, KriPoZ 2019, 287 (289 f.).

<sup>7</sup> S. BT-Drs. 19/18470, S. 1.

<sup>8</sup> *Geschke/Klaßen/Quent/Richter*, #Hass im Netz: der schleichende Angriff auf unsere Demokratie, 2019, S. 5, abrufbar unter: [https://blog.campact.de/content/uploads/2019/07/Hass\\_im\\_Netz-Der-schleichende-Angriff.pdf](https://blog.campact.de/content/uploads/2019/07/Hass_im_Netz-Der-schleichende-Angriff.pdf) (zuletzt abgerufen am 7.8.2020).

Seite – verbreitet zu Hass und Hetze im Internet gekommen ist.<sup>9</sup>

Zwar kommen auch schon vor der Gesetzesänderung diverse Straftatbestände der Äußerungsdelikte in Betracht wie beispielsweise Beleidigung, Verleumdung und üble Nachrede, aber auch Volksverhetzung und die öffentliche Aufforderung zu Straftaten, um Hass und Hetze im Internet zu begegnen. Allerdings sollen diese Normen erweitert sowie mit „verschärfte(n) Strafandrohungen“ versehen werden, um „noch deutlicher als bisher auf die mit Hasskriminalität verbundenen Rechtsgutsverletzungen ausgerichtet“ zu sein.<sup>10</sup>

## II. Begrifflichkeiten

Die Frage, die sich in diesem Zusammenhang als erstes stellt, ist die nach Umfang und Grenzen von Hasskriminalität. *Böllinger* beschreibt Hass als eine „Transformation des vorübergehenden Affekts der Wut in einen dauerhaften, strukturierten Affekt“.<sup>11</sup> Dies kann viele und vor allem mehr Delikte betreffen, als die vom Gesetzgeber im Zusammenhang mit diesem Gesetzesvorhaben intendierten. So können prinzipiell auch klassische Fälle von Partnerschaftsgewalt erfasst sein, sofern sich der Hass im Sinne eines dauerhaften, strukturierten Affekts manifestiert hat. Gleichwohl würde dieses Hassverbrechen nicht unter die Hasskriminalität fallen, so wie sie der Gesetzgeber versteht. Insofern spricht *Ladueur* zu Recht von einem „problematische(n) Begriff“.<sup>12</sup> Zudem können Hassverbrechen nahezu alle Delikte betreffen, von der Beleidigung bis hin zum Massenmord.

Daher ist es zunächst entscheidend, zwischen den theoretischen Konzepten der Hassverbrechen zu differenzieren. Denn die täterorientierte Konzeption, nach der Hassverbrechen solche Delikte sind, die durch den Hass gegen die Person des Opfers motiviert sind,<sup>13</sup> ist ersichtlich nicht gemeint, wenn im kriminalpolitischen Kontext von Hasskriminalität gesprochen wird. Vielmehr geht es um ein offerorientiertes Deliktsverständnis, bei dem sich der Hass und die Vorurteile weniger gegen die Person des Opfers richten, als vielmehr gegen den hinter dem Opfer stehenden symbolischen Status, gegen das durch das Opfer mit seiner Zugehörigkeit zu einer Gruppe symbolisierte Anderssein.<sup>14</sup>

So sah die Bundesregierung in ihrer Antwort auf eine kleine Anfrage im Jahr 2014 von dem Begriff der „Hasskriminalität“ politisch motivierte Straftaten erfasst, soweit

„die Umstände der Tat oder die Einstellung des Täters darauf schließen lassen, dass sie sich gegen eine Person aufgrund ihrer politischen Einstellung, Nationalität, Volkszugehörigkeit, Rasse, Hautfarbe, Religion, Weltanschauung, Herkunft, sexuellen Orientierung, Behinderung, ihres äußeren Erscheinungsbilds oder ihres gesellschaftlichen Status richtet. Auch wenn die Tat nicht unmittelbar gegen eine Person, sondern im oben genannten Zusammenhang gegen eine Institution oder Sache verübt wird, erfolgt ihre Zuordnung zur ‚Hasskriminalität‘. Straftaten mit fremdenfeindlichem und/oder antisemitischem Hintergrund sind Teilmenge der ‚Hasskriminalität‘.“<sup>15</sup> Zwar findet sich eine Begriffsklärung im aktuellen Regierungsentwurf leider nicht, gleichwohl ist davon auszugehen, dass sich der Entwurf an der von der Bundesregierung formulierten Definition orientiert.

Des Weiteren soll durch den Gesetzentwurf Rechtsextremismus bekämpft werden. Auch hier fehlt im Regierungsentwurf eine klare Definition. Alle politischen Extremisten sind dadurch gekennzeichnet, dass sie den demokratischen Verfassungsstaat ablehnen bzw. ihn beseitigen oder einschränken wollen. Unter Rechtsextremismus wiederum fallen alle strikt antiegalitär ausgerichteten Strömungen wie Rassismus, Nationalismus, Antisemitismus und Fremdenfeindlichkeit.<sup>16</sup> Nun findet sich im ganzen Gesetzentwurf kein einziges Delikt, das explizit gegen den Rechtsextremismus gerichtet ist.<sup>17</sup> Allerdings werden durch eine Ergänzung des § 46 Abs. 2 S. 2 StGB „antisemitische“ Beweggründe im Rahmen der Strafzumessungsentscheidung erfasst.

Dennoch ist zu bedenken, dass durch die plakative Hervorhebung der Bekämpfung von Rechtsextremismus und Hasskriminalität genau das aufgegriffen wird, was die kriminalpolitische Debatte prägt, nämlich der durch Hass und extremistische Einstellungen gekennzeichneten Hetze im Netz Einhalt zu gebieten. Insofern überzeugt der Vorschlag von *Ladueur*, an den Schutz des öffentlichen Friedens und die Durchsetzung des Strafrechts im Internet anzuknüpfen, nur bedingt.<sup>18</sup> Auch das Rechtsgut des öffentlichen Friedens ist durchaus kritisch zu betrachten.<sup>19</sup> Hinzu kommt, dass die breite Masse damit vermutlich wenig anzufangen vermag. Rechtsextremismus und Hasskriminalität sind dagegen für jedermann trotz bestehender Unschärfen greifbar. Sich auf die Durchsetzung des Strafrechts im Internet zu beziehen ist dagegen zu allgemein und würde der hinter den Strafrechtsänderungen stehenden Intention des Gesetzgebers nicht gerecht.

<sup>9</sup> So ging laut einer Pressemeldung der ZEIT vom 4.7.2019 das LKA Hessen von tausend Strafverfahren im Zusammenhang mit der Ermordung *Lübckes* aus, die wegen Beleidigung u.a. geführt werden müssten, vgl. <https://www.zeit.de/politik/2019-07/hassrede-tausende-strafverfahren-mordfall-walter-luebcke> (zuletzt abgerufen am 6.8.2020). Stand Juli 2020 waren 64 Tatverdächtige im Zusammenhang mit Hasskommentaren identifiziert, vgl. *Nuhn*, Hessenschau vom 13.7.2020, abrufbar unter <https://www.hessenschau.de/gesellschaft/immer-mehr-verdaechtige-nach-luebcke-hass-kommentaren-identifiziert-hasskommentare-luebcke-102.html> (zuletzt abgerufen am 6.8.2020).

<sup>10</sup> So BT-Drs. 19/18470, S. 2.

<sup>11</sup> *Böllinger*, in: Uhlrig, Was ist Hass?, 2008, S. 49 (51).

<sup>12</sup> *Ladueur*, K&R 2020, 248.

<sup>13</sup> So *Schneider*, JZ 2003, 497 (498).

<sup>14</sup> *Schneider*, JZ 2003, 497 (498); *Keiser*, ZRP 2010, 46.

<sup>15</sup> BT-Drs. 18/1344, S. 1 f.

<sup>16</sup> *S. Jesse*, NK 2017, 15 (17); Homepage des Verfassungsschutzes, abrufbar unter: <https://www.verfassungsschutz.de/de/arbeitsfelder/af-rechtsextremismus/was-ist-rechtsextremismus> (zuletzt abgerufen am 15.9.2020).

<sup>17</sup> So auch schon *Ladueur*, K&R 2020, 248.

<sup>18</sup> *Ladueur*, K&R 2020, 248.

<sup>19</sup> Vgl. bspw. *Schiemann*, in: Gusy/Kugelmann/Württemberg (Hrsg.), Rechtshandbuch Zivile Sicherheit, 2017, S. 463 (476 f.). *Fischer* bezeichnet die Definitionsversuche des öffentlichen Friedens gar als „Rechtsgutslyrik“, s. *Fischer*, StGB, 67. Aufl. (2020), § 126 Rn. 3a.

### III. Änderungen des Strafgesetzbuches

#### 1. Strafzumessungsgrund der antisemitischen Gesinnung gem. § 46 Abs. 2 StGB

Bereits im Oktober 2019 hatte Bayern einen Gesetzentwurf zur Änderung des Strafgesetzbuchs bzgl. der Strafzumessung bei antisemitischen Straftaten wegen der „Zunahme antisemitischer Tendenzen“ in den Bundesrat eingebracht.<sup>20</sup> Ein demokratischer Rechtsstaat dürfe es nicht hinnehmen, dass ein bedeutsamer Teil seiner Bevölkerung durch die Ausbreitung von Antisemitismus zum Angriffspunkt von Hass und Übergriffen gemacht wird.<sup>21</sup> Das StGB trage, so die Begründung des bayerischen Gesetzentwurfs, der gesamtgesellschaftlichen Bedeutung der Bekämpfung antisemitisch motivierter Taten bislang nicht ausreichend Rechnung.<sup>22</sup> Dagegen wird im der Gesetzesnovellierung zugrundeliegenden Regierungsentwurf betont, dass die Ergänzung des § 46 Abs. 2 StGB um antisemitische Beweggründe lediglich der Klarstellung und Bekräftigung der bereits jetzt geltenden Rechtslage dient.<sup>23</sup> Nach allgemeiner Auffassung werden antisemitische Beweggründe unter die Formulierung „sonstige menschenverachtende“ Beweggründe subsumiert und sind daher bei der Strafzumessung grundsätzlich strafscharfend zu berücksichtigen.<sup>24</sup>

Insofern ist fraglich, ob es überhaupt einer Ergänzung der Strafzumessungsgründe durch explizite Erwähnung antisemitischer Beweggründe bedarf. *Gerson* hat ausführlich nachgewiesen, dass die ergänzende Novellierung weder grammatikalisch, systematisch, historisch-genetisch noch teleologisch erforderlich ist.<sup>25</sup> Sie ist einerseits redundant, da sie keine Strafbarkeitslücke schließt – was auch der Gesetzgeber erkennt – und andererseits unvollständig, da sie nur eine Gruppe von Diskriminierten hervorhebt.<sup>26</sup> Auch *Engländer* spricht von einem symbolischen Akt einer nicht notwendigen Ergänzung, hält diese aber vor dem Hintergrund der deutschen Geschichte und des Anstiegs antisemitisch motivierter Straftaten für rechtspolitisch gut vertretbar.<sup>27</sup>

Der Vorwurf, dass der antisemitische Beweggrund nur eine Gruppe von Diskriminierten hervorhebt, ist nicht von der Hand zu weisen und hat bspw. im Bundesrat weitere

Begehrlichkeiten geweckt, indem die Ausschüsse die Empfehlung gegeben haben, § 46 Abs. 2 StGB um frauenfeindliche und sexistische Motive zu ergänzen.<sup>28</sup> Auch diese können aber bereits unter das Merkmal der sonstigen menschenverachtenden Beweggründe subsumiert werden.<sup>29</sup> Es ist zu bezweifeln, dass durch die weitere Hinzufügung konkretisierter menschenverachtender Beweggründe irgendetwas für die Strafzumessung gewonnen ist. Vielmehr werden all diese Aspekte bereits nach geltendem Recht in die richterliche Würdigung miteinbezogen, so dass mit Änderungen der Rechtsprechung im Rahmen der Strafzumessungspraxis nicht zu rechnen ist.

#### 2. Widerstand gegen oder tätlicher Angriff auf Personen, die Vollstreckungsbeamten gleichstehen gem. § 115 StGB

Die §§ 113 ff. StGB sind im Jahr 2017 novelliert worden.<sup>30</sup> Der ehemals in § 114 StGB geregelte Widerstand gegen Personen, die Vollstreckungsbeamten gleichstehen, wurde in § 115 StGB unter der ergänzten Überschrift „Widerstand gegen oder tätlicher Angriff auf Personen, die Vollstreckungsbeamten gleichstehen“ erfasst. Am Personenkreis hat sich durch die damalige Gesetzesnovellierung nichts geändert. Erfasst sind nach § 115 Abs. 3 StGB Hilfeleistende der Feuerwehr, des Katastrophenschutzes und des Rettungsdienstes. Letzteres bezieht sich auf Einsatzkräfte sowohl des öffentlichen als auch privatrechtlich organisierten Rettungsdienstes, wie etwa Rotes Kreuz oder Malteser Hilfsdienst und Bergwacht.<sup>31</sup>

Nicht erfasst wurden bislang Hilfeleistende eines ärztlichen Notdienstes oder in Notaufnahmen. Dabei ist auch in diesen Bereichen in den letzten Jahren eine deutliche Zunahme von Gewalt gegen die Hilfeleistenden zu verzeichnen.<sup>32</sup> An der ungehinderten und störungsfreien Organisation und am sachgerechten Ablauf ambulanter Notfallbehandlungen besteht ein ebenso großes allgemeines Interesse wie an der effektiven Bekämpfung einer außerhalb eines Krankenhauses oder einer Notfallpraxis bestehenden Gefahrenlage. Insofern beseitigt die Ergänzung des § 115 Abs. 3 StGB um diesen Personenkreis eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung gegenüber den bereits geschützten Hilfeleistenden.<sup>33</sup> Die Erweiterung des Personenkreises auf Hilfeleistende von ärztlichen Notdiensten

<sup>20</sup> BR-Drs. 498/19, S. 1.

<sup>21</sup> BR-Drs. 498/19, S. 2.

<sup>22</sup> BR-Drs. 498/19, S. 2.

<sup>23</sup> Regierungsentwurf, S. 15, abrufbar unter: [https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/02/RegE\\_Bekaempfung\\_Hasskriminalitaet.pdf](https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/02/RegE_Bekaempfung_Hasskriminalitaet.pdf) (zuletzt abgerufen am 16.9.2020).

<sup>24</sup> So ausdrücklich in BT-Drs. 18/3007, S. 15; s. auch *Maier*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 2, 4. Aufl. (2020), § 46 Rn. 210; *Kinzig*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 30. Aufl. (2019), § 46 Rn. 15b; *Lieb-scher/Pietrzyk/Lagodinsky/Steinitz*, NJOZ 2020, 897; *Cremer/Cobbinah*, StV 2019, 648 (650) subsumieren diese Motive unter das Merkmal „rassistisch“.

<sup>25</sup> *Gerson*, KriPoZ 2020, 22 (36); ebenso kritisch die Stellungnahme des DAV zur öffentlichen Anhörung, S. 5 f., abrufbar unter: [https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/05/stellungnahme-coenen\\_dav-hasskriminalitaet.pdf](https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/05/stellungnahme-coenen_dav-hasskriminalitaet.pdf) (zuletzt abgerufen am 16.9.2020) sowie *HateAid*, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung, S. 16, abrufbar unter: <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/05/Stellungnahme-ballon-hasskriminalitaet.pdf> (zuletzt abgerufen am 16.9.2020).

<sup>26</sup> *Gerson*, KriPoZ 2020, 22 (37).

<sup>27</sup> *Engländer*, Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, S. 2, abrufbar unter: <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/05/stellungnahme-englaender-hasskriminalitaet.pdf> (zuletzt abgerufen am 16.9.2020).

<sup>28</sup> BR-Drs. 87/1/20 (neu), S. 5 f.

<sup>29</sup> BT-Drs. 18/3007, S. 15; *Kinzig*, in: *Schönke/Schröder*, § 46 Rn. 15b; *Fischer*, § 46 Rn. 26c.

<sup>30</sup> Vgl. hierzu nur *Zöller*, KriPoZ 2017, 143; *Busch/Singelstein*, NStZ 2018, 510; *Schiemann*, NJW 2017, 1846.

<sup>31</sup> *S. Dietmeier*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, 2. Aufl. (2020), § 115 Rn. 6; *Heger*, in: *Lackner/Kühl*, StGB, 29. Aufl. (2018), § 115 Rn. 4; *Fischer*, § 115 Rn. 6.

<sup>32</sup> Vgl. *Hüfner/Dudeck/Zellner/Mahr*, *Der Unfallchirurg* 2020, 424; *Hofmann/Hachenberg*, *AINS* 2019, 146; *Sonnenmoser*, *Deutsches Ärzteblatt* 2017, A-482.

<sup>33</sup> So der Regierungsentwurf (o. Fn. 23), S. 38.

sowie einer Notaufnahme ist daher uneingeschränkt zu begrüßen.<sup>34</sup>

### 3. Störung des öffentlichen Friedens durch Androhung von Straftaten gem. § 126 StGB

Durch die Gesetzesnovellierung soll zudem der Straftatenkatalog des § 126 StGB in Abs. 1 Nr. 3 um die gefährliche Körperverletzung nach § 224 StGB ergänzt werden. Bisher war nur die schwere Körperverletzung gem. § 226 StGB von Nr. 3 erfasst. Begründet wird dies damit, dass auch die gefährliche Körperverletzung in ähnlicher Weise wie die schwere Körperverletzung von erheblicher Natur und daher auch die Androhung einer solchen Tat geeignet sein kann, den öffentlichen Frieden zu stören.<sup>35</sup>

Die BRAK rügt in ihrer Stellungnahme zu recht, dass durch die Einbeziehung der gefährlichen Körperverletzung der bisherige Verbrechenskanon auf ein Delikt mittleren Schweregrads ausgeweitet wird.<sup>36</sup> Insofern wird die „erhebliche Natur“ von § 224 StGB vom Gesetzgeber eher behauptet, als begründet. Es scheint zweifelhaft, ob das öffentliche Gewaltmonopol durch die Ankündigung einzelner Straftaten mittlerer Kriminalität in Frage gestellt ist und der öffentliche Friede hierdurch gestört wird.<sup>37</sup> Zu bedenken bleibt allerdings, dass die Eignung zur Friedensstörung kumulativ zur Katalogstraftat hinzutreten muss.<sup>38</sup> Insofern wird es auf die entsprechende Fallkonstellation ankommen, inwieweit die Umstände geeignet sind, zu einer besonderen Beunruhigung der Bevölkerung zu führen.<sup>39</sup> Zieht man die „justizpraktische Bedeutungslosigkeit“<sup>40</sup> der Vorschrift in die Überlegungen mit ein, ist aber zu bezweifeln, dass es zu einem Anstieg der Fallzahlen durch die Einfügung von § 224 StGB als Katalogtat kommen wird.

Daneben regte der Bundesrat an, eine neue Nr. 8 einzufügen und in den Katalog des § 126 Abs. 1 StGB außerdem auch die Delikte zu sexuellen Übergriffen, sexueller Nötigung sowie Vergewaltigung (§ 177 Abs. 4 bis 8 StGB) aufzunehmen.<sup>41</sup> Dieser Vorschlag wurde im Gesetzentwurf aufgegriffen. Denn um einen ausreichenden strafrechtlichen Schutz für Frauen zu erreichen, müssten auch Ankündigungen zu solchen Straftaten ausdrücklich erfasst werden. Bei den Straftaten handele es sich um Verbrechen, also Delikte, die mit einer Freiheitsstrafe von min-

destens einem Jahr bestraft werden. Da Opfer von sexuellen Übergriffen, sexueller Nötigung und Vergewaltigung nahezu ausschließlich Frauen seien, sei die Aufnahme der Norm im Katalog des § 126 StGB ein weiterer Schritt zum wirksamen Schutz vor Gewalt gegen Frauen.<sup>42</sup>

Auch wenn sich Nr. 8 in den „Verbrechenskanon“ der Katalogstraftaten im Gegensatz zur Einfügung der gefährlichen Körperverletzung einreicht, so fokussiert der Gesetzgeber in der Begründung doch auf den Schutz der Frauen. Rechtsgut des § 126 StGB ist aber der öffentliche Friede und gerade nicht der Schutz von Individualrechtsgütern.<sup>43</sup> Allerdings mag es auch hier Konstellationen geben, nach denen die Ankündigung von Straftaten nach § 177 Abs. 4 bis 8 StGB in besonderem Maße geeignet sind, die allgemeine Rechtssicherheit und das Vertrauen der Bevölkerung in die Fortdauer eines friedlichen Zusammenlebens erheblich zu beeinträchtigen.<sup>44</sup> Viele werden es nicht sein.

### 4. Belohnung und Billigung von Straftaten gem. § 140 StGB

§ 140 StGB stellt die Belohnung und Billigung von bestimmten Straftaten unter Strafe, sofern die Tat, auf die sich die Belohnung und Billigung erstreckt, begangen oder in strafbarer Weise versucht worden ist. Auch diese Vorschrift schützt nach h.M. den öffentlichen Frieden und möchte die Entstehung eines „psychischen Klimas“ verhindern, in dem gleichartige Untaten gedeihen können.<sup>45</sup> Fischer stellt zutreffend fest, dass sich ein psychisches Klima noch im Vorfeld von denkbaren Tatentschlüssen einer empirischen Feststellung weitgehend entzieht.<sup>46</sup> Wegen der relativen Unbestimmtheit des Tatbestandes und der strafverfolgungsrechtlichen Bedeutungslosigkeit kommt Ostendorf zu einer sehr kritischen kriminalpolitischen Einschätzung der Vorschrift.<sup>47</sup> Dietmeier ist gar der Auffassung, dass die Schutzzweckbestimmung des § 140 StGB in ihrer Konturlosigkeit ungeeignet ist, die Strafdrohung des Tatbestands rechtsstaatlich zu legitimieren.<sup>48</sup>

Jetzt weitet der Gesetzgeber diesen konturenlosen Tatbestand weiter aus, indem er eine unvertretbare Vorverlagerung der Strafbarkeit weit ins Vorfeld entsprechender Taten vornimmt.<sup>49</sup> Handelte es sich bislang um eine Straftat, die weder begangen, noch versucht worden ist, war § 140 StGB nicht anwendbar. Jetzt soll sich die Tathandlung der Billigung von Straftaten vom Erfordernis lösen, dass eine

<sup>34</sup> Ebenso u.a. Engländer (o. Fn. 27), S. 3; GenStA München, Stellungnahme, S. 2, abrufbar unter: <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/05/stellungnahme-hartleb-hasskriminalitaet.pdf> (zuletzt abgerufen am 16.9.2020); HateAid (o. Fn. 25), S. 16.

<sup>35</sup> Regierungsentwurf (o. Fn. 23), S. 38.

<sup>36</sup> BRAK, Stellungnahme, S. 7, abrufbar unter: <https://brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2020/maerz/stellungnahme-der-brak-2020-12.pdf> (zuletzt abgerufen am 16.9.2020).

<sup>37</sup> BRAK (o. Fn. 36), S. 7.

<sup>38</sup> Fischer, § 126 Rn. 9; Schäfer, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 3. Aufl. (2017), § 126 Rn. 26; Heger, in: Lackner/Kühl, § 126 Rn. 2.

<sup>39</sup> Vgl. bspw. Engländer (o. Fn. 27), S. 3, der den Fall benennt, dass angedroht wird, in ausgewählten Supermärkten verschiedene Lebensmittel mit Gift zu versetzen.

<sup>40</sup> So Ostendorf, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 126 Rn. 8.

<sup>41</sup> BR-Drs. 87/1/20 (neu), S. 6.

<sup>42</sup> So BT-Drs. 19/18470, S. 19 unter wörtlicher Wiedergabe der Begründung in BR-Drs. 87/1/20 (neu), S. 7.

<sup>43</sup> S. Fischer, § 126 Rn. 2; Ostendorf, in: NK-StGB, § 126 Rn. 6; Sternberg-Lieben/Schittenhelm, in: Schönke/Schröder, § 126 Rn. 1; Schäfer, in: MüKo-StGB, § 126 Rn. 1 f.

<sup>44</sup> So djB, Stellungnahme, S. 4, abrufbar unter: [https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/01/Stellungnahme\\_DJB\\_RefE\\_Bekaempfung-Rechtsextremismus-Hasskriminalitaet.pdf](https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/01/Stellungnahme_DJB_RefE_Bekaempfung-Rechtsextremismus-Hasskriminalitaet.pdf) (zuletzt abgerufen am 16.9.2020).

<sup>45</sup> BGHSt 22, 286 = NJW 1969, 517 (518); Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, § 140 Rn. 1; Hohmann, MüKo-StGB, Bd. 3, § 140 Rn. 1; Dietmeier, in: Matt/Renzikowski, § 140 Rn. 1.

<sup>46</sup> Fischer, § 140 Rn. 2.

<sup>47</sup> S. Ostendorf, in: NK-StGB, § 140 Rn. 5; kritisch auch Fischer, § 140 Rn. 2a;

<sup>48</sup> Dietmeier, in: Matt/Renzikowski, § 140 Rn. 1.

<sup>49</sup> Ablehnend auch Engländer (o. Fn. 27), S. 4; BRAK (o. Fn. 38), S. 8; DAV (o. Fn. 25), S. 8 ff.

Straftat begangen oder in strafbarer Weise versucht sein muss. Strafbar ist danach schon, wenn der Täter eine zukünftige Straftat billigt. Es soll hier schon genügen, dass der Täter die künftige Katalogtat in ihren wesentlichen Merkmalen umreißt, ohne die Einzelheiten zu kennen.<sup>50</sup>

Hierdurch verschärft sich das Problem der ohnehin bereits gegebenen tatbestandlichen Unbestimmtheit und Weite.<sup>51</sup> Die Frage nach der Legitimität von Vorfeldkriminalisierung löst immer wieder kriminalpolitische Debatten aus. Der Schutz von Rechtsgütern durch Vorfeldkriminalisierung ist nur dann verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn eine genaue Abwägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes diese Vorverlagerung als angemessen erscheinen lässt.<sup>52</sup> Der Bogen der Verhältnismäßigkeit ist bei der Änderung des § 140 StGB sicher überspannt. Anknüpfungspunkt ist eine Straftat, die noch gar nicht stattgefunden hat, also noch nicht einmal ins Versuchsstadium eingetreten ist. An die Konkretisierung der Straftat stellt der Gesetzgeber zudem keine hohen Anforderungen, so dass Auslegungsschwierigkeiten vorbestimmt sind. Und jetzt kommt in einem zweiten Schritt noch die Billigung dieser zukünftigen, nicht in allen Umständen und Einzelheiten bekannten Straftat hinzu – wiederum gerichtet auf die (ungewisse) Zukunft. Warum bei diesen vagen Vorstellungen bereits der öffentliche Frieden gestört, also das Vertrauen in die Geltungskraft der Rechtsordnung erschüttert sein soll, vermag ich nicht nachzuvollziehen.

Hinzu kommt ein weiteres praktisches Problem. Wegen der bereits benannten Auslegungs- und Anwendungsproblemen ist fraglich, ob in der Praxis eine Beschränkung des Anwendungsbereichs gelingt. Dann aber würden aufgrund der Weite des Straftatbestands die Strafverfolgungsorgane schnell an ihre Kapazitätsgrenzen kommen.<sup>53</sup> Dies erst Recht vor dem Hintergrund, dass § 3a Abs. 2 Nr. 3 lit a NetzDG die Anbieter sozialer Netzwerke zukünftig zur Meldung solcher Verdachtsfälle an das BKA zwingt.<sup>54</sup>

Dagegen wird für die Tathandlung des Belohnens weiter am Erfordernis festgehalten, dass die Straftat begangen oder in strafbarer Weise versucht worden sein muss. Denn, so der Gesetzgeber, eine Belohnung könne nach dem üblichen Sprachgebrauch nur für bereits begangene Handlungen erfolgen, so dass die Notwendigkeit einer Ausdehnung der Strafbarkeit insoweit nicht ersichtlich sei.<sup>55</sup>

### 5. Beleidigungsdelikte

Herzstück der Reform sind die umfangreichen Änderungen im Rahmen der Beleidigungsdelikte. Hier möchte der Gesetzgeber dem Umstand Rechnung tragen, dass durch

die vermeintliche Anonymität des Internets und die fehlende soziale Kontrolle zunehmend Äußerungen mit beleidigenden Inhalten über andere Menschen, häufig auch über in der Öffentlichkeit stehende Personen, abgegeben werden. Binnen kürzester Zeit können diese Äußerungen im Netz von einer unbestimmten Anzahl von Nutzern zur Kenntnis genommen werden und so ggf. zu weiteren beleidigenden und aggressiven Posts führen. In der Gesetzesbegründung wird zutreffend darauf hingewiesen, dass hierdurch die Hemmschwelle sinke, sich mit beleidigenden Äußerungen zurückzuhalten, wodurch eine Zunahme ehrverletzender Kommentare im Internet festzustellen sei.<sup>56</sup> Der Gesetzgeber vermeidet in diesem Zusammenhang meines Erachtens zu Recht den Begriff der Hassrede oder Hate Speech, da es sich hierbei um keine rechtlichen Termini handelt und es keine einheitliche Definition gibt.<sup>57</sup>

#### a) Beleidigung gem. § 185 StGB

In § 185 StGB wird durch die Einfügung „öffentlich, in einer Versammlung, durch Verbreiten von Schriften (§ 11 Absatz 3) oder“ neben der Beleidigung mittels einer Tätlichkeit ein weiterer Qualifikationstatbestand geschaffen. In § 186 StGB ist die Qualifikation einer öffentlichen und durch Verbreiten von Schriften begangene üble Nachrede bereits zuvor erfasst gewesen; in § 187 StGB zusätzlich auch die Verleumdung im Rahmen einer Versammlung. Insofern ist es nur konsequent, dass durch die Anhebung des Höchststrafmaßes die Gerichte auch auf besonders schwerwiegende Fälle der Beleidigung angemessen reagieren können.<sup>58</sup>

Bei der Auslegung der Begriffe „öffentlich“ und „durch Verbreiten von Schriften“ kann sich an §§ 186, 187 StGB orientiert werden. Eine Beleidigung ist öffentlich, wenn sie durch eine größere, nicht durch eine nähere Beziehung zueinander verbundene Anzahl von Personen zur Kenntnis genommen werden kann.<sup>59</sup> Für das Verbreiten von Schriften und ihnen nach § 11 Abs. 3 StGB gleichgestellten Informationsträgern gilt der sog. presserechtliche Verbreitungsbegriff, wonach die Schrift einem größeren Personenkreis körperlich, also nicht nur in ihrem Inhalt, sondern auch in ihrer Substanz, zugänglich gemacht wird. Dabei muss der Personenkreis, auch wenn er individuell bestimmbar und in sich abgeschlossen ist, so groß sein, dass er für den Täter nicht mehr kontrollierbar ist.<sup>60</sup> Für Äußerungen im Internet gelten diese Grundsätze entsprechend.<sup>61</sup> In der Gesetzesbegründung wird darauf hingewiesen, dass auch Äußerungen an einen bestimmten Personenkreis in geschlossenen Benutzergruppen darunter fallen können, sofern der Äußernde die Verbreitung durch diese Personen nicht kontrollieren kann.<sup>62</sup>

<sup>50</sup> Vgl. Regierungsentwurf, S. 39.

<sup>51</sup> So bereits DAV (o. Fn. 25), S. 8.

<sup>52</sup> Vgl. Hassemer, NSTz 1989, 553 (557); s. Schiemann, in: Gusy/Kugelmann/Würtenberger (Hrsg.), Rechtshandbuch Zivile Sicherheit, S. 464 (483).

<sup>53</sup> So auch ausf. Engländer (o. Fn. 27), S. 4.

<sup>54</sup> Regierungsentwurf, S. 13.

<sup>55</sup> Regierungsentwurf, S. 39.

<sup>56</sup> Vgl. Regierungsentwurf, S. 39; s. auch Reinbacher, NK 2020, 186 (187).

<sup>57</sup> Ausf. hierzu Apostel, KriPoZ 2019, 287 f.

<sup>58</sup> S. auch Referentenentwurf, S. 39; Hate Aid (o. Fn. 25), S. 17; Engländer (o. Fn. 27), S. 4 f.; kritisch Reinbacher, NK 2020, 186 (196).

<sup>59</sup> Vgl. Fischer, § 186 Rn. 16; Eisele/Schittenhelm, in: Schönke/Schröder, § 186 Rn. 19; Regge/Pegel, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 3. Aufl. (2017), § 186 Rn. 34.

<sup>60</sup> S. Regge/Pegel, in: MüKo-StGB, § 186 Rn. 37; Zaczyk, in: NK-StGB, § 186 Rn. 31; Eisele/Schittenhelm, in: Schönke/Schröder, § 186 Rn. 20.

<sup>61</sup> Gaede, in: Matt/Renzikowski, § 186 Rn. 16

<sup>62</sup> S. Regierungsentwurf, S. 40 unter Hinweis auf Fischer, § 184b Rn. 15; s. auch BGH, StV 2012, 539.

Was den Schriftenbegriff in § 11 Abs. 3 StGB betrifft, so wird in der Begründung des Referentenentwurfs ausdrücklich auf die geplante Modernisierung und Fortentwicklung des Schriftenbegriffs hin zu einem Inhaltsbegriff verwiesen.<sup>63</sup>

Die Qualifikation der Versammlung erfasst die räumlich zu einem bestimmten Zweck vereinigte größere Anzahl von Menschen. Eigenständige Bedeutung soll dem Merkmal vor allem bei geschlossenen Veranstaltungen zukommen.<sup>64</sup>

#### b) Üble Nachrede gem. § 186 StGB

Folgerichtig ist auch die Ergänzung des § 186 StGB um die qualifizierende Tatbegehung „in einer Versammlung“. Dadurch wird § 186 StGB vom Wortlaut her an § 185 und § 187 StGB angepasst. Der Gesetzgeber weist zutreffend darauf hin, dass ein Sachgrund für eine differenzierende Regelung nicht ersichtlich ist.<sup>65</sup>

#### c) Üble Nachrede und Verleumdung gegen Personen des politischen Lebens gem. § 188 StGB

Die Vorschrift des § 188 StGB trägt dem Umstand Rechnung, dass Personen, die sich im politischen Leben engagieren, in besonderem Maße ehrverletzenden Angriffen ausgesetzt sind.<sup>66</sup> Wer im Einzelfall vom geschützten Personenkreis umfasst ist, ist allerdings umstritten. Einig ist man sich insoweit, als dass der Bundespräsident, der Bundestagspräsident, Abgeordnete des Bundes und der Länder, Bundesverfassungsrichter und Regierungsmitglieder erfasst sind.<sup>67</sup> Streitig ist dagegen, ob auch Personen, die auf kommunaler Ebene politisch tätig sind, zum geschützten Personenkreis gehören.<sup>68</sup> Allerdings hindert der Wortlaut des § 188 StGB eine entsprechende Auslegung nicht. Daher möchte der Gesetzgeber hier eine Klarstellung erreichen und die restriktive Auslegung des Tatbestands zukünftig verhindern. Insoweit betont der Regierungsentwurf, dass zum politischen Leben des Volkes durchaus auch Tätigkeiten bis hin zur kommunalen Ebene gezählt werden können. Auch diese Personen können in gleicher Weise wie Politiker auf Landes- oder Bundesebene von diffamierenden Äußerungen betroffen sein, die mit ihrer Stellung im öffentlichen Leben zusammenhängen und sie in ihrem öffentlichen Wirken beeinträchtigen.<sup>69</sup>

Der Regierungsentwurf sah daher vor, dem § 188 Abs. 1 StGB einen Satz 2 hinzuzufügen: „Das politische Leben des Volkes reicht bis hin zur kommunalen Ebene.“<sup>70</sup> Der

Bundesrat äußerte im Hinblick auf den strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz Bedenken, da aus der Formulierung nicht hervorgehe, welcher Personenkreis genau gemeint ist.<sup>71</sup> Daher wird eine eigene Definition vorgeschlagen, die der besseren Übersichtlichkeit wegen in einem eigenen Absatz verortet ist.<sup>72</sup> Diese wird übernommen, so dass § 188 StGB ein 3. Absatz folgenden Wortlauts eingefügt wird: „Eine im politischen Leben des Volkes stehende Person im Sinne von Absatz 1 ist eine Person, die auf europäischer Ebene, Bundes- oder Landesebene oder auf Ebene einer für ein Teilgebiet eines Landes oder einer kommunalen Gebietskörperschaft gebildeten Verwaltungseinheit aktiv tätig ist.“<sup>73</sup> Durch die Einfügung der „europäische(n) Ebene“ wird neben der Erfassung von Kommunalpolitikern auch einer weiteren Forderung Rechnung getragen, nämlich im Zuge des immer wichtiger werdenden Zusammenwachsens innerhalb der Europäischen Union auch Abgeordnete des Europäischen Parlaments besonders zu schützen.<sup>74</sup>

#### d) Strafantrag gem. § 194 StGB

Weiterhin soll § 188 StGB von einem reinen zu einem relativen Antragsrecht ausgestaltet und § 194 StGB entsprechend modifiziert werden. Danach wird die Tat in Fällen des § 188 StGB auch dann verfolgt, wenn die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält.<sup>75</sup> Dies wird damit begründet, dass diffamierende, öffentliche Äußerungen gegen politisch aktive Personen nicht auf den persönlichen Lebenskreis der betroffenen Person beschränkt bleiben, sondern eine Außenwirkung entfalten, die geeignet ist, das Rechtsempfinden der Bevölkerung dauerhaft zu stören. Schließlich könne es auch dazu führen, dass sich andere politisch engagierte Personen aus der öffentlichen Debatte zurückziehen oder ganz von einem Engagement für das Gemeinwesen absähen. Daher sollte eine strafrechtliche Verfolgung auch dann möglich sein, wenn ein Strafantrag zwar nicht gestellt wurde, die Verfolgung aber im besonderen öffentlichen Interesse liegt. Allerdings räumt der Gesetzgeber auch in diesen Fällen der berechtigten Person ein Widerspruchsrecht ein.<sup>76</sup>

Der Deutsche Richterbund hat die Ausgestaltung des § 188 StGB als relatives Antragsdelikt kritisiert, da die Staatsanwaltschaft vor die Herausforderung gestellt werde, eine Entscheidung für oder gegen die Verfolgungswürdigkeit im jeweiligen Einzelfall zu treffen, ohne dass die Gesetzesbegründung Vorgaben zu den anzulegenden

<sup>63</sup> Regierungsentwurf, S. 40; zum Verfahrensstand des Gesetzes s. <https://kripoz.de/2019/09/04/modernisierung-des-schriftenbegriffs-und-anderer-begriffe-sowie-erweiterung-der-straftbarkeit-nach-den-%C2%A7-86-86a-111-und-130-des-strafgesetzbuches-bei-handlungen-im-ausland/> (zuletzt abgerufen am 17.9.2020).

<sup>64</sup> So Regierungsentwurf, S. 39 f.; s. auch *Regge/Pegel*, in: MüKo-StGB, § 187 Rn. 23; *Zaczyk*, in: NK-StGB, § 187 Rn. 8.

<sup>65</sup> Regierungsentwurf, S. 40.

<sup>66</sup> So *Fischer*, § 188 Rn. 1; vgl. auch *Regge/Pegel*, in: MüKo-StGB, § 188 Rn. 1; *Gaede*, in: *Matt/Renzikowski*, § 188 Rn. 1.

<sup>67</sup> S. *Regge/Pegel*, in: MüKo-StGB, § 188 Rn. 6 m. Rspr.-Nachw.; *Fischer*, § 118 Rn. 2; *Eisele/Schittenhelm*, in: *Schönke/Schröder*, § 188 Rn. 3.

<sup>68</sup> Die überwiegende Kommentarliteratur spricht sich dagegen aus bspw. *Eisele/Schittenhelm*, in: *Schönke/Schröder*, § 188 Rn. 3; *Gaede*, in: *Matt/Renzikowski*, § 188 Rn. 2 m.w.N. aus Lit. und Rspr.; dafür *Zaczyk*, in: NK-StGB, § 188 Rn. 4.

<sup>69</sup> Vgl. Regierungsentwurf, S. 41.

<sup>70</sup> Regierungsentwurf, S. 5.

<sup>71</sup> Ausf. BR-Drs. 87/1/20 (neu), S. 9; vgl. hierzu auch die ausf. Stellungnahme von *Engländer* (o. Fn. 27), S. 5 ff.

<sup>72</sup> BR-Drs. 87/1/20 (neu), S. 8.

<sup>73</sup> BT-Drs. 19/18470, S. 20.

<sup>74</sup> So bspw. *Regge/Pegel*, in: MüKo-StGB, § 188 Rn. 6; *Valerius*, in: *BeckOK-StGB*, 47. Ed. (Stand: 1.8.2020), § 188 Rn. 4.

<sup>75</sup> Regierungsentwurf, S. 6.

<sup>76</sup> S. Regierungsentwurf, S. 41.

Maßstäben trifft. In der Öffentlichkeit könnten staatsanwaltschaftliche Entscheidungen für oder gegen eine Strafverfolgung von Amts wegen als politisches Statement gedeutet werden und so die Strafverfolgungsbehörden unter Umständen unter Rechtfertigungsdruck geraten.<sup>77</sup> *Engländer* hat in diesem Zusammenhang zutreffend darauf hingewiesen, dass die Staatsanwaltschaft schon bisher im Kontext der Anklageerhebung bei Privatklagedelikten darüber entscheiden musste, ob sie im Fall des hinreichenden Tatverdachts des § 188 StGB das öffentliche Interesse bejaht. Auch hier werde die Entscheidung nicht als politisches Statement missdeutet.<sup>78</sup> Die Ausgestaltung des § 188 StGB als relatives Antragsdelikt ist vor dem vom Gesetzgeber genannten Hintergrund also absolut überzeugend.

#### 6. Bedrohung gem. § 241 StGB

Nicht überzeugen kann dagegen die Ausweitung des Straftatbestands der Bedrohung gem. § 241 StGB. Der Gesetzgeber ist hier weit über das Ziel hinausgeschossen. Waren bisher in Absatz 1 nur Bedrohungen eines anderen Menschen mit einem Verbrechen gegen ihn selbst oder eine ihm nahestehende Person erfasst, so fallen jetzt auch niederschwelligere Delikte in den Anwendungsbereich. Dabei hat der Straftatbestand im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens durchaus Veränderungen erfahren. So sah der Regierungsentwurf noch vor, denjenigen mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe zu bestrafen, der einen Menschen mit der Begehung einer gegen ihn oder eine ihm nahestehenden Person gerichteten rechtswidrigen Tat gegen die sexuelle Selbstbestimmung, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder gegen eine Sache von bedeutendem Wert bedroht.<sup>79</sup>

Um der „ausufernden Pönalisierung verbaler Auseinandersetzungen“<sup>80</sup> entgegenzuwirken, wurde der Straftatbestand entsprechend eingegrenzt und hat nun in Absatz 1 folgenden Wortlaut:

„Wer einen Menschen mit der Begehung einer gegen ihn oder eine ihm nahestehende Person gerichteten rechtswidrigen Tat

1. gegen die sexuelle Selbstbestimmung oder die körperliche Unversehrtheit, wenn die Tat mit einer im Mindestmaß erhöhten Freiheitsstrafe bedroht ist,
2. gegen die persönliche Freiheit,
3. gegen die körperliche Unversehrtheit oder eine Sache von bedeutendem Wert, wenn die Tat öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften (§ 11 Absatz 3) begangen wird, bedroht,

wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.“<sup>81</sup>

Insofern wurde mit § 241 Abs. 1 Nr. 1 StGB dem Vorwurf des Bundesrats, durch das Erfassen von Taten gegen die körperliche Unversehrtheit oder sexuelle Selbstbestimmung ohne ein im Mindestmaß erhöhtes Strafmaß abzusehen einer uferlosen Ausbreitung des Bedrohungstatbestandes Vorschub zu leisten, entgegengetreten.<sup>82</sup> Jetzt sind diese Fälle nur dann erfasst, wenn die Tat mit einer im Mindestmaß erhöhten Freiheitsstrafe bedroht ist. Diese Eingrenzung ist meines Erachtens zwingend erforderlich, dient doch § 241 StGB dem Schutz des individuellen Rechtsfriedens.<sup>83</sup> Geschützt werden soll demnach das Vertrauen des Einzelnen auf seine durch das Recht gewährleistete Sicherheit vor besonders gravierenden Bedrohungen.<sup>84</sup> Insofern besteht vor dem Hintergrund des Schutzzwecks der Vorschrift für die Einbeziehung von Straftaten, die keine Verbrechen sind, kein kriminalpolitisches Bedürfnis.<sup>85</sup>

Daher geht § 241 Abs. 1 Nr. 2 StGB, der generell Taten gegen die persönliche Freiheit erfasst, deutlich über den Schutzzweck der Norm hinaus. Denn strafbar sind danach selbst bagatellartige Fallkonstellationen wie beispielsweise das Androhen eines Einsperrens in ein Zimmer für wenige Minuten.<sup>86</sup> Bedenkt man, dass es sich um Vorfeldkriminalisierung handelt, also die (Bagatell-)Tat lediglich angedroht aber noch nicht ausgeführt wurde, ist die Verhältnismäßigkeit der Vorschrift und somit ihre Verfassungsgemäßheit mehr als zweifelhaft.

§ 241 Abs. 1 Nr. 3 StGB möchte die ausufernde Ausweitung auf Taten gegen die körperliche Unversehrtheit oder eine Sache von bedeutendem Wert dadurch eindämmen, dass kumulativ hinzutreten muss, dass die Tat öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften begangen wird. Insofern wird hier ebenfalls die Kritik des Bundesrats an der zuvor uneingeschränkten Erfassung Rechnung getragen.

Denn die Androhung einer Tat gegen die körperliche Unversehrtheit, die nicht mit einer im Mindestmaß erhöhten Strafe bedroht ist, oder gegen Sachen von bedeutendem Wert, werden einem objektivierten Eignungsmaßstab zur Störung des individuellen Rechtsfriedens regelmäßig nicht gerecht.<sup>87</sup> Wäre es bei dem im Regierungsentwurf angedachten Wortlaut geblieben, so wäre selbst die Androhungen leichtester Körperverletzungen erfasst gewesen.<sup>88</sup> Der Gesetzgeber weist zutreffend darauf hin, dass das In-Aussicht-Stellen einer einfachen Körperverletzung, einer sexuellen Belästigung oder einer Sachbeschädigung vielfach nur der rhetorischen Ausschmückung

<sup>77</sup> So Deutscher Richterbund, Stellungnahme, S. 3, abrufbar unter: [https://www.drb.de/fileadmin/DRB/pdf/Stellungnahmen/2020/DRB\\_200110\\_Stn\\_Nr\\_1\\_Bekaempfung\\_Rechtsextremismus\\_und\\_Hasskriminalitaet.pdf](https://www.drb.de/fileadmin/DRB/pdf/Stellungnahmen/2020/DRB_200110_Stn_Nr_1_Bekaempfung_Rechtsextremismus_und_Hasskriminalitaet.pdf) (zuletzt abgerufen am 17.9.2020).

<sup>78</sup> S. *Engländer* (o. Fn. 27), S. 7.

<sup>79</sup> Regierungsentwurf, S. 6.

<sup>80</sup> So BR-Drs. 87/1/20 (neu), S. 11.

<sup>81</sup> BT-Drs. 19/18470, S. 22.

<sup>82</sup> BT-Drs. 19/18470, S. 23.

<sup>83</sup> *Fischer*, § 241 Rn. 2; *Heger*, in: Lackner/Kühl, § 241 Rn. 1; *BGH*, NSStZ 2015, 394 (395).

<sup>84</sup> So *Eisele*, in: Schönke/Schröder, § 241 Rn. 2; *Sinn*, in: MüKo-StGB, § 241 Rn. 2; *Otto*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl. (2017), § 241 StGB Rn. 1.

<sup>85</sup> So bereits *Engländer* (o. Fn. 27), S. 8.

<sup>86</sup> Ablehnend ebenfalls *Engländer* (o. Fn. 27), S. 8.

<sup>87</sup> BT-Drs. 19/18470, S. 23.

<sup>88</sup> Kritisch auch *Engländer* (o. Fn. 27), S. 8.

diene und Teil von Alltagskommunikation sei.<sup>89</sup> Auch wenn ein solches Verhalten moralisch anstößig ist, strafwürdig ist es nicht.

Erreicht aber die Äußerungen eine besondere Reichweite, weil sie einem unbestimmten Empfängerkreis zur Kenntnis gelangen, sieht der Gesetzgeber die Gefahr der Nachahmung und der Steigerung der Aggressivität.<sup>90</sup> Zu bedenken sei, dass Äußerungen wegen der eingeschränkten Löschungsmöglichkeiten oftmals über einen langen Zeitraum durch einen großen Personenkreis abgerufen werden und daher für die Betroffenen besonders schwer wiegen.<sup>91</sup> Folglich sei bei einer öffentlichen, in einer Versammlung oder durch die Verbreitung von Schriften begangenen Bedrohung mit einer einfachen Körperverletzung oder einer Tat gegen eine Sache von bedeutendem Wert unter Zugrundelegung eines objektiven Maßstabs von einer Eignung zur Störung des individuellen Rechtsfriedens auszugehen sein. In diesem Falle schließe auch die von der Rechtsprechung auf lediglich 750 Euro festgesetzte Untergrenze für eine „Sache von bedeutendem Wert“ die generelle Eignung zur individuellen Friedensstörung nicht aus.<sup>92</sup>

Ob die Androhung einer Sachbeschädigung selbst in Höhe von 1.000 Euro im Internet geeignet ist, den individuellen Rechtsfrieden zu stören, wage ich zu bezweifeln. Führt man sich den Aspekt der „besonders gravierenden Bedrohung“<sup>93</sup>, den das individuelle Rechtssicherheitsvertrauen intendiert, vor Augen, so muss hinterfragt werden, inwieweit die Androhung leichtester Körperverletzungen oder Sachbeschädigungen in besagter Höhe eine solche Bedrohung darstellen.

Dennoch kann durch die Konturierung des Tatbestands durch den Verbreitungsaspekt in der Öffentlichkeit zumindest eine restriktivere Handhabung erreicht werden, als dies noch bei der Formulierung im Regierungsentwurf der Fall war. Die Rechtsprechung hat es zudem in der Hand, durch Anhebung der Wertgrenze des bedeutenden Werts in der Auslegung der Norm ein weiteres Korrektiv einzufügen. Hinsichtlich des Merkmals der körperlichen Unversehrtheit dürfte dies schwieriger sein, so dass nur gehofft werden kann, dass auch hier im Zuge zukünftiger Gesetzesnovellierungen ein Schweregrad eingefügt wird, um die Bedrohung mit leichtesten Körperverletzungen vom Tatbestand auszuschließen.

Schließlich wird in § 241 StGB der bisherige Absatz 1 in Absatz 2 und Absatz 2 in Absatz 3 verschoben. In dem

neuen Absatz 4 wird ein Qualifikationstatbestand für Absatz 1 Nrn. 1 und 2 sowie Absatz 2 und 3 eingefügt. Die Strafobergrenze wird erhöht, sofern die Tat öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften begangen wird.<sup>94</sup> Damit soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass solche öffentlichen Bedrohungen eine erheblich größere Reichweite entfalten und eine Entfernung deutlich erschwert ist.<sup>95</sup> Zudem ist der Unrechtsgehalt einer solchen Bedrohung höher.

Zusätzlich wird durch § 241 Abs. 5 StGB berücksichtigt, dass durch Absatz 1 der Vorschrift auch Antragsdelikte Gegenstand der Bedrohung sein können. Daher ist vorgesehen, die Vorschriften über den Strafantrag bzgl. der angedrohten Tat auch für die Verfolgung der Bedrohung entsprechend anwendbar zu machen, um Wertungswidersprüche zu vermeiden.<sup>96</sup>

#### IV. Fazit

Das Gesetz zur Bekämpfung von Hasskriminalität und Rechtsextremismus führt zu diversen Anpassungen und Verschärfungen im materiellen Strafrecht, die nicht alle gutzuheißen sind. Während die Neuausrichtung der Beleidigungsdelikte unter stärkerer Gewichtung des größeren Unrechtsgehalts durch öffentliche und gerade auch im Internet schwer einzufangende diffamierende Äußerungen durchaus stimmig gelingt, werden andere Delikte zu weit ausgedehnt. Dies betrifft § 140 und § 241 StGB. Besinnt man sich des ultima-ratio-Gedankens im Strafrecht, so wird bei der Neuausrichtung der Straftatbestände jedenfalls im Hinblick auf einige erfasste Fallkonstellationen der Bogen verhältnismäßigen Strafens deutlich überspannt.

Dies ist umso bedenklicher, als sich die neu normierte Meldepflicht des Anbieters sozialer Netzwerke gem. § 3a NetzDG auch auf konkrete Anhaltspunkte einer Straftat nach § 140 StGB insgesamt erstrecken soll, während bei § 241 StGB mit Augenmaß nur die Form der Bedrohung mit einem Verbrechen erfasst wurde. Überhaupt ist die Meldepflicht des Anbieters sozialer Netzwerke sowie der geänderten Vorschriften im TKG und BKAG insgesamt kritisch zu betrachten. Auch der Wissenschaftliche Dienst des Deutschen Bundestages hat teilweise verfassungsrechtliche Bedenken angemeldet, so dass eine Unterschrift des Bundespräsidenten noch aussteht.

<sup>89</sup> So BT-Drs. 19/18470, S. 23.

<sup>90</sup> BT-Drs. 19/18470, S. 23.

<sup>91</sup> BT-Drs. 19/18470, S. 23 unter Hinweis auf BR-Drs. 87/20, S. 35.

<sup>92</sup> BT-Drs. 19/18470, S. 23.

<sup>93</sup> Eisele, in: Schönke/Schröder, § 241 Rn. 2; Sinn, in: MüKo-StGB, § 241 Rn. 2; Otto, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, Gesamtes Strafrecht, § 241 StGB Rn. 1.

<sup>94</sup> BT-Drs. 19/18470, S. 22 i.V.m. Regierungsentwurf, S. 6.

<sup>95</sup> Regierungsentwurf, S. 42.

<sup>96</sup> So Regierungsentwurf, S. 42.

## Das „Donaulied“ – strafwürdige Verharmlosung sexueller Übergriffe oder sozialadäquate Traditionspflege?

von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch\*

### Abstract

*In der niederbayerischen Metropole Passau sowie einigen weiteren Städten der Region ist gegenwärtig in der Bevölkerung eine heftige Auseinandersetzung über ein Lied im Gang, das regelmäßig auf Volksfesten und ähnlichen Veranstaltungen aufgeführt und gesungen wird. Es handelt sich um das „Donaulied“, das die Initiatoren einer Petition – Studenten der Universität Passau – wegen sexistischer Textpassagen verbieten lassen wollen, während es ihre Widersacher als Ausdrucksform bayerischer Volkstümlichkeit für unantastbar erklären. „Weg mit dem Donaulied“ und „Hände weg vom Donaulied“ könnte man die konträren Standpunkte propagandistisch zugespitzt etikettieren. Die Trumpfkarte des Strafrechts wird in diesem Streit von den Gegnern des Liedes zur Bekräftigung ihrer Forderungen offenbar noch nicht ausgespielt. Das kann daran liegen, dass diese Karte (noch) nicht sticht, weil das Strafrecht in Bezug auf diesen Gegenstand seine vielgepriesene Fragmentarität zeigt, also eine Strafbarkeitslücke aufweist. Angesichts des Bestrafungseifers, mit dem die Politik in den letzten Jahren das Strafrecht vielfältig zur Bekämpfung sexuell konnotierter Übergriffe – z.B. zuletzt „Upskirting“ – ertüchtigt hat, wäre das ein überraschender Befund. Aber die Analyse des geltenden Strafrechts wird bestätigen, dass hier tatsächlich noch eine strafrechtsfreie Nische existiert. Die nunmehr öffentlich wahrgenommene Anstößigkeit des Donaulieds könnte also im wahrsten Sinne des Wortes Anstoß sein zu einer Gesetzgebungsinitiative. Ob es dieser aber wirklich bedarf, sollte gründlich überlegt werden.*

*In the Lower Bavarian metropolis of Passau as well as in some other cities in the region, there is currently a fierce debate among the population about a song that is regularly performed and sung at folk festivals and similar events. It is the "Donaulied", which the initiators of a petition – students of the University of Passau – want to have banned because of sexist lyrics, while their opponents declare it to be inviolable as an expression of Bavarian folklore. "Away with the Donaulied" and "Hands off the Donaulied" you/one could label the opposing positions propagandistically pointedly. The trump card of criminal law is apparently not played out yet in this dispute by the opponents of the song in support of their demands. This may be due to the fact that this card does not sting (yet), because criminal law shows its much-vaunted fragmentary character with regard to this subject, that means there is a gap in punishability. In view of the eagerness with which politics has used criminal law in recent years in various ways to combat sexual assaults – e.g., most recently "Upskirting" – this would be a surprise finding. But an analysis of*

*the existing criminal law will confirm, that there is still a niche here that is free of criminal law. The offensiveness of the Donaulied, which is now perceived publicly, could be the impuls for a legislative initiative. If this is really necessary, should be thoroughly considered.*

### I. Einleitung

Es sind nur wenige Zeilen, die das simple und im Übrigen harmlose Liedchen zum Skandalon machen und möglicherweise sogar in den Fokus des Strafrechts rücken. Von manchen Interpreten wird das Lied mit einem stellenweise abgewandelten, an den entscheidenden Stellen weichgespülten Text vorgetragen. Das mag mit ein Grund dafür sein, dass ein Teil der Bevölkerung die Aufregung für übertrieben hält und der Initiative der Passauer Studenten ablehnend oder gleichgültig gegenübersteht. In der härtesten im Umlauf befindlichen Fassung jedoch berichtet der männliche Ich-Erzähler von einem Spaziergang am Donauufer, bei dem er auf ein schlafend am Strand liegendes „Madel“ traf. Über diese Frau, die ihre Beine „weit von sich gestreckt“ hatte, „machte“ sich der Spaziergänger „her“. Wenig Phantasie bedarf es sich vorzustellen, dass dies die Schilderung eines Geschlechtsverkehrs ist, in den die Frau nicht eingewilligt hat. So etwas nennt man „Vergewaltigung“ und so bezeichnet eine derartige Handlung auch das StGB in § 177 Abs. 6 S. 2 Nr. 1. Die Tat, bei der die schutzlose Lage der Frau ausgenutzt wird, ist ein Verbrechen, das mit bis zu 15 Jahren Freiheitsstrafe geahndet werden kann. Wenn also – was tatsächlich passiert – dieses Lied zum Beispiel auf einem großen Volksfest vor hunderten mitsingenden Zuschauern zum Vortrag gebracht wird, darf die Frage nach der strafbaren Qualität dieses Geschehens gestellt werden. Da es bislang wohl keine strafrechtlichen Ermittlungen gegeben hat, wird die Prüfung nach der *lex lata* wahrscheinlich auf das Ergebnis der Straflosigkeit hinauslaufen (unten II.). Daher besteht anschließend Anlass zu der Überlegung, ob hier ein strafwürdiges und strafbedürftiges Verhalten vorliegt, das der *lege ferenda* pönalisiert werden sollte (unten III.).

### II. Strafbarkeit nach geltendem Recht

#### 1. Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung

Der Liedtext hat eine Tat zum Gegenstand, die nach geltendem Strafrecht als qualifizierter sexueller Übergriff in einem besonders schweren Fall (Vergewaltigung) gem. § 177 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. Abs. 5, Abs. 6 S. 2 Nr. 1 StGB Verbrechenqualität hat. Gewiss wird sich nie nachweisen

\* Der Verfasser ist Professor für Strafrecht an der Universität Potsdam.

lassen, dass irgendein Täter eines realen straftatbestandsmäßigen Angriffs auf die sexuelle Selbstbestimmung einer Frau durch dieses Lied bzw. seine Vorführung vor Publikum oder auf Tonträger zu seiner Tat inspiriert worden ist. Zudem ist allen an der Produktion, Verbreitung oder Darbietung des Liedes beteiligten Personen zugute zu halten, dass sie Folgen dieser Art natürlich nicht wollen, also keinen diesbezüglichen Vorsatz haben. Daher kommt eine Strafbarkeit wegen vollendeter Anstiftung zum qualifizierten sexuellen Übergriff (§§ 177 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. Abs. 5, Abs. 6, 26 StGB) nicht in Betracht. Auch eine versuchte Anstiftung (§ 30 Abs. 1 StGB) zur Begehung eines solchen Verbrechens kann niemandem ernsthaft vorgeworfen werden. Entsprechendes gilt für die öffentliche Aufforderung zu Straftaten, § 111 StGB.

Weniger fernliegend erscheint eine Strafbarkeit wegen psychischer Beihilfe. Insbesondere als Teil eines gruppendynamischen Prozesses im subkulturellen Vatertags-Milieu mag das gemeinsam gegrölte Lied zusammen mit der Wirkung in großen Mengen genossenen Alkohols eine eskalierende Dynamik entfalten, die sich in der kollektiven Vergewaltigung einer jungen Frau durch enthemmte junge Männer entlädt. Dieses Muster ist nicht zufällig beliebtes Plot von Kriminalromanen oder -filmen,<sup>1</sup> denn es kommt in der Realität wohl vor. Indessen dürfte auch hier der forensische Nachweis eines konkreten Förderungszusammenhanges einschließlich des erforderlichen Vorsatzes kaum zu führen sein. Eventuell hilft hier aber § 184j StGB.

Nach der legislativen Systematik gehören auch Pornographiedelikte (§§ 184 ff StGB) zu den „Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung“ (Dreizehnter Abschnitt des BT). Da über das Alter des betroffenen „Madel“ in dem Lied keine Mitteilung gemacht wird, existiert für eine Einordnung in die Kategorien kinder- oder jugendpornographischer Schriften (§§ 184b, 184c StGB) keine tragfähige Grundlage. Auch wird man in der Vergewaltigung einer schlafenden Frau zwar einen Akt der „Gewalt“, nicht aber „Gewalttätigkeit“ i.S.d. § 184a S. 1 StGB sehen können. Gewalttätigkeit setzt ein größeres Maß an aggressiver Eingriffsintensität gegen den Körper des Opfers voraus als Gewalt.<sup>2</sup> Davon abgesehen begründet nicht jeder Sexualbezug einer Darstellung deren pornographischen Charakter.<sup>3</sup> Dabei kommt es nicht allein darauf an, „was“ beschrieben wird, sondern auch „wie“ dies geschieht: „der Ton macht die Musik“. Essentiell für Pornographie – zumal strafwürdige – ist somit ein erhebliches Maß an Derbheit, Grobheit, Dreckigkeit. Davon ist das Donaulied bei aller geschmacklichen Fragwürdigkeit weit entfernt. Wäre dem anders, hätten die zuständigen Behörden des Freistaats Bayern längst eingegriffen und das inkriminierte Liedgut aus dem Verkehr gezogen. Immerhin versichert die Verfassung des Freistaats in Artikel 110 Abs. 2, dass

die Bekämpfung von „Schmutz und Schund“ Aufgabe des Staates und der Gemeinden sei.

Meines Wissens noch nicht erörtert wurde im Zusammenhang mit dem neuen Straftatbestand „sexuelle Belästigung“, ob Instrument einer „körperlichen Berührung“ i.S.d. § 184i Abs. 1 StGB auch Schallwellen sein können.<sup>4</sup> Dass Lautstärke ab einem bestimmten Pegel körperliche Schmerzen verursachen und daher Körperverletzung sein kann, steht außer Frage.<sup>5</sup> Folglich muss damit der Körper des Opfers berührt werden. Man könnte also erwägen, dass das laute Absingen des Liedes vor allem durch männliche Wesen in Anwesenheit von Frauen für diese eine sexuelle Belästigung sein kann. Aber Lautstärke also solche verleiht dem Deliktstypus „sexuelle Belästigung“ nicht seine prägenden Akzente. Entscheidendes Kriterium der Tatbestandsmäßigkeit ist die „sexuell bestimmte Weise“ der Berührung. Der Sexualbezug ergibt sich aus dem Inhalt des Liedes und dieser wird dem Opfer nicht körperlich vermittelt.<sup>6</sup> Eine „sexuell bestimmte“ Körperberührung findet also nicht statt.

## 2. Straftaten gegen die Ehre

Wäre das „Madel“ eine real existierende Frau, würde diese durch das Lied und seine Wiedergabe in ihrer Ehre verletzt werden. Man stelle sich einmal vor, ein verschmähter Verehrer rächt sich für die Zurückweisung durch „Lieschen Müller“, indem er diese identifizierbar als Opfer der Vergewaltigungsszene in dem Donaulied abbildet. Eine Beleidigung i.S.d. § 185 StGB wäre das allemal. Denn der geschilderte Umgang mit dem Körper der schlafenden Frau würdigt diese zum Objekt herab, an dem ein Lustmolch seine sexuelle Gier wie an einer Gummipuppe ausleben kann. Im Verfassungsrecht wird bekanntlich zur Konkretisierung der Verletzung der „Menschenwürde“ auf die „Objektformel“ abgestellt.<sup>7</sup> Die Würde des Menschen als Person wird verletzt, wenn er/sie zum bloßen Objekt degradiert, also wie eine leblose Sache behandelt wird.<sup>8</sup> Genau das passiert mit einer Frau, die im Schlaf von einem Mann vergewaltigt wird. Verletzung der Menschenwürde ist mehr als Verletzung der persönlichen Ehre, schließt diese mit ein. Nun ist die schlafende Frau des Liedes eine fiktive anonyme Person weiblichen Geschlechts. Strafbarkeit wegen Beleidigung kommt also allenfalls in Form einer Kollektivbeleidigung aller Frauen oder jeder individuellen Frau „unter einer Kollektivbezeichnung“ in Betracht. Eine Frau, die das Lied hört, könnte sich einem Personenkreis zugehörig fühlen, deren Mitglieder von Männern ungehindert als Objekte sexueller Triebbefriedigung benutzt werden, was nicht etwa Empörung hervorrufen würde, sondern im Gegenteil auf Volksfesten und ähnlichen Veranstaltungen zur Belustigung des Publikums öffentlich propagiert wird. Frei nach der Devise: „Mit Frauen kann man so etwas machen –

<sup>1</sup> Die meisten Leser werden zu jung sein, um die denkwürdige ARD-Tatort-Folge „Himmelfahrt“ mit dem großartigen *Klaus Schwarzkopf* als Kommissar Finke am 13.8. 1978 gesehen zu haben.

<sup>2</sup> Hörnle, in: MüKo-StGB, Band 2/2, 2005, § 184a Rn. 5.

<sup>3</sup> Hörnle, in: MüKo-StGB, § 184 Rn. 21.

<sup>4</sup> Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 184i Rn. 4: Die Berührung kann auch „über einen vom Täter eingesetzten Gegenstand vermittelt sein“.

<sup>5</sup> *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 223 Rn. 4.

<sup>6</sup> Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184i Rn. 4: Sexualbezogene Bemerkungen werden allenfalls von § 185 erfasst.

<sup>7</sup> *BVerfG*, NStZ 1993, 75 (76).

<sup>8</sup> *Sternberg-Lieben/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 131 Rn. 11.

denn sie wollen es ja!“. Wie demütigend ist das! Aber die Dogmatik der Ehrverletzungsdelikte lässt hier weder das Urteil einer Beleidigung „der Frauen“ als Gruppe (Beleidigung des Kollektivs)<sup>9</sup> noch einzelner Frauen als Teil des Kollektivs zu. Denn der erforderliche „Bezug auf bestimmte, individualisierbare Personen, die deutlich aus der Allgemeinheit hervortreten“<sup>10</sup> ist hier nicht gegeben. Eine Strafbarkeit aus §§ 185 ff. StGB ist also auch nicht zu begründen.

### 3. Straftaten gegen die öffentliche Ordnung

An dem Lied und der Art seiner Präsentation in der Öffentlichkeit nehmen gewiss nicht nur Frauen Anstoß, die das Thema mit feministischem Impetus in einem größeren gesellschaftlichen Zusammenhang vor dem Hintergrund systematischer Benachteiligung und sexistischer Insultierung – z. B. im Beruf – sehen und verständlicherweise als wirkliche oder potentielle Betroffene ein unmittelbares Interesse haben. Denn das Rechtsgut, um dessen möglicherweise strafwürdige Beeinträchtigung es geht, kann man als ein Interesse der Allgemeinheit an einem sozialen Klima definieren, in dem Gewaltfreiheit, Friedlichkeit und gegenseitiger Respekt als Maximen zivilen Zusammenlebens einen so hohen Stellenwert und Anerkennungsgrad haben, dass die Entfaltungsmöglichkeiten des Einzelnen nicht von Kriminalitätsfurcht und der Last viktimologisch fundierter Abschottung und Einigelung verengt werden. Jeder einzelne soll sich frei und sicher fühlen können und nicht ständig auf der Hut davor sein müssen, Räubern oder Vergewaltigern in die Hände zu fallen. Durch Strafdrohung die Entstehung und Verfestigung einer feindseligen aggressiven Atmosphäre zu verhindern, bedeutet letztendlich Schutz individueller Freiheit, weil Menschen, die Angst haben, sich nicht frei im öffentlichen Raum bewegen, sondern in ein Schneckenhaus zurückziehen, um nicht verletzt zu werden. Strafrechtlicher „Klimaschutz“ – Schutz eines kollektiven „Zwischenrechtsguts“ – ist letztlich mediatisierter Individualgüterschutz.<sup>11</sup> Das Strafrecht kennt eine Vielzahl von Delikten, deren Angriffsrichtung rechtsgutstheoretisch schwer fassbar durch den Begriff „öffentlicher Frieden“ gekennzeichnet ist. Eines dieser Delikte, das dem Phänomen „Donaulied“ recht nahekommt, ist die Belohnung und Billigung von Straftaten gemäß § 140 StGB. Zu den einschlägigen Bezugstaten gehören auch die qualifizierten Formen des sexuellen Übergriffs nach § 177 Abs. 4 bis 8 StGB. Pönalisiert ist die Belohnung oder zur Friedensstörung geeignete öffentliche Billigung solcher Taten. Strafbarkeitsvoraussetzung ist allerdings eine tatsächlich begangene vollendete oder zumindest versuchte Vortat<sup>12</sup>, woran es beim Donaulied natürlich fehlt. Aber dennoch zeigt § 140 StGB die Richtung an, in die gesetzgeberische Initiativen sich bewegen könnten.

### 4. Nebenstrafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht

Sind Gewalt, Sexualität und die Kombination von beiden Inhalte von Medien, können aus Gründen des Jugendschutzes Verbote und Sanktionen veranlasst sein. Die Aufnahme in die Liste jugendgefährdender Medien (§ 18 JuSchG) zieht vielfältige Umgangsverbote (§ 15 JuSchG) und diese flankierend Strafbarkeit (§ 27 JuSchG) nach sich. Von den in § 18 Abs. 1 S. 2 JuSchG exemplarisch genannten Kriterien für die Indizierung kommt hier allenfalls das Prädikat „unsittlich“ in Betracht. Aber insgesamt dürfte das Donaulied den für staatliche Intervention erforderlichen Gefährlichkeitsgrad deutlich unterschreiten. Tatsächlich ist die Bundesprüfstelle bis jetzt nicht eingeschritten, woran sich trotz Petition gewiss nichts ändern wird. Da also eine Strafbarkeit des Umgangs mit Donaulied-Trägermedien nicht begründet ist, besteht auch kein Strafbarkeitsrisiko bei Verbreitung des Liedes mittels Rundfunk oder Telemedien gemäß § 23 JMStV. Am Ende der Suche nach geeigneten Anknüpfungspunkten im geltenden Strafrecht bleibt somit das Fazit, dass mehr als ordnungswidriges Verhalten nach § 118 OWiG den Verteidigern des Donauliedes gegenwärtig nicht vorgeworfen werden kann.<sup>13</sup>

### III. Strafbarkeit de lege ferenda

Das Donaulied und die typischen Begleitumstände seiner Interpretation in „lockerer“, „angeheiteter“ Atmosphäre vor einem vergnügungssuchenden alkoholaffinen Publikum in Bierzelten und ähnlichen Örtlichkeiten, verharmlosen die Begehung einer fiktionalen Tat, die jemandem, der sie tatsächlich ausführte, eine mehrjährige Freiheitsstrafe einbringen würde. Dass damit weder explizit noch unterschwellig eine Aufforderung zur Tatbegehung kommuniziert wird, wurde oben schon eingeräumt. Verharmlosende Darstellung eines Objekts, das alles andere als harmlos ist, pönalisiert das Strafrecht in § 131 Abs. 1 StGB. Dies ist die einzige Strafvorschrift, in der Strafwürdigkeit mit diesem Begriff in Verbindung gebracht wird. Eine rationale Erklärung für das vom Gesetzgeber behauptete Bestrafungsbedürfnis zu formulieren, fällt schwer. Dass Verherrlichung oder Verharmlosung von Brutalitäten auf nachahmungsbereite Personen stimulierend wirken könnte, wird für möglich gehalten. Jedenfalls ließen sich solche Effekte nicht ausschließen und dies genüge, um der Strafvorschrift verfassungsrechtliche Legitimität zu verschaffen.<sup>14</sup> Das ist allerdings kein sehr stabiles Fundament. Wenn § 131 StGB die „Messlatte“ für eine Pönalisierung kriminalitätsverharmlosender Äußerungen darstellt, hat dies die Konsequenz, dass das Donaulied und vergleichbare Texte bei der Strafwürdigkeitsprüfung „durchfallen“. Wer die im Lied geschilderte Behandlung des schlafenden „Madels“ als schlimm und geschmacklos empfindet, ist weder prüde noch überempfindlich, sondern einfach nur anständig und vernünftig. Aber bei der

<sup>9</sup> Rengier, Strafrecht BT II, 21. Aufl. (2020), § 28 Rn. 9 ff.

<sup>10</sup> Rengier, Strafrecht BT II, § 28 Rn. 14.

<sup>11</sup> Zutreffend Hohmann, in: MüKo-StGB, § 140 Rn. 2 zum Schutzzweck des § 140 StGB, der nach der h.M. die „Allgemeinheit vor der Schaffung eines psychischen Klimas, in dem neue Delikte dieser Art gedeihen können“ (so Sternberg-Lieben/Schittenhelm, in: Schönke/Schröder, StGB, § 140 Rn. 1) schützt.

<sup>12</sup> Hohmann, in: MüKo-StGB, § 140 Rn. 6.

<sup>13</sup> Vgl. die „Einzelfälle“ bei Senge, in: KK-OWiG, 5. Aufl. (2018), § 118 Rn. 20a: Absingen anstößiger Lieder, Äußerungen unzüchtigen Inhalts.

<sup>14</sup> Sternberg-Lieben/Schittenhelm, in: Schönke/Schröder, StGB, § 131 Rn. 1.

gebotenen nüchternen Betrachtung sine ira et studio ist auch zuzugeben, dass die Szene weder Grausamkeit noch Unmenschlichkeit präsentiert. Unter Berücksichtigung der erstaunlich milden Strafdrohung des § 131 StGB bleibt somit für eine Pönalisierung verharmlosender Darstellungen von Verbrechen, die weder grausam noch unmenschlich sind, allenfalls ein minimaler Spielraum. Diesen gesetzgeberisch so auszufüllen, dass dadurch keine schwierigen Konflikte der Strafvorschrift selbst und ihrer einzelfallbezogenen Anwendung mit Art. 5 Abs. 1, Abs. 3 S. 1 GG heraufbeschworen werden, wäre ein Kunststück.

#### IV. Schluss

Strafrecht ist das letzte Mittel zur Verteidigung der Gesellschaft und ihrer Mitglieder gegen nicht hinnehmbare Angriffe auf ihre Rechtsgüter. Wo der Schutzbedarf durch

nichtstrafrechtliche Instrumente der Rechtsordnung oder gar unjuristisch befriedigt werden kann, ist für das Strafrecht kein Platz. Wie eine Gesellschaft ihre im Verborgenen liegenden Selbstreinigungskräfte mobilisiert und dadurch möglicherweise einem Missstand abhilft, bevor eine kriminalpolitische Debatte zu dem Thema anhebt, dafür könnte der Streit um das Donaulied ein Lehrstück sein. Dabei zeigt sich vielleicht, dass die größere Gefahr für die friedliche Atmosphäre im Land nicht von denjenigen Akteuren ausgeht, die ein solches Lied produzieren und vor Publikum zur Aufführung bringen, sondern von denen, die ihnen feixend und schenkelklopfend applaudieren und die gegen die couragierten jungen Aktivisten pöbeln. Dagegen ist aber kein strafrechtliches Kraut gewachsen, sondern da hilft nur kluge und mutige politische Überzeugungsarbeit. Möge also das Strafrecht das Donaulied in Ruhe lassen.

## Die Sicherstellung von Buchgeld – repressive und präventive Handlungsmöglichkeiten

von Prof. Dr. Dr. Markus Thiel und  
Ref. iur. Dr. Theresa Regina Disselkamp\*

### Abstract

*Nicht nur Bargeld, sondern auch auf Konten befindliches sog. „Buchgeld“ kann zur Begehung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten genutzt werden. Polizei und Staatsanwaltschaft haben daher häufig ein Interesse daran, die mit Buchgeld untrennbar verbundene, gegen die kontoführende Stelle gerichtete Forderung „sicherzustellen“, um einem (potenziellen) Täter die finanziellen Mittel zu entziehen. Dieser Beitrag untersucht, welche rechtlichen Möglichkeiten auf der Grundlage der Strafprozessordnung bzw. des nordrhein-westfälischen Polizeigesetzes bestehen bzw. geschaffen werden sollten, und unterbreitet einen konkreten Normvorschlag für die präventive Sicherstellung von Forderungen und anderen Vermögensrechten.*

*Not only cash, but also deposit money in bank accounts can be used to commit crimes and offenses. Therefore, the police and public prosecutors are often interested in “securing” the claim that is linked to deposit money and directed against the account-holding agency. This serves the purpose to deprive a (potential) offender of the financial means. This article examines which legal options exist or should be created on the basis of the Code of Criminal Procedure and the North Rhine-Westphalian Police Act. In addition to that, it makes a specific proposal for the preventive securing of claims and other property rights.*

### I. Einleitung

Wird bei einem bereits mehrfach strafrechtlich in Erscheinung getretenen Drogendealer Bargeld in kleiner Stückelung aufgefunden und beschlagnahmt, wird der Geldbetrag häufig nicht mehr in der Asservatenkammer deponiert, sondern auf ein gesichertes Verwahrkonto eingezahlt.<sup>1</sup> Selbst wenn das Ermittlungsverfahren in der Folge eingestellt wird, hat die Polizei gleichwohl oftmals ein Interesse daran, dem Dealer den Betrag jedenfalls vorübergehend vorzuenthalten, insbesondere um ihm für möglicherweise drohende weitere Taten die finanzielle Grundlage zu nehmen bzw. das Geld seinem rechtmäßigen Eigentümer zurückzugeben. Für die „Zweckänderung“ in Richtung einer präventiven Maßnahme bedarf es einer Rechtsgrundlage. Eine ähnliche Interessenlage kann sich ergeben, wenn auf einem Bankkonto einer Person Beträge

vorgefunden werden, die nach einer entsprechenden Prognose für weitere Rechtsverstöße genutzt werden sollen. Dieser Themenkomplex wird unter dem Stichwort „Sicherstellung von Buchgeld“ diskutiert. Während die strafprozessrechtliche Rechtslage vergleichsweise eindeutig erscheint, bestehen im Kontext einer präventivpolizeilichen Sicherstellung von Buchgeld erhebliche Unsicherheiten, die vor allem auf eine uneinheitliche Rechtsprechung zurückzuführen sind. In einigen Bundesländern ist der Gesetzgeber bereits tätig geworden und hat Rechtssicherheit schaffende Vorschriften erlassen, meist als Ergänzung zur Ermächtigungsnorm für die Sicherstellung von Sachen. In Nordrhein-Westfalen steht ein solcher klarstellender Legislativakt noch aus.

Dieser Beitrag untersucht die rechtlichen Grundlagen und Rahmenbedingungen für die Sicherstellung von Buchgeld nach der Strafprozessordnung (II.) sowie nach der gegenwärtigen Fassung des nordrhein-westfälischen Polizeigesetzes (III.) und stellt einen konkreten Vorschlag für eine eigenständige Ermächtigungsnorm für die Sicherstellung von Forderungen und anderen Vermögensrechten vor (IV.).

### II. Sicherstellung von Buchgeld nach der Strafprozessordnung

Für die Strafverfolgungsbehörden sieht die StPO unterschiedliche Möglichkeiten einer Sicherstellung von Buchgeld vor. Dabei kommen allerdings nicht alle auf den ersten Blick nutzbaren Sicherungsinstrumente tatsächlich in Betracht.

#### 1. Sicherstellung auf der Grundlage des § 94 StPO

Gemäß § 94 Abs. 1 und Abs. 2 StPO können Gegenstände, die als Beweismittel für die Untersuchung von Bedeutung sein können, je nach Fallkonstellation sichergestellt (Absatz 1) oder beschlagnahmt werden (Absatz 2). Im Kontext der StPO findet eine (einfache) Sicherstellung statt, wenn der fragliche Gegenstand gewahrsamslos ist oder freiwillig herausgegeben wird. Eine Beschlagnahme als besondere Form der Sicherstellung kommt in Betracht, wenn sich der Gegenstand im Gewahrsam einer Person befindet und die „Wegnahme“ gegen den Willen dieser Person erfolgt.<sup>2</sup>

\* Prof. Dr. Dr. Markus Thiel ist Leiter des Fachgebietes III.4 – Öffentliches Recht mit Schwerpunkt Polizeirecht an der Deutschen Hochschule der Polizei in Münster. Dr. Theresa Regina Disselkamp ist Rechtsreferendarin am OLG Hamm.

<sup>1</sup> Vgl. dazu die Fallkonstellation bei *VGH München*, NVwZ-RR 2016, 779 ff.; s. auch *OVG Bremen*, NJW 2016, 2901 ff.; *OVG Lüneburg*, NordÖR 2013, 269 ff.

<sup>2</sup> Zur Differenzierung *Nimtz/Thiel*, Eingriffsrecht Nordrhein-Westfalen, 2. Aufl. (2020), Rn. 1130 f.

Es ist umstritten, ob auch unkörperliche Gegenstände wie Buchgeld von § 94 Abs. 1 bzw. Abs. 2 StPO erfasst werden. Folgt man der Rechtsprechung des *BVerfG*, der zufolge E-Mails gemäß § 94 StPO beschlagnahmt werden können,<sup>3</sup> ist der Anwendungsbereich der Vorschrift für das unkörperliche Buchgeld eröffnet. Die aus dem 19. Jahrhundert stammende Norm war ursprünglich zwar allein auf körperliche Gegenstände zugeschnitten. Spätere Änderungen der Strafprozessordnung zeigen aber, dass der Gesetzgeber nunmehr von der Beschlagnahmefähigkeit unkörperlicher Gegenstände ausgeht. So fügte er beispielsweise dem § 94 StPO im Jahr 2017 einen vierten Absatz an, dem zufolge sich die Herausgabe beweglicher Sachen nach den §§ 111n, 111o StPO richtet.<sup>4</sup> Mit einem „Gegenstand“ im Sinne von § 94 Abs. 1 und Abs. 2 StPO muss danach etwas anderes gemeint sein als mit einer „Sache“ im Sinne von § 94 Abs. 4 StPO. Das Begriffsverständnis aus § 90 BGB zugrunde gelegt, stellt eine „Sache“ einen Unterfall des Begriffs „Gegenstand“ dar; Sachen sind gemäß § 90 BGB alle *körperlichen* Gegenstände. Eine solche sprachliche Einschränkung ist in § 94 Abs. 1 und Abs. 2 StPO indes nicht enthalten. Systematisch streitet deshalb einiges dafür, den Gegenstands-begriff in diesen Absätzen in einem weiteren Sinne zu begreifen und mit dem *BVerfG* auf Unkörperliches wie Buchgeld zu erstrecken.

Buchgeld müsste ferner als Beweismittel für die Untersuchung von Bedeutung sein können (vgl. § 94 Abs. 1 StPO). Auf den ersten Blick ist dies der Fall: Wird eine Person z.B. des Einbruchsdiebstahls verdächtigt, bei dem ein Täter Bargeld in Höhe von 10.000 € erbeutet hat, kann es für die Täterschaft des ansonsten mittellosen Verdächtigen sprechen, wenn er just am Folgetag einen Betrag von 10.000 € auf sein Konto einzahlt. Ähnliches gilt für eine werkvertragsrechtliche Konstellation, in der ein Täter dem Besteller wahrheitswidrig vorspiegelt, die Kontoverbindung des Werkunternehmers habe sich geändert, und der gutgläubige Besteller sodann den Werklohn auf das vermeintlich neue Konto des Werkunternehmers – in Wahrheit auf das des Täters – überweist. Bei Lichte besehen ist es hier jedoch nicht das Buchgeld als solches, das den Beweis für die Täterschaft des Verdächtigen erbringen kann. Der Aussagegehalt des Buchgeldes beschränkt sich nämlich auf die Information, dass der jeweilige Kontoinhaber eine Forderung in bestimmter Höhe gegen das kontoführende Geldinstitut innehat.<sup>5</sup> Die für den Tatnachweis relevanten Zusammenhänge werden vielmehr erst aus einer Aufstellung der Kontobewegungen ersichtlich,

wie sie z.B. auf elektronischen oder ausgedruckten Kontoauszügen zu finden ist. Aus ihr ergibt sich, dass jemand zu einem bestimmten Zeitpunkt eine bestimmte Geldsumme auf ein Konto eingezahlt oder ein bestimmter Absender zu einem bestimmten Zeitpunkt eine bestimmte Geldsumme darauf überwiesen hat. In den Beispielsfällen kann das Buchgeld folglich erst über eine Verkörperung durch Urkunden in Form von Kontoauszügen zum Nachweis der Täterschaft herangezogen werden, die in der Hauptverhandlung gemäß § 249 Abs. 1 StPO zu verlesen sind. Elektronische oder ausgedruckte Kontoauszüge sind damit der Beschlagnahme nach § 94 StPO fähig. Für Buchgeld als solches gilt dies hingegen nicht.<sup>6</sup>

## 2. Vorläufige Sicherstellung durch Beschlagnahme und Vermögensarrest gemäß §§ 111b ff. StPO

Mit Gesetz vom 13. April 2017 hat der Gesetzgeber das Recht der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung neu geordnet.<sup>7</sup> Wie schon vor der Reform sind die diesbezüglichen Vorschriften teils im StGB, teils in der StPO untergebracht. Während die materiell-rechtliche Einziehung in ihren unterschiedlichen Erscheinungsformen in den §§ 73 ff. StGB geregelt ist, sind die darauf gerichteten (vorbereitenden) Sicherungsinstrumente in den §§ 111b ff. StPO verankert. Das Gesetz unterscheidet zwischen der Beschlagnahme in § 111b StPO und dem Vermögensarrest in § 111e StPO. Beide Maßnahmen können bereits im Ermittlungsverfahren sowohl im Zusammenhang mit der Einziehung von Taterträgen i.S.v. § 73 StGB als auch im Kontext der Einziehung von Tatprodukten, -mitteln und -objekten i.S.v. § 74 StGB angeordnet werden. Anders als bei § 94 StPO dient die vorläufige Sicherstellung hier also nicht der Beweisführung, sondern zur Sicherung einer späteren Vollstreckung in das Vermögen des Einziehungsadressaten, welche der Staat bei §§ 73 ff. StGB aus quasi-bereicherungsrechtlichen Erwägungen und bei §§ 74 ff. StGB mit einer spezial- oder generalpräventiven Zielsetzung betreibt. Gegenstand der Vollstreckung kann dabei unstrittig auch unkörperliches Buchgeld sein.<sup>8</sup> Abzugrenzen sind die Sicherungsinstrumente anhand einer prognostischen Entscheidung: Überwiegt die Wahrscheinlichkeit, dass der Staat später genau dasselbe Buchgeld einziehen wird, das der Täter so („im Original“) durch oder für eine bestimmte rechtswidrige Tat erlangt (§ 73 StGB) bzw. durch sie hervorgebracht oder für sie verwendet hat (§ 74 StGB), ist das Buchgeld vorläufig zu beschlagnehmen. Erscheint demgegenüber die Wertersatzeinziehung für wahrscheinlicher (§§ 73c,

<sup>3</sup> *BVerfG*, NJW 2009, 2431 (2433 f.); NJW 2005, 1917 (1920); zustimmend *BGH*, NSTZ 2010, 345 (346); *Greven*, in: KK-StPO, 8. Aufl. (2019), § 94 Rn. 4a; *Hauschild*, in: MüKo-StPO, Bd. 1, 2014, § 94 Rn. 95; *Köhler*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 63. Aufl. (2020), § 94 Rn. 16a; in der Literatur wird die Rechtsprechung inzwischen auch auf andere unkörperliche Gegenstände wie Social Media-Accounts und Cloud-Inhalte übertragen (vgl. nur *Köhler*, a.a.O., § 94 Rn. 16b).

<sup>4</sup> BGBl. I 2017, S. 879; das *BVerfG* argumentiert alternativ mit den im Jahr 1992 eingefügten §§ 98a ff. StPO sowie mit den Wertungen der §§ 97 Abs. 5 S. 1, 110 Abs. 1 StPO, vgl. *BVerfG*, NJW 2005, 1917 (1920).

<sup>5</sup> Darin mag der Unterschied zu den genannten E-Mails liegen: E-Mails können einen beweisrelevanten Inhalt haben und daher bereits als solche entsprechend der Rechtsprechung des *BVerfG* im

Wege des Urkundsbeweises in die Hauptverhandlung eingeführt werden (vgl. § 249 Abs. 1 S. 2 StPO).

<sup>6</sup> In die gleiche Richtung *Eschelbach*, in: SSW-StPO, 4. Aufl. (2020), § 94 Rn. 8 ff.; *Greven*, in: KK-StPO (Fn. 3), § 94 Rn. 3; *Park*, Durchsuchung und Beschlagnahme, 4. Aufl. (2018), Rn. 454; *Wohlers/Greco*, in: SK-StPO, Bd. 2, 5. Aufl. (2016), § 94 Rn. 24.

<sup>7</sup> Vgl. BGBl. I 2017, S. 872 ff.; zur neuen Rechtslage eingehend *Bittmann*, NZWiSt 2019, 445 ff.; *Köhler*, NSTZ 2017, 497 ff.; *Köhler/Burkhard*, NSTZ 2017, 665 ff.

<sup>8</sup> Vgl. nur *Fischer*, StGB, 67. Aufl. (2020), § 73 Rn. 20 f.; § 74 Rn. 5; für die strafprozessualen Sicherungsinstrumente ergibt sich dies bereits aus dem Wortlaut der §§ 111c, 111f StPO.

74c StGB), da die Einziehung des originalen Buchgeldes nicht (mehr) möglich sein wird, ist der Vermögensarrest zu wählen.<sup>9</sup>

#### a) Anwendbares Sicherungsinstrument

Die Einziehung von Buchgeld im Original ist grundsätzlich nur dort denkbar, wo das Geld – wie dies etwa bei einem Betrug im Online-Handel zu bejahen ist – originär mit einer rechtswidrigen Tat im Zusammenhang steht. In der Praxis kommt es allerdings nicht selten vor, dass ursprünglich Bargeld vorlag, welches der Täter erst in einem zweiten Schritt durch Einzahlung auf sein Konto in Buchgeld umgewandelt hat. In diesem Fall stellt das Buchgeld lediglich ein Surrogat des ursprünglich vorliegenden Bargeldes dar. Nach der oben genannten Abgrenzungsformel scheidet eine Einziehung nach den §§ 73, 74 StGB damit aus; bei dem Buchgeld handelt es sich nicht mehr um dasselbe Geld, was ein Vorgehen gemäß §§ 73, 74 StGB aber prinzipiell zur Voraussetzung hat. Ist das Buchgeld dabei als Tatertrag i.S.v. § 73 StGB anzusehen, weil der Täter es beispielsweise aus einem Betrug oder einem Betäubungsmittelgeschäft erlangt hat, greift indes die Erweiterung des § 73 Abs. 3 Nr. 1 StGB. Das Gericht kann danach auch die Einziehung solcher Gegenstände anordnen, die der Täter durch Veräußerung des Erlangten oder als Ersatz für dessen Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung erworben hat.<sup>10</sup> Surrogat-Buchgeld wird von § 73 StGB also erfasst. Als vorbereitendes Sicherungsinstrument entspricht dem die Beschlagnahme i.S.v. § 111b StPO.

Anders gestaltet sich die Situation dagegen, wenn der Täter das ursprüngliche Bargeld i.S.v. § 74 StGB aus der Tat hervorgebracht hat (Tatprodukt – man denke etwa an gefälschte Geldscheine), er es zu ihrer Begehung gebraucht hat (Tatmittel – der Täter nimmt mit dem Bargeld an einem verbotenen Glücksspiel teil), oder wenn sich die Straftat auf das Geld bezieht (Tatobjekt – z.B. verschleierte Geldmittel bei der Geldwäsche<sup>11</sup>). In Ermangelung einer dem § 73 Abs. 3 StGB entsprechenden Regelung in § 74 StGB ist die Einziehung von Surrogat-Buchgeld in dessen Anwendungsbereich nämlich nicht möglich. Das Gericht kann stattdessen gemäß § 74c StGB die Einziehung von Wertersatz anordnen. Das im Vorfeld anzuwendende Sicherungsinstrument ist der Vermögensarrest i.S.v. § 111e StPO.

Damit der Staat auf das unter den genannten Voraussetzungen grundsätzlich einziehungstaugliche Buchgeld

aber tatsächlich gemäß §§ 73, 74 StGB zugreifen kann, muss es auf dem Konto des Täters darüber hinaus noch als isolierte Vermögensmasse vorhanden sein. Nur unter dieser Bedingung wird dem in die Vorschriften hineinzulesenden Bestimmtheiterfordernis Genüge getan, nach dem der Einziehungsgegenstand einer bestimmten Tat zuzuordnen sein muss.<sup>12</sup> Praktisch setzt dies voraus, dass das Konto – was in der Praxis die Ausnahme darstellen dürfte – im Übrigen „leer“ ist und dies auch bis zur Beendigung der Vollstreckung so bleibt. Denn sobald es mit sonstigem Kontoguthaben zusammentrifft, geht es in diesem auf und macht eine Einziehung des in Rede stehenden originären oder Surrogat-Buchgeldes unmöglich.<sup>13</sup> Das Gericht ist in einem solchen Fall wiederum auf die Einziehung von Wertersatz gemäß §§ 73c, 74c StGB verwiesen. Im Ergebnis wird die vorläufige Sicherstellung von Buchgeld somit weit häufiger über einen Vermögensarrest gemäß § 111e StPO als über eine Beschlagnahme erfolgen.

#### b) Voraussetzungen und Vollziehung des Vermögensarrestes

Die Voraussetzungen für eine Anordnung nach § 111e Abs. 1 StPO lauten nach alledem wie folgt:

1. Mindestens gewisse Wahrscheinlichkeit dafür, dass die Voraussetzungen einer späteren gerichtlichen Wertersatzeinziehung gemäß §§ 73c, 74c StGB vorliegen,<sup>14</sup>
2. mindestens einfacher Tatverdacht i. S. v. § 152 Abs. 2 StPO einer rechtswidrigen bzw. vorsätzlichen Tat,
3. Vorliegen eines Sicherungsbedürfnisses („zur Sicherung der Vollstreckung“)<sup>15</sup> sowie
4. Verhältnismäßigkeit.

Die Anordnung des Vermögensarrestes steht dabei im Ermessen der zuständigen Stelle (vgl. § 111e Abs. 1 S. 1 StPO). Liegen dringende Gründe für die Annahmen nach den Nummern 1. und 2. vor, soll sie gemäß § 111e Abs. 1 S. 2 StPO sogar die Anordnung treffen. Zuständig ist gemäß § 111j Abs. 1 S. 1 StPO grundsätzlich das Gericht; bei Gefahr im Verzug kann die Anordnung aber auch durch die Staatsanwaltschaft ergehen (vgl. § 111j Abs. 1 S. 2 StPO). Anders als bei der Beschlagnahme (vgl. hierzu S. 3) sind die Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft, sprich die durch Rechtsverordnung zu solchen ernannten

<sup>9</sup> Nach *Bittmann*, NZWiSt 2019, 445 (452 f.), ist wegen des beim Vermögensarrest im Vergleich zur Beschlagnahme – für das Buchgeld freilich nicht relevanten (s. Teil II. 2. b) – engeren Kreises der anordnungsbefugten Organe im Zweifel der Vermögensarrest anzuordnen.

<sup>10</sup> Die Umwandlung von Bargeld in Buchgeld lässt sich begrifflich nicht recht unter die Varianten des § 73 Abs. 3 Nr. 1 StGB subsumieren, wird von der Norm aber jedenfalls wertungsgemäß erfasst; sieht das Gericht von der Surrogatseinziehung nach pflichtgemäßem Ermessen ab, ist stattdessen zwingend die Wertersatzeinziehung anzuordnen, vgl. *Eser/Schuster*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 73 Rn. 27.

<sup>11</sup> Zu diesen und weiteren Beispielen vgl. *Fischer*, StGB (Fn. 8), § 74 Rn. 9 ff.

<sup>12</sup> *Bittmann*, NZWiSt 2019, 445 (446).

<sup>13</sup> So auch *Bittmann*, NZWiSt 2019, 445 (446); *Köhler*, NSTZ 2017, 497 (504), dort Fn. 87.

<sup>14</sup> Es genügt insofern der Verdachtsgrad des § 152 Abs. 2 StPO, vgl. nur *OLG Hamburg*, NZWiSt 2019, 106 (107 f.); *OLG Stuttgart*, NJW 2017, 3731 (3732); *Köhler*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO (Fn. 3), § 111e Rn. 4; *Spillecke*, in: KK-StPO (Fn. 3), § 111e Rn. 2; § 111b Rn. 9; soweit oben von einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit die Rede war, bezog sich dies nur auf die Abgrenzung zwischen § 111b und § 111e StPO.

<sup>15</sup> Dies ist zu bejahen, wenn bestimmte Anhaltspunkte vermuten lassen, der Einziehungsadressat werde Vermögensverhältnisse verschleiern oder Vermögenswerte verstecken oder verschleudern, z.B. indem er sie Dritten unentgeltlich zuwendet oder mit ihnen in großem Umfang Konsumgüter o.Ä. erwirbt, vgl. nur *OLG Stuttgart*, NJW 2017, 3731 (3732); *Köhler*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO (Fn. 3), § 111e Rn. 6.

Polizeibeamten, dagegen aus dem Kreis der anordnungsbefugten Organe gänzlich ausgeschlossen. Dieser Unterschied kann Bedeutung vor allem für die Frage haben, ob eine fälschlicherweise verhängte Beschlagnahme nachträglich in einen Vermögensarrest umgedeutet werden kann. Nach *Bittmann* ist dies zumindest für den Fall zu verneinen, in dem eine Ermittlungsperson die Beschlagnahme angeordnet hat. Denn sie wäre zur Anordnung des Vermögensarrestes von vornherein *schlechthin unzuständig* gewesen.<sup>16</sup> Weil sich die Eilkompetenz der Ermittlungspersonen allerdings gemäß § 111j Abs. 1 S. 3 StPO auch bei der Beschlagnahme nur auf bewegliche Sachen erstreckt, ist der Unterschied für Buchgeld nicht relevant. Der Vermögensarrest wird gemäß § 111f Abs. 1 S. 1 StPO durch Pfändung der gegen das kontoführende Geldinstitut gerichteten Auszahlungsforderung vollzogen. Hinsichtlich des weiteren Verfahrens wird in § 111f Abs. 1 S. 2 StPO auf die Zivilprozessordnung verwiesen.

### III. Sicherstellung von Buchgeld nach dem nordrhein-westfälischen Polizeigesetz *de lege lata*

Auch im präventivpolizeilichen Handlungsfeld kann sich die Sicherstellung von Buchgeld bzw. von Forderungen allgemein als zweckdienliche Maßnahme zu einer „präventiven Gewinnabschöpfung“<sup>17</sup> erweisen – namentlich dann, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der fragliche Geldbetrag zur Vorbereitung bzw. Begehung einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit verwendet werden soll. Derartige Verdachtsmomente können sich aus dem Verhalten einer Person ergeben, etwa aus in der Vergangenheit begangenen Delikten. Regelmäßig reichen in solchen Fällen andere Maßnahmen wie das Aussprechen eines Verfügungsverbotes auf der Grundlage der Generalklausel (in Nordrhein-Westfalen: § 8 Abs. 1 PolG NRW) zur Verhinderung möglicher weiterer Straftaten nicht aus. Buchgeld kann aus präventiven Gesichtspunkten jedenfalls vorübergehend dem Wirtschaftskreislauf zu entziehen sein; in dieser zeitlichen Beschränkung liegt zugleich ein wesentlicher Unterschied zu den repressiven Sicherstellungsvarianten,<sup>18</sup> wobei auch diese durchaus von präventiven Erwägungen getragen sein können, indem die strafrechtliche Gewinnabschöpfung dem Täter (auch) Motivation und Mittel zu weiteren Straftaten nehmen soll. Im nordrhein-westfälischen Polizeigesetz findet sich keine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für die Sicherstellung von Forderungen bzw. von Buchgeld. Daher müsste nach geltendem Recht auf die Vorschrift zur Standardmaßnahme der Sicherstellung in § 43

PolG NRW zurückgegriffen werden; aufgrund der Spezialregelung in dieser Vorschrift erscheint ein Handeln auf Grundlage der Generalklausel nach § 8 Abs. 1 PolG NRW versperrt. Ob aber ein solcher Rückgriff auf die Sicherstellungsnorm bzw. deren analoge Anwendung möglich ist, wird – gewissermaßen parallel zur Diskussion zur repressiven Sicherstellung von Buchgeld – kontrovers diskutiert. Die Vorschrift erlaubt die Sicherstellung einer „Sache“, wobei der Sachbegriff demjenigen des § 90 BGB folgt und sämtliche körperlichen Gegenstände umfasst.<sup>19</sup> Bargeld ist ohne weiteres unter den Begriff der Sache zu subsumieren,<sup>20</sup> für Buchgeld ist dies zweifelhaft. Denn grundsätzlich gilt, dass Forderungen nicht zu den sicherstellungsfähigen Gegenständen gehören.<sup>21</sup> Doch ist von Teilen der Rechtsprechung anerkannt, dass ausnahmsweise Buchgeld, das aus durch strafprozessuale und vergleichbare Sicherstellung vereinnahmtem und zur weiteren Verwahrung auf ein Konto eingezahltem Bargeld entstanden ist, tauglicher Gegenstand einer sich anschließenden polizeirechtlichen Sicherstellung bleibt.<sup>22</sup> Es kann dabei nicht darauf ankommen, ob das Bargeld vom Adressaten selbst oder von der Behörde, die es etwa beschlagnahmt hat, auf ein Konto eingezahlt wurde. In beiden Fällen bedarf es einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage für den (weiteren) präventiven Zugriff. Eine analoge Anwendung der Vorschrift über die Sicherstellung erspart die andernfalls erforderliche „Rückumwandlung“ des Buchgeldes in Bargeld im Wege der Abhebung o.Ä.<sup>23</sup> Allerdings ist erforderlich, dass hinreichend konkrete Anhaltspunkte für das Vorliegen einer gegenwärtigen Gefahr (§ 43 Nr. 1 PolG NRW) vorliegen. Weder genügen bloße Vermutungen oder Spekulationen über die Verwendungsabsicht des Adressaten noch Unklarheiten hinsichtlich der Herkunft des Geldes.<sup>24</sup> Herangezogen werden können aber kriminalistische Erfahrungen und Hinweise auf kriminelle Einsatzabsichten, etwa Vorstrafen.<sup>25</sup>

Doch finden sich in der Rechtsprechung auch ablehnende Judikate.<sup>26</sup> Namentlich der *BayVGH* hat in einer Entscheidung aus dem Jahre 2016 die Sicherstellung einer schuldrechtlichen Forderung für nicht von Art. 25 PAG a.F., der die Sicherstellung geregelt hat, gedeckt gehalten, obwohl sie durch Einzahlung von zunächst strafprozessual beschlagnahmtem Bargeld entstanden ist. Nach der Wertung des Gesetzgebers seien von der Vorschrift erkennbar lediglich körperliche Gegenstände erfasst; hätte er einen von § 90 BGB abweichenden Sachbegriff implementieren wollen, sei dies durch eine entsprechende klarstellende Formulierung festzulegen gewesen. Damit lehnt der *Ge-*

<sup>16</sup> *Bittmann*, NZWiSt 2019, 445 (451); dieses Argument taucht entsprechend angepasst auch bei der Erörterung von Verstößen gegen den Richtervorbehalt in §§ 105 Abs. 1, 81a Abs. 2 S. 1 StPO auf, vgl. nur *Roxin*, Anm. zu *BGH*, Urt. v. 15.2.1989, NStZ 1989, 376 (379); kritisch hierzu *Disselkamp*, Der Richtervorbehalt bei der Blutprobenentnahme gemäß § 81a Abs. 2 StPO, 2019, S. 255 f.

<sup>17</sup> *Tegtmeyer/Vahle*, Polizeigesetz Nordrhein-Westfalen – PolG NRW, 12. Aufl. (2018), § 43 Rn. 8; kritisch zu dieser Möglichkeit *Graulich*, in: *Lisken/Denninger*, Handbuch des Polizeirechts, 6. Aufl. (2018), E Rn. 656 ff.

<sup>18</sup> Vgl. *VG Wiesbaden*, StV 2017, 667 f.

<sup>19</sup> Vgl. zum Begriff *Tegtmeyer/Vahle*, PolG NRW (Fn. 17), § 43 Rn. 4; *Tetsch/Baldarelli*, Polizeigesetz des Landes Nordrhein-Westfalen, 2012, § 43 Anm. 3: bewegliche Sachen, Immobilien, Tiere.

<sup>20</sup> Zur Sicherstellung von Bargeld vgl. etwa *OVG Bremen*, NJW 2016, 2901 ff.; *VG Braunschweig*, Urt. v. 7.9.2016 – 5 A 192/15.

<sup>21</sup> *VG Oldenburg*, Urt. v. 29.6.2010 – 7 A 1634/09, Rn. 107.

<sup>22</sup> *OVG Lüneburg*, NordÖR 2013, 269 ff.; *Rohde/Schäfer*, NdsVBl. 2010, 41 ff.; *Hunsicker*, Kriminalistik 2013, 396 ff.; *ders.*, Kriminalistik 2018, 670 ff.; *Veith*, DPoBl 2/2013, 5; a.A. *Söllner*, NJW 2009, 3339 ff.

<sup>23</sup> Zur Sicherstellung bereits in amtlicher Verwahrung befindlichen Bargelds *OVG Bremen*, StV 2015, 625 (626).

<sup>24</sup> *Tegtmeyer/Vahle*, PolG NRW (Fn. 17), § 43 Rn. 8.

<sup>25</sup> *Tegtmeyer/Vahle*, PolG NRW (Fn. 17), § 43 Rn. 8.

<sup>26</sup> Vgl. *BayVGH*, NVwZ-RR 2016, 779 ff.

*richtshof* unter Bestätigung des Grundsatzes, dass nicht-körperliche Gegenstände nicht sicherstellungsfähig sind, die von der anderslautenden Rechtsprechung angenommene Ausnahme ab. Dies hätte zur Folge, dass sichergestelltes Bargeld nach einer Einzahlung seine Eigenschaft als Sache verlöre, womit zugleich die wesentliche Voraussetzung für die Sicherstellung – die Sacheigenschaft – entfiel; Konsequenz wäre die Pflicht zur Rückgewähr bei im Regelfall fortbestehendem Sachgrund für die Sicherstellung.

Angesichts der widerstreitenden Judikate und ihrer Argumente ist auch im Hinblick auf § 43 PolG NRW nicht klar, ob die Vorschrift mit dem Begriff der „Sache“ (auch) Forderungen wie Buchgeld umfasst. Wengleich der Kreis der sicherstellungsfähigen Sachen traditionell weit gefasst wird,<sup>27</sup> stößt der Wortlaut doch bei unkörperlichen Gegenständen eindeutig an seine Grenzen. *De lege lata* ist also schlichtweg offen, ob Buchgeld und andere Vermögensrechte, zu denen z.B. Kryptowährungen zu rechnen wären,<sup>28</sup> der präventiven Sicherstellung unterliegen können.

#### IV. Sicherstellung von Buchgeld nach dem nordrhein-westfälischen Polizeigesetz *de lege ferenda*

Die aus der heterogenen Rechtsprechung resultierende Unsicherheit erscheint aus Praxissicht unbefriedigend. Selbst die „Notlösung“ über die analoge Anwendung der Sicherstellungsvorschriften schafft keine hinreichende Rechts- und Anwendungssicherheit. Auch wenn es nicht für jegliche denkbare polizeiliche Maßnahme eine gesonderte gesetzliche Ermächtigungsgrundlage geben muss, auch um Umfang und Detailgrad der Polizeigesetze nicht ausufern zu lassen und die Befugnisse „entwicklungsoffen“ zu halten, wäre eine Klarstellung durch den Gesetzgeber sachgerecht – bei § 43 PolG NRW etwa zumindest die explizite Einbeziehung von Forderungen in den Anwendungsbereich der Norm, gegebenenfalls unter Anpassung bzw. Konkretisierung der tatbestandlichen Voraussetzungen.

##### 1. Rechtsgrundlagen in anderen Bundesländern

Baden-Württemberg, Bayern, Brandenburg und Hessen haben die Regelungslücke im geltenden Recht erkannt und inzwischen eigenständige Rechtsgrundlagen für die Sicherstellung von Forderungen und anderen Vermögensrechten in ihren Polizeigesetzen geschaffen.<sup>29</sup> Konkret fügten sie der Sicherstellungsnorm jeweils einen neuen Absatz bei (§ 33 Abs. 2 PolG BW, Art. 25 Abs. 2 BayPAG, § 25 Abs. 2 PolG Bbg, § 40 Abs. 2 HSO), in dem hinsichtlich der Voraussetzungen in unterschiedlichem Umfang auf die Sicherstellung von Sachen nach

dem jeweiligen Absatz 1 verwiesen wird. Am umfassendsten fällt der Verweis dabei im bayerischen Polizeigesetz aus: Gemäß Art. 25 Abs. 2 BayPAG kann die Polizei Buchgeld unter sämtlichen Voraussetzungen des Absatzes 1 sicherstellen, d.h. zur Abwehr einer gegenwärtigen bzw. drohenden Gefahr (Nr. 1), zum Schutze des Eigentümers oder des rechtmäßigen Inhabers der tatsächlichen Gewalt (Nr. 2) sowie wenn die Person, die es mitführt, die Forderung beispielsweise verwenden kann (Nr. 3), um sich oder anderen die Flucht zu ermöglichen oder zu erleichtern (so Ziff. d). Demgegenüber ist die Sicherstellung von Forderungen in Baden-Württemberg gemäß § 33 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 33 Abs. 1 Nr. 3 PolG BW – insoweit wohl am eingeschränktesten – nur zum Schutze eines Einzelnen oder des Gemeinwesens vor der Gefahr einer Straftat von erheblicher Bedeutung nach § 22 Abs. 5 Nr. 1 und Nr. 2 PolG BW<sup>30</sup> zulässig. In beiden Landesgesetzen sind zudem bestimmte Höchstfristen für die Dauer der Maßnahme normiert.<sup>31</sup> Etwaige Verlängerungen erfordern aus Gründen der Verhältnismäßigkeit stets die Zustimmung des Gerichts (vgl. Art. 28 Abs. 3 S. 2 BayPAG, § 33 Abs. 5 S. 2 PolG BW).

##### 2. Vorschlag im geplanten Musterpolizeigesetz

Im Rahmen des derzeit in der Erstellung befindlichen Musterpolizeigesetzes, das in der Tradition des „Musterentwurfs eines einheitlichen Polizeigesetzes“ (MEPolG) aus dem Jahr 1977 eine „Blaupause“ für die Gesetzgeber in Bund und Ländern bereitstellen soll, war nach einer ersten Entwurfsfassung die Schaffung einer eigenen Vorschrift vorgesehen, die jedoch unmittelbar auf die Bestimmung zur Sicherstellung verwies. Der Normvorschlag hatte die folgende Formulierung:

*„Die Polizei kann im Fall von (Vorschrift zur Sicherstellung) auch eine Forderung oder ein anderes Vermögensrecht vorübergehend sicherstellen. Die Vorschriften der Zivilprozessordnung über die Zwangsvollstreckung in Forderungen und Vermögensrechte sowie die Bestimmungen dieses Gesetzes über die Verwahrung und Herausgabe sichergestellter Sachen oder des Erlöses gelten entsprechend.“*

Diskutiert wurde, ob der erste Satz abweichend wie folgt gefasst werden sollte:

*„Die Polizei kann auch eine Forderung oder ein anderes Vermögensrecht vorübergehend sicherstellen, wenn*

*1. die Verwertung der Forderung oder des anderen Vermögensrechts eine gegenwärtige Gefahr begründet und*

<sup>27</sup> Vgl. *Graulich*, in: Litsken/Denninger (Fn. 17), E Rn. 641 ff.; *Tegtmeyer/Vahle*, PolG NRW (Fn. 17), § 43 Rn. 7 ff.; *Thiel*, Polizei- und Ordnungsrecht, 4. Aufl. (2020), § 10 Rn. 181 ff.

<sup>28</sup> Vgl. zur Rechtsnatur der Kryptowährungen *Kreikemeyer*, Kriminallistik 2018, 627.

<sup>29</sup> In Bayern, Brandenburg und Hessen geschah dies ausdrücklich als Reaktion auf die divergierende Rechtsprechung, vgl. z. B. für Hessen LT-Drs. 19/6053, S. 25; in Baden-Württemberg existiert die Regelung dagegen schon seit 2008 (s. BWGBl. 2008, S. 397 f.).

<sup>30</sup> Gemäß § 22 Abs. 5 Nr. 1 und Nr. 2 PolG BW sind dies Verbrechen sowie ausgewählte Vergehen, die im Einzelfall nach Art und Schwere geeignet sind, den Rechtsfrieden besonders zu stören.

<sup>31</sup> § 33 Abs. 5 S. 1 PolG BW: ausnahmslos max. zwei Jahre; Art. 28 Abs. 3 S. 1 BayPAG: grundsätzlich max. ein Jahr, jedoch mit unbeschränkter Verlängerungsmöglichkeit nach S. 2; im hessischen und brandenburgischen Landesgesetz sind solche Höchstfristen dagegen nicht enthalten.

2. während eines laufenden Ermittlungsverfahrens die Voraussetzungen der strafrechtlichen Gewinnabschöpfung nicht vorliegen. (...)“

### 3. Bewertung und eigener Vorschlag

Nach den vorstehenden Ausführungen zur präventiven Sicherstellung von Buchgeld erscheint es unerlässlich, dass der Gesetzgeber eine klarstellende normative Regelung trifft. Dies wird auch nicht durch eine generelle „Sperrwirkung“ der strafprozessrechtlichen Bestimmungen zur Sicherstellung von Buchgeld ausgeschlossen;<sup>32</sup> selbstverständlich kann der Landesgesetzgeber zur Straftatenverhütung eigenständige landesrechtliche Ermächtigungsgrundlagen schaffen – ein mögliches „Nebeneinander“ von Strafverfolgungs- und Gefahrenabwehrmaßnahmen und -normen ist durchweg anerkannt. Der Vorschlag des Entwurfs des Musterpolizeigesetzes erscheint dabei als ein auch für das nordrhein-westfälische Polizeigesetz gangbarer Weg. Er verdeutlicht, dass sich die Sicherstellung auch auf Forderungen und andere Vermögensrechte erstrecken kann – und zwar unabhängig davon, ob sich der fragliche Betrag bereits auf einem behördlichen Konto befindet und eine „Zweckänderung“ hinsichtlich des fortgesetzten Zugriffs stattfinden soll (etwa bei einem Wechsel von einer bisher repressiven zu einer präventiven Maßnahme), oder ob das Geld auf einem Konto des Betroffenen liegt. Das Adjektiv „vorübergehend“ betont den Unterschied zur repressiven Vermögensabschöpfung. Zudem kann damit dem gelegentlich erhobenen Einwand begegnet werden, ein dauerhafter präventiver Vermögensentzug sei unzulässig; der Polizei sei es letztlich nur gestattet, das („rückgetauschte“) Bargeld zu vernichten.<sup>33</sup> Nr. 1 der Alternativfassung stellt die Voraussetzungen „passgenau“ heraus, Nr. 2 trägt der in der Rechtsprechung vorzufindenden Ansicht Rechnung, eine präventivpolizeiliche Gewinnabschöpfung sei jedenfalls während eines laufenden strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens neben einer repressiven Gewinnabschöpfung unzulässig.<sup>34</sup> Die Schaffung einer eigenständigen Norm ist schließlich auch gegenüber einer bloßen Erweiterung der Vorschrift zur Sicherstellung normsystematisch jedenfalls „übersichtlicher“.

Zu erwägen ist allerdings eine „Fokussierung“ und Erweiterung der tatbestandlichen Varianten. Aufgrund der normativen „Loslösung“ von § 43 PolG NRW ist eine Anknüpfung an eine gegenwärtige Gefahr nicht erforderlich; sachgerechter ist eine Anbindung an tatsächliche Anhaltspunkte für die Begehung einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit. Dies behebt zugleich das Problem, dass das Vorliegen einer (für die Sicherstellung nach § 43 Nr. 1 PolG NRW geforderten) „gegenwärtigen“ Gefahr, also einer solchen, bei der der Eintritt des Schadens bereits erfolgt ist oder zeitlich unmittelbar bevorsteht,<sup>35</sup> bei der Sicherstellung von Buchgeld im Einzelfall nur schwerlich

zu begründen sein kann.<sup>36</sup> Eine zeitlich begrenzte präventive Vermögensabschöpfung kann darüber hinaus nicht nur dazu dienen, den Betroffenen von einer Verwendung für (weitere) Straftaten abzuhalten. Denkbar ist sie auch, um eine Auszahlung an diesen deshalb zu verhindern, weil die Herkunft des ursprünglichen Bargeldes noch unklar ist, und es später an den ermittelten rechtmäßigen Eigentümer zu geben. Zwar ist der Betroffene Inhaber der sichergestellten Forderung, sobald das Buchgeld auf seinem Konto eingegangen ist; dieses steht aber dem ursprünglichen Eigentümer zu. Darüber hinaus erscheint es sinnvoll, eine von § 44 Abs. 1 PolG NRW abweichende, konkretere Vorgabe hinsichtlich der Verwahrung zu normieren. Zur Klarstellung sollte schließlich auf die Vorschriften des § 44 Abs. 2 – 4 PolG NRW und des § 46 PolG NRW verwiesen werden.

Anders als bei der repressiven Vermögensabschöpfung erscheint die Normierung eines Richtervorbehalts nicht erforderlich,<sup>37</sup> da anders als dort eine dauerhafte Entziehung des Buchgelds nicht beabsichtigt ist.

Damit ergibt sich der folgende Formulierungsvorschlag:

„(1) Die Polizei kann auch eine Forderung oder ein anderes Vermögensrecht vorübergehend sicherstellen,

1. wenn tatsächliche Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Forderung oder das andere Vermögensrecht zur Begehung einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit gebraucht oder verwertet werden soll, oder

2. um den vorherigen Eigentümer oder den vorherigen rechtmäßigen Inhaber der Forderung oder des Vermögensrechts vor deren bzw. dessen Verlust zu schützen.

Die Vorschriften der Zivilprozessordnung über die Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte sind sinngemäß anzuwenden.

(2) Die sichergestellte Forderung bzw. das sichergestellte andere Vermögensrecht ist auf ein Verwahrkonto zu überführen. § 44 Absätze 2 bis 4 und § 46 Absatz 1 gelten sinngemäß.“

## V. Fazit

Die Sicherstellung von Buchgeld ist im Bereich der Strafverfolgung eine bewährte Maßnahme, einem Täter Motivation und Mittel für die Begehung weiterer Straftaten zu entziehen. Rechtsgrundlage ist dabei nicht § 94 Abs. 1 StPO, sondern – je nach Konstellation – die Beschlagnahme nach § 111b StPO bzw. der Vermögensarrest nach § 111e StPO. Doch auch im Handlungsfeld der Gefahrenabwehr kann die Sicherstellung von Forderungen, na-

<sup>32</sup> So aber wohl *Graulich*, in: Lisken/Denninger (Fn. 17), E Rn. 660.

<sup>33</sup> Vgl. *Graulich*, a.a.O.

<sup>34</sup> Vgl. *VG Wiesbaden*, StV 2017, 667 f.

<sup>35</sup> Zum Begriff *Thiel*, Polizei- und Ordnungsrecht (Fn. 27), § 8 Rn. 67 m.w.N.

<sup>36</sup> Zutreffend zu diesen Schwierigkeiten *Graulich*, in: Lisken/Denninger (Fn. 17), E Rn. 660.

<sup>37</sup> *Graulich*, a.a.O., E Rn. 661, hält gewinnabschöpfende Maßnahmen auf der Grundlage präventivpolizeilicher Sicherstellungsvorschriften wegen des strafgesetzlichen Richtervorbehalts für generell unzulässig.

mentlich von Buchgeld, ein probates Mittel zur Verhinderung konkreten (weiteren) delinquenten Verhaltens sein. In einigen Polizeigesetzen der Länder finden sich explizite entsprechende Ermächtigungsgrundlagen, meist als „Zusatz“ zur Vorschrift über die Sicherstellung von Sachen. Das gesetzgeberische Tätigwerden beruht auf einer heterogenen Rechtsprechung, die zum Teil die Bestimmungen zur Sicherstellung von Sachen (analog) auf Buchgeld anwenden möchte, zum Teil ein solches Vorgehen kategorisch ablehnt. Auch in Nordrhein-Westfalen erscheint die entsprechende Anwendung der Ermächtigungsnorm für die Sicherstellung in § 43 PolG NRW auf

Buchgeld zweifelhaft, so dass ausdrücklich die Schaffung einer eigenständigen Regelung befürwortet wird, um den Polizeibehörden unter Herstellung von Rechts- und Handlungssicherheit ein ersichtlich benötigtes Instrument an die Hand zu geben und den polizeilichen „Werkzeugkasten“ insoweit zu komplettieren. Selbst wenn der präventiven Sicherstellung von Buchgeld aufgrund der häufig ebenfalls möglichen strafprozessualen „Entziehung“ kein sehr großer Anwendungsbereich mehr verbleiben mag, sollte der Gesetzgeber zumindest die Möglichkeit solcher Maßnahmen eröffnen.

## Werkstattbericht zur Europäischen Ermittlungsanordnung aus dem Projekt EIO-LAPD

von Dipl.-Jur. Luca Alexander Petersen\*

### Abstract

*Die Europäische Ermittlungsanordnung ist im Gesamtbild als Fortschritt zu werten. In der Umsetzung der RI. EEA in den §§ 91a ff. IRG kommt jedoch die Skepsis des Gesetzgebers gegenüber dem Anerkennungsprinzip deutlich zum Ausdruck. Dadurch wurden bestehende Kritikpunkte an der Richtlinie auf nationaler Ebene übernommen und teilweise noch verstärkt. Dies zeigt sich nicht zuletzt an der Diskussion über einen umfassenden Ablehnungsgrund gem. § 91f Abs. 1 Nr. 2 IRG. Dass sich daraus resultierende Probleme auch auf die Strafverfolgungspraxis auswirken, zeigen die jüngsten Erkenntnisse aus dem Projekt EIO-LAPD.*

*Overall, the European Investigation Order can be seen as a step forward. In the implementation of the EIO Directive in sections 91a ff. IRG (Act on International Mutual Assistance in Criminal Matters), however, the legislator's scepticism towards the principle of recognition is clearly expressed. As a result, existing criticisms regarding the Directive have been adopted at national level and in some cases even strengthened. This can be seen not least in the discussion about a comprehensive ground for refusal in section 91f (2) no. 2 IRG. The latest findings of the EIO-LAPD project show that the problems resulting from the implementation in the IRG also have an impact on practical questions of investigation, charging and prosecution.*

### I. Einleitung

Schon beinahe revolutionär galt manchen die Richtlinie 2014/41/EU über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen<sup>1</sup> (im Folgenden EEA)<sup>2</sup>, als man sich nach langjährigen Verhandlungen über die sogenannte *belgische Initiative* endlich auf einen Kompromiss einigen konnte.<sup>3</sup> Denn nunmehr würde die Beweisrechtshilfe tatsächlich auf breiter Front auf das Anerkennungsprinzip umgestellt. Berichte aus der Praxis scheinen die hiesige Bewertung, dass die Richtlinie durchaus einen Fortschritt

darstellt, zu bestätigen. Dennoch muss die überschwängliche Begeisterung teilweise gebremst werden, wenn man die ersten – in ihrer Repräsentativität zugegebenermaßen noch steigerungsbedürftigen – Erkenntnisse aus der deutschen Strafverfolgungspraxis betrachtet, die aus dem laufenden *Projekt EIO-LAPD* stammen.<sup>4</sup> So dürfte zwar das wesentliche Anliegen, mittels eines einheitlichen, formularbasierten und an Fristen gebundenen Rechtshilfeinstruments eine Beschleunigung und Effizienzsteigerung herbeizuführen<sup>5</sup>, in der Tendenz erreicht werden. Insoweit scheint dem Umstand, dass die Rechtshilfe auf europäischer Ebene zu langwierig und ineffizient ist bzw. so empfunden wird, durchaus entgegengewirkt zu werden.<sup>6</sup> Auf der anderen Seite trifft ein einheitliches Rechtshilfeinstrument, dem das Prinzip gegenseitiger Anerkennung zugrunde liegt, auf 25 verschiedene nationale Straf- bzw. Strafprozessrechtssysteme, die von einer Harmonisierung noch weit entfernt sind.<sup>7</sup> Es kann nicht überraschen, dass mit der angesprochenen bzw. angestrebten Effizienzsteigerung infolge der Einführung von Formularen und Fristen gleichermaßen bereits im Vorfeld erwartete Probleme einhergehen<sup>8</sup>, die nun in der Praxis ebenfalls sichtbar werden. Die Gründe erscheinen vielschichtig zu sein. Im Falle von Übersetzungs- oder Übermittlungsschwierigkeiten mögen diese noch auf *tatsächliche*, außerhalb der Richtlinienumsetzung liegende, Gegebenheiten zurückzuführen sein. Was dagegen die gewissermaßen rein-rechtliche Seite anbelangt, scheint die gerade mit Blick auf die deutsche Praxis bedeutsame Frage, inwieweit im Anwendungsbereich der EEA Raum für ein Erfordernis beiderseitiger Strafbarkeit bzw. einen entsprechenden umfassenden Ablehnungsgrund besteht (vgl. schon hier Art. 10 Abs. 1, 5 RI. EEA), in der komplizierten Entstehungsgeschichte der Richtlinie zu wurzeln.<sup>9</sup> Die nationale Umsetzung in den §§ 91a ff. IRG kann dann im Gesamtbild als durch eine erhebliche Skepsis gegenüber dem Anerkennungsprinzip geprägt bewertet (bzw. kritisiert) werden. Es

\* Der Verfasser ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos, am Institut für Kriminalwissenschaften in der Abteilung für ausländisches und internationales Strafrecht an der Georg-August-Universität Göttingen.

<sup>1</sup> ABl. L 130 vom 1.5.2014, S. 1, L 143 vom 9.6.2015, S. 16.

<sup>2</sup> Espina Ramos, eucrim 2019, 53.

<sup>3</sup> Ausführlich zu den Verhandlungen Leonhardt, Die Europäische Ermittlungsanordnung, 2017, S. 211 ff.

<sup>4</sup> Diese Forschungen finden im Rahmen des Projekts „Die Europäische Ermittlungsanordnung – Rechtliche Analyse und praktische Dilemmata internationaler Kooperation“ – EIO-LAPD (<https://eio-lapd.eu/de/home/>) in Form von schriftlichen Experteninterviews statt. Aus den Antworten wird im Weiteren exemplarisch zitiert. Wiedergegebene Passagen sollen die jeweils vorherrschende bzw. sich abzeichnende Tendenz anschaulich machen. Die Antworten werden dabei durch die Benennung mit einem Großbuchstaben einzelnen Auskunftspersonen zugeordnet.

<sup>5</sup> Ambos, Internationales Strafrecht, 5. Aufl. (2018), § 12 Rn. 88; Satzger, Internationales Strafrecht, 9. Aufl. (2020), § 10 Rn. 53.

<sup>6</sup> Vgl. dazu schon Rackow, KriPoZ 2017, 79 (79).

<sup>7</sup> Vgl. Wörner, in: Ambos/König/Rackow, IRG, 2. Aufl. (2020), Vor §§ 91 ff. Rn. 510, 514.

<sup>8</sup> Böse, ZIS 2014, 152.

<sup>9</sup> Zimmermann, in: Schomburg/Lagodny, Internationale Rechtshilfe, 6. Aufl. (2020), § 91f IRG Rn. 16 ff.

stellt sich nämlich die Frage, inwiefern das Ziel der Umsetzung des auf *gegenseitigem Vertrauen* basierenden Prinzips *gegenseitiger Anerkennung* durch eine doch recht skeptische und dabei zudem komplizierte Umsetzungsgesetzgebung erreicht werden kann, bzw. inwiefern – namentlich im Zusammenhang mit den bereits angerissene Fällen fehlender beiderseitiger Strafbarkeit – Anpassungen durch richtlinienkonforme Auslegung in der Praxis geboten scheinen.<sup>10</sup> Die Zurückhaltung des deutschen Gesetzgebers kommt schon darin zum Ausdruck, dass er dem „traditionellen System“ des IRG mit der charakteristischen Unterscheidung zwischen der Zulässigkeits- und der Bewilligungsentscheidung treu geblieben ist, was nicht nur terminologische Unterschiede zum Sprachgebrauch der Richtlinie erzeugt hat, sondern letztlich eine Art "Zweiteilung des Anerkennungsprinzips" bedeutet.<sup>11</sup> Auch ist versäumt worden, aus Anlass der Umsetzung der Richtlinie das bekanntermaßen als defizitär zu bezeichnende Rechtsschutzsystem des IRG zu reformieren.

## II. Einzelaspekte

Die Umsetzung der RI.-EEA erfolgte in Abschnitt 2 des zehnten Teils des IRG in den §§ 91a ff. IRG. Der Vorschrift über den Anwendungsbereich (§ 91a IRG) nachfolgend, lässt sich der neugeschaffene Abschnitt in die §§ 91b-i IRG über *eingehende Ersuchen* und die Einzelsvorschrift des § 91j IRG über *ausgehende Ersuchen* einteilen. Ferner kann innerhalb des erstgenannten Bereichs, wie erwähnt, zwischen Vorschriften betreffend die Zulässigkeit (§§ 91b-d IRG) einerseits und die Bewilligung andererseits (§ 91e IRG) differenziert werden. Diesen Normen nachfolgend sind die besonderen Vorschriften für den Rückgriff auf alternative bzw. weniger eingriffsintensive Maßnahmen sowie das Fristenregime geregelt (§§ 91f und g IRG).

### 1. Anwendungsbereich (§ 91a IRG)

Anwendung findet die EEA nach Berichten aus der Praxis vorrangig im Ermittlungsverfahren. Daneben ist sie aber auch im Hauptverfahren anwendbar.<sup>12</sup> Exemplarisch sei hier ein Bericht aus dem staatsanwaltschaftlichen Bereich wiedergegeben:<sup>13</sup>

*„Ich setze die EEA vorrangig im Ermittlungsverfahren ein, nur sehr selten, wenn bereits Anklage erhoben worden ist. In der Regel wird versucht, entsprechende Ermittlungsschritte bereits vor der Anklageerhebung einzuleiten. In der Vollstreckungsphase nach einem Urteil habe ich bislang keine EEA gefertigt. Hier findet die internationale Rechtshilfe vorrangig im Rahmen der Vollstreckungshilfe statt.“*

Was den Aspekt des Anwendungsbereichs der EEA angeht, können sich Überschneidungen mit dem Rahmenbeschluss 2006/960/JI ergeben, jedoch bietet dieses vorrangig polizeilich genutzte Instrument keine Möglichkeiten der *Datenerhebung*, sondern dient vielmehr nur der Umsetzung des *Grundsatzes der Verfügbarkeit* von Informationen, die bereits vorliegen.<sup>14</sup> Aus Sicht der Praxis:

*„Hierbei handelt es sich um ein polizeiliches Instrument, das allein auf den Informationsaustausch gerichtet ist. Dieses wird von der Polizei auch angewandt, in der Regel, um anhand der erlangten Informationen weitere Ermittlungsschritte erkennen und planen zu können. Für Ermittlungsschritte, die über die Erlangung entsprechender Daten hinaus gehen, bleibt allein die EEA.“<sup>15</sup>*

§ 91a Abs. 1 IRG bestimmt, dass die nachfolgenden Vorschriften des Abschnitt 2 grundsätzlich umfassend im Bereich der sonstigen Rechtshilfe betreffend die EU-Mitgliedstaaten nach Maßgabe der RI. EEA Anwendung findet. Allerdings nehmen dann die Abs. 2 und 3 bestimmte Konstellationen, etwa die Bildung von gemeinsamen Ermittlungsgruppen, hiervon aus.<sup>16</sup> Insbesondere die erneute Klarstellung der subsidiären Anwendung der allgemeinen Regeln in § 91a Abs. 4 Nr. 1 IRG, die sich an sich bereits aus § 91 Abs. 1 IRG ergibt, verdeutlicht, dass die RI.-EEA in die bestehenden Vorschriften bzw. Strukturen der traditionellen Rechtshilfe eingepflegt wurde.<sup>17</sup> § 91a Abs. 4 Nr. 2 IRG kommt insbes. im Hinblick auf die nicht partizipierenden EU-Mitgliedsstaaten Irland und Dänemark, sowie für aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie fallenden Maßnahmen eigenständige Relevanz zu.<sup>18</sup> Hält man sich das ursprüngliche Ziel, die europäische Beweisrechtshilfe *konsequent* am Prinzip gegenseitiger Anerkennung auszugestalten, vor Augen, so lässt sich bereits angesichts der subsidiären Anwendbarkeit der allgemeinen Regeln und mehr noch angesichts des Festhaltens des deutschen Gesetzgebers an der herkömmlichen Unterscheidung zwischen Zulässigkeits- und Bewilligungsentscheidung erahnen, dass sich die deutsche Umsetzungsgesetzgebung erheblich von der ursprünglichen Initiative unterscheidet.<sup>19</sup> Der Umsetzung wohnt zweifelsfrei erkennbar eine grundsätzliche Skepsis des deutschen Gesetzgebers inne, das Anerkennungsprinzip innerhalb der sonstigen Rechtshilfe inhaltlich-konsequent zu implementieren.<sup>20</sup> Andererseits muss man aber auch sehen, dass einer unmittelbaren Umsetzung gegenseitiger Anerkennung in diesem Bereich rechtsstaatliche Bedenken entgegenstehen<sup>21</sup> und daher auch neben den in der EEA vorgesehenen Einschränkungen des Prinzips in jedem Mit-

<sup>10</sup> Vgl. Böhm, NJW 2017, 1512 (1512 f.).

<sup>11</sup> Trautmann, in: Schomburg/Lagodny, Internationale Rechtshilfe, Vor § 91a IRG, Rn. 4; sehr kritisch Wörner, in: Ambos/König/Rackow, IRG, § 91b Rn. 550.

<sup>12</sup> Trautmann, in: Schomburg/Lagodny, Internationale Rechtshilfe, § 91a IRG Rn. 2.

<sup>13</sup> Auskunft A.

<sup>14</sup> Esser, in: Böse (Hrsg.) EuStR mit pol. Zusammenarbeit, 2013, § 19 Rn. 47.

<sup>15</sup> Antwort A.

<sup>16</sup> Trautmann, in: Schomburg/Lagodny, Internationale Rechtshilfe, § 91a IRG Rn. 3 ff.

<sup>17</sup> A.a.O., Rn. 9.

<sup>18</sup> A.a.O., Rn. 10 ff.

<sup>19</sup> Rackow, KriPoZ 2017, 79 (79).

<sup>20</sup> Trautmann, in: Schomburg/Lagodny, Internationale Rechtshilfe, Vor §§ 91a IRG Rn. 4.

<sup>21</sup> Schünemann, StV 2016, 178 (182)

gliedsstaat eine Balance zwischen dem Schutz der Verteidigungsrechte und dem Anliegen effizienter Rechtshilfe gefunden werden muss<sup>22</sup>.

## 2. Eingehende Ersuchen (§§ 91b-i IRG)

### a) Zulässigkeitsvoraussetzungen (§ 91b IRG)

§ 91b IRG enthält die Zulässigkeitsvoraussetzungen, die bei eingehenden EEA zu beachten sind. Umgesetzt wird aber nur ein Teil der Versagungsgründe aus Art. 11 Abs. 1 IRG auf der Ebene der Zulässigkeit, während sich die restlichen Gründe bemerkenswerterweise in den *Bewilligungshindernissen* des § 91e IRG wiederfinden.<sup>23</sup> Neben den zwingenden Zulässigkeitsvoraussetzungen (Abs. 1) und der Zulässigkeitserweiterung für Ersuchen in Steuer-, Abgaben-, Zoll- und Währungsangelegenheiten (Abs. 2), enthält § 91b IRG in Abs. 3 zum ersten Mal einen ausdrücklichen (europäischen) *ordre-public*-Vorbehalt. Hierin ist eine wesentliche Stärkung der Beschuldigtenrechte zu sehen.<sup>24</sup> Im Falle der Unzulässigkeit enthält § 91b Abs. 5 IRG eine Mitteilungspflicht gegenüber der zuständigen Stelle des ersuchenden Staates, die unverzüglich und in einer Form, die einen schriftlichen Nachweis ermöglicht, erfolgen muss.

### b) Ergänzende Zulässigkeitsvoraussetzungen (§ 91c IRG)

Die ergänzenden Zulässigkeitshindernisse aus § 91c IRG setzen die besonderen Zurückweisungsgründe aus den Art. 21 ff. RI.-EEA um.<sup>25</sup> Wie die Formulierung „ergänzende“ bereits andeutet, stehen die zusätzlichen besonderen Zurückweisungsgründe dabei gleichrangig neben den allgemeinen.<sup>26</sup> Ihre Notwendigkeit folgt aus der Eingriffsintensität der Maßnahmen. Kritik an einer möglicherweise nicht richtlinienkonformen Umsetzung, bzw. einer aus Sicht der Praxis unbefriedigenden Lösung, wird hinsichtlich des umfassenden Zustimmungserfordernis bei der audiovisuellen Vernehmung berichtet.<sup>27</sup> Im Rahmen der Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen habe es eines solchen Erfordernisses nicht zwangsläufig bedurft.<sup>28</sup> Andererseits wird argumentiert, dass eine entsprechende Regelung mit Blick auf die systematische Stellung der EEA-Vorschriften im IRG zumindest konsequent erscheine und, mit Blick auf die deutlich erhöhte Legitimation, insofern auch nicht der Möglichkeit der zwangsweisen Durchsetzung einer richterlich oder staatsanwaltlich angeordneten Vernehmung widerspreche. Insofern wird man jedenfalls sehen müssen, dass durch die RI.-EEA keine Rechtsvereinheitlichung sämtlicher Verfahrensvorschriften angestrebt wurde.<sup>29</sup> Eine Ablehnung

aufgrund eines ergänzenden Zulässigkeitshindernisses erfolgt wiederum nach Maßgabe des § 91b Abs. 5 IRG in § 91c Abs. 4 IRG. Ins Bild dürfte dabei auch gehören, dass sich die Frage der audiovisuellen Vernehmung bisweilen bereits aufgrund unzureichender technischer Ausstattung nicht stellt:<sup>30</sup>

„Es besteht keine Erfahrung, Videokonferenz wurde bisher nicht eingesetzt. Bei der Staatsanwaltschaft besteht keine entsprechende technische Ausstattung.“

### c) Unterlagen (§ 91d IRG)

Des Weiteren stellt auch die unvollständige oder unrichtige Verwendung des EEA-Formulars ein Zulässigkeitshindernis dar. Durch die in § 91d Abs. 3 IRG vorgesehene Verpflichtung zur Unterrichtung der zuständigen Stelle des ersuchenden Mitgliedsstaates, wird dieses Hindernis jedoch relativiert.<sup>31</sup> Die aufgekommene Kritik, das Formular werde vielfach nicht oder nicht richtig genutzt<sup>32</sup>, kann nach bisherigem Rückmeldestand aus hiesiger Sicht (für eingehende Ersuchen) nicht bestätigt werden.<sup>33</sup>

In der Praxis spürbar scheinen in diesem Zusammenhang jedoch, wie erwartet<sup>34</sup>, sprachliche Probleme zu sein. So komme es vor, dass Sachverhalte durch die Ausstellungsbehörden derart fehlerhaft übersetzt sind, dass sich aus ihnen nur schwer die dem Ersuchen zugrundeliegende begangene Straftat ermitteln lässt. Dass diese Übersetzungsschwierigkeiten auf Vollstreckungsseite das Ziel einer effektiven Durchführung behindern, versteht sich von selbst. *Wörner* berichtet davon, dass die Formblätter daher teilweise – zusätzlich zur Übersetzung – auch in der Originalsprache übermittelt werden.<sup>35</sup> In Zeiten immer besser funktionierender maschineller Übersetzer mag diese Vorgehensweise viele kleinere Unstimmigkeiten in der Tat bereinigen können, auch wenn es das grundsätzliche Problem (noch) nicht lösen kann.

### d) Bewilligungshindernisse (§ 91e IRG)

§ 91e IRG enthält abschließende allgemeine (Abs. 1 Nr. 1-3) und besondere (Abs. 1 Nr. 4-5) Bewilligungshindernisse sowie die Möglichkeit des Bewilligungsaufschubs (Abs. 2). Anders als im Rahmen der zwingenden Zulässigkeitshindernisse, entscheidet die zuständige Behörde hierbei nach pflichtgemäßem Ermessen.<sup>36</sup> Die allgemeinen Bewilligungshindernisse tragen „wesentlichen Sicherheitsinteressen“, dem *ne-bis-in-idem*-Grundsatz und dem Territorialitätsprinzip Rechnung.<sup>37</sup> Berechtigte Kritik besteht hier am Formblatt, das zumindest hinsichtlich des Doppelbestrafungsverbots keine entsprechenden

<sup>22</sup> *Mosna*, ZStW 2019, 808 (815); zum „allenfalls erstrebenswerten“ einheitlichen Schutzniveau innerhalb der EU s. *Penkuhn*, Der ordre-public-Vorbehalt, 2020, S. 42.

<sup>23</sup> *Wörner*, in: Ambos/König/Rackow, IRG, 2020, § 91b Rn. 549.

<sup>24</sup> A.a.O., Rn. 557; *Ambos*, IntStR, 5. Aufl. (2020), § 12 Rn. 91. Für eine Bewertung des Art. 11 Abs. 1 lit. f RI. EEA als „nicht ausreichend und nicht abschließend“ *Penkuhn*, Der ordre-public-Vorbehalt, S. 362 ff.

<sup>25</sup> BT-Drs. 18/9757, S. 62.

<sup>26</sup> *Wörner*, in: Ambos/König/Rackow, IRG, § 91c Rn. 563.

<sup>27</sup> *Trautmann*, in: Schomburg/Lagodny, Internationale Rechtshilfe, § 91c IRG Rn. 3.

<sup>28</sup> A.a.O.

<sup>29</sup> *Wörner*, in: Ambos/König/Rackow, IRG, § 91c Rn. 564.

<sup>30</sup> Etwa Antwort A.

<sup>31</sup> Vgl. Ausführlich *Wörner*, in: Ambos/König/Rackow, IRG, § 91c Rn. 575 ff.

<sup>32</sup> *Guerra/Janssens*, eucrim 2019, 46 (50).

<sup>33</sup> Vgl. indes zu Erfahrungen mit ausgehenden Ersuchen u. II. 3.

<sup>34</sup> Dazu schon *Ambos*, Internationales Strafrecht, § 12 Rn. 9.

<sup>35</sup> *Wörner*, in: Ambos/König/Rackow, IRG, § 91d Rn. 574.

<sup>36</sup> A.a.O., Rn. 579; *Böhm*, NJW 2017, 1512 (1513).

<sup>37</sup> Ausführlich *Rackow*, KriPoZ 2017, 79 (84).

Angaben auf Seiten des Anordnungsstaates vorsieht.<sup>38</sup> Gem. § 91e Abs. 1 Nr. 4 IRG liegt zudem ein besonderes Bewilligungshindernis vor, wenn die von einer Beweiserhebung, die eine Über- und Rücküberstellung in den Geltungsbereich der Gesetze der BRD erfordert, betroffene Person ihre Zustimmung verweigert.<sup>39</sup> Diese Vorschrift trägt dem Aufwand Rechnung, der an eine solche Maßnahme geknüpft ist und letztlich an die Kooperationsbereitschaft des Betroffenen gekoppelt ist.<sup>40</sup> Hinsichtlich des Verfahrens wird auf § 63 IRG verwiesen, dessen Anwendungsbereich dadurch erweitert wird.<sup>41</sup> Abschließend ergibt sich aus § 91e Abs. 1 Nr. 5 IRG die notwendige Flex- und Sensibilität, der es beim individuellen Einsatz verdeckter Ermittler bedarf.<sup>42</sup> Einer darüberhinausgehenden Ablehnung aus Verhältnismäßigkeitsgründen bedarf es angesichts dessen wohl nicht.<sup>43</sup>

#### e) Rückgriff auf andere Ermittlungsmaßnahmen (§ 91f IRG)

Wie bereits im Vorfeld der Umsetzung diskutiert, kann und kommt es zu Fällen, in denen dem Ersuchen ein Sachverhalt zugrunde liegt, der nach deutschem Recht weder eine Straftat noch eine Ordnungswidrigkeit darstellt. *Böse* argumentierte vor der nationalen Umsetzung, dass die Versagungsgründe in Art. 10 Abs. 1, 11 Abs. 1 lit. e RI-EEA, insbesondere jedoch Art. 11 lit. g RI-EEA, einem Festhalten am Grundsatz beiderseitiger Strafbarkeit gleichkomme.<sup>44</sup> Namentlich *Böhm* ist dieser Ansicht entgegengetreten.<sup>45</sup> Dies überzeugt, auch wenn es hinsichtlich der zitierten Passage zu differenzieren gilt. Ein solchermaßen umfassender Ablehnungsgrund der fehlenden beiderseitigen Strafbarkeit ließe sich, zumindest die Katalogstraftaten ausgenommen, allenfalls aus Art. 11 Abs. 1 lit. g RI-EEA ableiten, der im IRG jedoch nur in den Zulässigkeitsvoraussetzungen für Ersuchen eine Umsetzung gefunden hat, die auf Durchsuchung, Beschlagnahme oder Herausgabe gerichtet sind (§ 91b Abs. 4 IRG i.V.m. § 66 Abs. 2 Nr. 1 IRG bzw. § 67 Abs. 1 und 2 IRG).<sup>46</sup> § 91e Abs. 1 Nr. 3b IRG setzt Art. 11 Abs. 1 lit. e RI-EEA im Rahmen der Bewilligungshindernisse um.<sup>47</sup> Angesichts dessen findet ein Ablehnungsgrund, der auf ein *prinzipielles* Festhalten am Grundsatz beiderseitiger Strafbarkeit hinauslaufen würde<sup>48</sup>, *jedenfalls* in § 91e Abs. 1 Nr. 3 IRG keine Stütze.<sup>49</sup> Betrachtet man nun noch einmal die Ebene

der Richtlinie, so bestätigen nicht zuletzt auch die unterschiedlichen Anwendungsbereiche von Art. 11 Abs. 1 lit. g einerseits und Art. 10 Abs. 1 RI-EEA andererseits diese Sichtweise. Dementsprechend lässt sich § 91f Abs. 2 Nr. 2 IRG auch *i.V.m. Art. 10 Abs. 1 RI-EEA* nicht *richtlinienkonform* dahingehend auslegen, dass letzten Endes ein Erfordernis beiderseitiger Strafbarkeit im Raum steht.<sup>50</sup>

Allerdings erscheint es jedoch zumindest denkbar, dass Art. 11 Abs. 1 lit. g RI-EEA bzw. insbesondere vorrangig *Art. 10 Abs. 1, 5 RI-EEA* in der Regelung des § 91f Abs. 2 Nr. 2, Abs. 5 IRG Niederschlag gefunden haben könnte.<sup>51</sup> Danach kann eine Ermittlungsmaßnahme unter entsprechender Mitteilung an den ersuchenden Mitgliedsstaat zurückgewiesen werden, wenn diese „in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall nicht zur Verfügung stünde“. Insofern wirkt sich die fehlende Strafbarkeit nach deutschem Recht richtigerweise zumindest bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit aus.<sup>52</sup> Nach der Argumentation von *Böse* müsste ein Ersuchen nun *stets* abgelehnt werden, wenn die Maßnahme in einem innerstaatlichen Fall schlicht und ergreifend *deshalb* nicht zur Verfügung stünde, weil die dem Ersuchen zugrundeliegende Handlung nach innerstaatlichem Recht gar keine Straftat oder Ordnungswidrigkeit darstellt bzw. es nach Lage der Dinge keinen Anlass zur Eröffnung eines Strafverfahrens gibt.<sup>53</sup> Ein solches Verständnis scheint durch den Wortlaut des § 91f Abs. 2 Nr. 2 IRG zwar nicht zwingend vorgegeben, ist aber gerade auch im Hinblick auf den Regelungsmechanismus des § 91f Abs. 5 IRG alles andere als fernliegend. Interessanterweise differenziert der Gesetzesentwurf in dieser Hinsicht auch nicht zwischen § 91f Abs. 1 Nr. 1 und 2 IRG.<sup>54</sup> Zudem verweist der Entwurf in der Diskussion um die Umsetzung des Art. 11 Abs. 1 lit. g RI-EEA in § 91e Abs. 2 Nr. 3 IRG ausdrücklich auf § 91f Abs. 2 Nr. 2 IRG.<sup>55</sup> In der Folge stünde die Regelung Abseits der Zulässigkeitsvoraussetzungen und Bewilligungshindernisse systematisch gänzlich fehl am Platz.<sup>56</sup> Insofern spricht auch die „Rückgriffsfunktion“ der Norm deutlich gegen einen Ablehnungsgrund wegen fehlender beiderseitiger Strafbarkeit. Insbesondere steht aber die Entstehungsgeschichte der *Richtlinie* zur EEA richtigerweise einer solche Auslegung entgegen.<sup>57</sup> Denn in der Tat wäre die Vorstellung eines *umfassenden* Ablehnungsgrundes

<sup>38</sup> *Wörner*, in: Ambos/König/Rackow, IRG, § 91e Rn. 583; differenzierend *Schierholt*, in: Schomburg/Lagodny, Internationale Rechtshilfe, § 91e IRG Rn. 4.

<sup>39</sup> *Rackow*, KriPoZ 2017, 79 (84); *Wörner*, in: Ambos/König/Rackow, IRG, § 91e Rn. 585.

<sup>40</sup> *Rackow*, KriPoZ 2017, 79 (84); *Wörner*, in: Ambos/König/Rackow, IRG, § 91e Rn. 585; *Schierholt*, in: Schomburg/Lagodny, Internationale Rechtshilfe, § 91e IRG Rn. 6.

<sup>41</sup> *Wörner*, in: Ambos/König/Rackow, IRG, § 91e Rn. 585.

<sup>42</sup> *Rackow*, KriPoZ 2017, 79 (85f.); *Wörner*, in: Ambos/König/Rackow, IRG, § 91e Rn. 586;

<sup>43</sup> *Schierholt*, in: Schomburg/Lagodny, Internationale Rechtshilfe, § 91e IRG Rn. 8.

<sup>44</sup> *Böse*, ZIS 2014, 152 (156) mit Fn. 38.

<sup>45</sup> *Böhm*, NJW 2017, 1512 (1513).

<sup>46</sup> *Wörner*, in: Ambos/König/Rackow, IRG, Vor §§ 91 ff. Rn. 509, § 91b Rn. 449, 558; BT-Drs. 18/9757, S. 60.

<sup>47</sup> *Wörner*, in: Ambos/König/Rackow, IRG, § 91b Rn. 584.

<sup>48</sup> *Böse*, ZIS 2014, 152 (156) mit Fn. 38; *Brahms/Gut*, NStZ 2017, 388 (391); *Satzger*, Internationales Strafrecht, § 10 Rn. 45.

<sup>49</sup> *Böhm*, NJW 2017, 1512 (1513).

<sup>50</sup> *Zimmermann*, in: Schomburg/Lagodny, Internationale Rechtshilfe, § 91f IRG, Rn. 17 f.

<sup>51</sup> Zur Systematik *Wörner*, in: Ambos/König/Rackow, IRG, Vor §§ 91 ff. Rn. 504 ff., § 91a Rn. 537, § 91b Rn. 550.

<sup>52</sup> *Böhm*, NJW 2017, 1512 (1513).

<sup>53</sup> *Böse*, ZIS 2014, 152 (156).

<sup>54</sup> BT-Drs. 18/9757, S. 72.

<sup>55</sup> BT-Drs. 18/9757, S. 60.

<sup>56</sup> *Wörner*, in: Ambos/König/Rackow, IRG, § 91f Rn. 591. Andererseits muss man sehen, dass die deutsche Verhandlungsführung wohl tatsächlich einen camouflierten Zurückweisungsgrund im Sinne hatte (BT-Drs. 19/9757, S. 26): „Ursprünglich sollte Artikel 10 vor allem zu einer Flexibilisierung im Umgang mit einer EEA beitragen und Zurückweisungen durch den Vollstreckungsstaat möglichst vermeiden. Im Laufe der Verhandlungen zu den allgemeinen Zurückweisungsgründen wurde die Norm aber faktisch selbst zu einem umfassenden Zurückweisungsgrund ausgestaltet, wenngleich die Regelung einen weniger plakativen Standort und Namen hat.“

<sup>57</sup> *Zimmermann*, in: Schomburg/Lagodny, Internationale Rechtshilfe, § 91f IRG, Rn. 17.

kaum mit der Ablehnung eines diesbezüglichen deutschen Vorschlags in Einklang zu bringen.<sup>58</sup> Im Verzicht auf die Voraussetzung beiderseitiger Strafbarkeit drückt sich gerade das zunehmende Vertrauen innerhalb der EU und damit der Kerngedanke des Grundsatzes gegenseitiger Anerkennung aus.<sup>59</sup> Insgesamt würde die Annahme eines universellen Ablehnungsgrundes daher den durch die Richtlinie angestrebten *prinzipiellen* Fortschritt, durch die EEA die Beweisrechtshilfe auf das Prinzip gegenseitiger Anerkennung umzustellen, letztlich ins Gegenteil verkehren.<sup>60</sup> Freilich wird aus der Praxis berichtet, dass die *beiderseitige Strafbarkeit* tatsächlich umfassend geprüft wird. So wurde die entsprechende Frage nach Problemen im Zusammenhang mit dem Aspekt der beiderseitigen Strafbarkeit etwa wie folgt beantwortet:

*„Ja. In einem Fall wurde um Beschuldigtenvernehmung gebeten (ich glaube, es handelte sich bei dem Ausstellungsstaat um Frankreich), weil sich der dort Verurteilte nicht entsprechend der Anordnungen aus dem Urteil in ein zentrales Register betr. Sexualstraftäter hat eintragen lassen und er seine Daten nicht regelmäßig prüfte/aktualisierte. Dies war im Ausstellungsstaat mit Strafe bedroht. Ich habe sodann versucht, den genauen Hintergrund des Registers und der Straftat aufzuklären, weil ggf. eine ähnliche Straftat wie § 145a StGB hätte vorliegen können. Nachdem dies nicht so erschien, habe ich dies mitgeteilt. Das Ersuchen wurde dann nicht weiterverfolgt.“<sup>61</sup>*

Die Reichweite des § 91f IRG bzw. seiner richtlinienkonformen Reduktion wird weiter diskutiert werden.

#### f) Fristen und Erledigung (§ 91g und h IRG)

Das zeitlich deutlich verkürzte Fristenregime erscheint grundsätzlich als praxistauglich. Auch die verkürzte Frist gem. § 91g Abs. 1 S. 2 IRG von 24 Stunden erscheint nach derzeitigem Stand handhabbar, was darauf hindeuten könnte, dass grds. strengere Fristenregime, insbesondere im Bereich der elektronischen Beweismittel anzustreben sein mögen.<sup>62</sup> In Anbetracht des nur geringen Anwendungsbereichs der Tagesfrist, bedarf es für einen solchen Schluss auf die flächendeckende Erhebung von Beweismitteln indes weiterer Erfahrungsberichte. Ins Bild gehört des Weiteren auch, dass in einer mit den Auskünften zu Problemen mit den zu verwendenden Formularen vergleichbaren Weise<sup>63</sup> zwischen ein- und ausgehenden Ersuchen differenziert wird: Während die erstgenannte Konstellation als wenig problembehaftet bewertet wird, wird für die ausgehenden Ersuchen zum Teil deutlich Abweichendes berichtet:<sup>64</sup>

*„Der Zeitrahmen für die Anerkennung ist grundsätzlich angemessen. Die Vollstreckung kann im Einzelfall länger dauern, insbesondere, wenn mehrere Ermittlungshandlungen zu tätigen sind; einzelne Staaten melden sich allerdings entweder gar nicht innerhalb der Anerkennungsfrist (Frankreich, Großbritannien) oder schicken von vornherein gleichlautende Antwortschreiben in dem Sinne, dass sie aufgrund der Fülle der Anfragen nicht in der Lage sind, die Fristen einzuhalten (Niederlande); Sachstandsanfragen, die hier in der Regel nach 6 Monaten gestellt werden, werden schleppend beantwortet; es besteht großes Verständnis für ein hohes Arbeitsaufkommen in den Vollstreckungsstaaten, jedoch wäre es hilfreich, wenn zeitnah Ansprechpartner benannt würden und wenn die Gründe für die Verzögerung einzelfallbezogen kommuniziert würden, insbesondere auf konkrete Nachfrage; aufgrund des Fristenregimes deutlich verbessert hat sich die Kommunikation mit Italien und Spanien; die baltischen Republiken, Polen und Ungarn antworten in der Regel innerhalb der Fristen (die Aufzählung ist beispielhaft, nicht abschließend).“*

*„Von meiner Seite können die Fristen in der Regel gut eingehalten werden. Im Falle einer Dringlichkeit wird dies ebenfalls möglich gemacht. Als Beispiel kann ich einen Fall nennen, in dem Personalien und Verfahrensdaten für einen Prozess in einem Mitgliedsstaat benötigt worden sind. Hier konnten die Daten binnen weniger Tage übermittelt werden.“*

Bei der Erledigung des Ersuchens gem. § 91h IRG ist insbesondere die Einführung des im Vorfeld viel diskutierten *Richtervorbehalts* zu beachten.<sup>65</sup> § 91h IRG spricht, freilich etwas verklausuliert, davon, dass eingehende Ersuchen „nach denselben Vorschriften auszuführen sind, die gelten würden, wenn das Ersuchen von einer deutschen Stelle gestellt worden wäre; dies gilt auch für Zwangsmaßnahmen, die bei der Erledigung des Ersuchens notwendig werden“. Dass damit die nationalen Richtervorbehalte uneingeschränkt beibehalten werden (können), wird bemerkenswerterweise auf der Ebene der Richtlinie deutlicher: „Gegebenenfalls erfordern derartige Verfahren eine richterliche Genehmigung im Vollstreckungsstaat, sofern das nationale Recht dieses Staates dies vorsieht“ (Art. 2 lit. d) S. 2 RI-EEA). Insoweit lässt sich natürlich die Frage aufwerfen, inwieweit das Anerkennungsprinzip an sich den Verzicht auf nationale Richtervorbehalte im Vollstreckungsstaat nahelegt, wenn die fragliche Maßnahme im Anordnungsstaat eben nicht richterlicher Anordnung vorbehalten ist.<sup>66</sup> Freilich handelt es sich hierbei bei Lichte betrachtet, was eine Stimme aus der Praxis

<sup>58</sup> *Brahms/Gut*, NSZ 2017, 388 (390); *Zimmermann*, in: Schomburg/Lagodny, Internationale Rechtshilfe, § 91f IRG Rn. 17.

<sup>59</sup> Vgl. *Wörner*, in: Ambos/König/Rackow, IRG, Vor §§ 91ff. Rn. 507; *Böhm*, NJW 2017, 1512 (1513).

<sup>60</sup> So auch *Böhm*, NJW 2017, 1512 (1513); *Zimmermann*, in: Schomburg/Lagodny, Internationale Rechtshilfe, § 91f IRG Rn. 18.

<sup>61</sup> Antwort B.

<sup>62</sup> *Wörner*, in: Ambos/König/Rackow, IRG, Vor §§ 91 ff. Rn. 511.

<sup>63</sup> Vgl. u. II. 3.

<sup>64</sup> Exemplarisch Antwort A zu ausgehenden und B zu eingehenden EEA.

<sup>65</sup> *Rackow*, KriPoZ 2017, 79 (85 f.).

<sup>66</sup> Hiervon unterscheiden muss man die Konstellation der nichtrichterlichen Anordnungskompetenz für den Erlass von Ermittlungsanordnungen, die auf Maßnahmen gerichtet sind, welche nach dem Recht des Anordnungsstaates, in einem innerstaatlichen Fall also, nur durch den Richter angeordnet werden können. Hier dürfte der *EuGH* in der Rechtssache C-724/19 (HP) eine Klärung bringen (vgl. *Brodowski*, ZIS 2020, 285 [297]).

deutlich werden lässt, um eine grundsätzliche Perspektivfrage:

„Wenn in Ihrem System für eine bestimmte Maßnahme (z.B. eine Hausdurchsuchung, Erhebung elektronischer Daten usw.) eine richterliche Anordnung erforderlich ist, würden Sie als Vollstreckungsbehörde vor der Vollstreckung einer EEA um eine solche Anordnung ersuchen?“

„Ja, weil für mich das bundesdeutsche Recht maßgeblich ist.“<sup>67</sup>

### g) Rechtsbehelfe (§ 91i IRG)

§ 91i IRG setzt in denkbar minimalistischer Form die Vorgaben aus Art. 14 RI-EEA um. Art. 14 Abs. 1 RI-EEA sieht vor, dass jeder Mitgliedsstaat dafür Sorge tragen muss, dass gegen die in der EEA angegebenen Ermittlungsmaßnahmen Rechtsbehelfe eingelegt werden können, die den Rechtsbehelfen gleichwertig sind, die in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall zur Verfügung stehen. Auch wenn gem. Art. 14 Abs. 2 RI-EEA Rechtsschutz gegen die EEA vorrangig im Anordnungsstaat gewährleistet werden soll, erscheint das bestehende deutsche Rechtssystem defizitär<sup>68</sup>, was freilich ein lang bekanntes Monitum darstellt. Wie groß dieses Defizit ist, deutet sich bereits darin an, dass bemerkenswert wenig Rechtsprechung zum Bereich der sonstigen Rechtshilfe existiert, sei es nach altem, sei es, wie sich abzeichnet<sup>69</sup>, nach dem neuen Recht.<sup>70</sup> Durch die Abkehr vom Erfordernis beiderseitiger Strafbarkeit und infolge des – nach der hier vertretenen Lesart – (im Rahmen des Prinzips gegenseitiger Anerkennung folgerichtigen) Fehlens eines allgemeinen Ablehnungsgrundes gewinnen die Entscheidungen der Behörden des Anordnungsstaates zwangsläufig an Bedeutung und es hätte auch angesichts dessen Anlass bestanden, das Rechtssystem des IRG grundlegend neu aufzustellen. Stattdessen bezieht sich die einzige Neuregelung in § 91i IRG ausschließlich auf die Fälle von Herausgabeverlangen (§ 61 Abs. 1, 2 IRG) und es steht zudem weiterhin die Frage des richtigen Rechtswegs im Raum.<sup>71</sup> Geht man angesichts der erheblichen Unklarheiten des IRG-Rechtsschutzsystems auf die Vorgaben der Richtlinie zurück, so stellt *Ambos* zutreffend heraus, dass sich aus der Richtlinie nicht nur eine ausdrückliche Überprüfbarkeit der Erlassentscheidung, sondern eben auch die

Überprüfbarkeit der Anerkennungs- oder Vollstreckungsentscheidung (ausschließlich der Sachgründe für den Erlass der EEA) ergibt.<sup>72</sup>

Was für eine erhebliche Bedeutung der Rechtsschutz im Vollstreckungsstaat erlangen kann, wird klar, wenn man bedenkt, dass auch in anderen Mitgliedsstaaten erhebliche Rechtsschutzdefizite bestehen. So ergab sich jüngst in einem Bulgarien betreffenden Fall die Situation, dass nach dortigem Recht kein Rechtsbehelf gegen auf Durchsuchungen, Beschlagnahmen und Zeugenvernehmungen gerichtete Anordnungen existiert. In einem Verfahren führte dies jüngst sogar dazu, dass der Generalanwalt Bulgarien die Aktivlegitimation für den Erlass Europäischer Ermittlungsanordnungen absprach.<sup>73</sup> Art. 14 Abs. 1 RI-EEA sei dahingehend auszulegen, dass es einem Mitgliedsstaat untersagt ist, von der EEA Gebrauch zu machen, wenn die jeweilige Umsetzungsgesetzgebung „so wie die bulgarische keine Möglichkeit vorsieht, die sachlichen Gründe für eine in der Europäischen Ermittlungsanordnung angegebene Ermittlungsmaßnahme anzufechten“.<sup>74</sup> Der *EuGH* folgte dem nicht, sondern zog sich (wenig überzeugend) darauf zurück, dass sich auch in einem solchen Fall sinnvolle Formblattangaben zu Rechtsbehelfen bzw. dem Stand eines etwaigen Rechtsbehelfsverfahrens machen ließen.<sup>75</sup>

### 3. Ausgehende Ersuchen (§ 91j IRG)

§ 91j Abs. 1 IRG regelt mittels Verweis die Verwendung des Formblattes aus Anhang A oder C der EEA-RI. Auch an dieser Stelle ist wiederum ein erhebliches Abweichen von den Vorgaben aus der RI-EEA zu erkennen. Die in Art. 1 Abs. 3 EEA-RI vorgesehene Antragsmöglichkeit wurde nicht ausdrücklich umgesetzt, sondern vielmehr auf die bestehenden Möglichkeiten gem. §§ 136 Abs. 1 S. 3, 166 StPO bzw. § 244 Abs. 3-6 StPO verwiesen.<sup>76</sup> Was insoweit das Formblatt anbelangt, fällt auf, dass aus der Praxis zwar, wie erwähnt, im Zusammenhang mit eingehenden Ersuchen keine Kritik geübt wird, die (auch technische) Gestaltung des Formblattes im Kontext ausländischer Ersuchen dagegen z.T. deutlich kritisiert wird:

„Das Formular erscheint nicht sehr übersichtlich. Zumindest in der Form, in der es in hiesiger Behörde vorliegt (das mag anderswo anders sein) können beim Ausfüllen keine Formatierungen vorgenommen werden (automatische Aufzählung, Fettdruck etc.). Wegen

<sup>67</sup> Antwort C.

<sup>68</sup> Vgl. *Wörner*, in: *Ambos/König/Rackow*, IRG, § 91i Rn. 617.

<sup>69</sup> Aus dem Justizbereich vorliegende Rückläufe erwähnen keine Erfahrungen mit Fällen, in denen gegen die Ausstellung einer EEA bzw. die Vollstreckung einer eingehenden EEA mit Rechtsbehelfen vorgegangen wird.

<sup>70</sup> *Wörner*, in: *Ambos/König/Rackow*, IRG, Vor §§ 91 ff. Rn. 508.

<sup>71</sup> A.a.O., § 91i Rn. 616, 619 f.

<sup>72</sup> Näher zu Art. 14 RI-EEA *Ambos*, Internationales Strafrecht, § 12 Rn. 92. Was dann – wiederum auf der Ebene des deutschen Umsetzungsgesetzes – die (infolge des Festhaltens an der Differenzierung zwischen Zulässigkeits- und Bewilligungsprüfung) fortdauernd im Raum stehende Frage der Überprüfbarkeit der Bewilligungsentscheidung anbelangt, hätte über die bereichsspezifische Vorschrift des § 91i Abs. 1 S. 1 IRG hinaus klargestellt werden sollen, dass Bewilligungsentscheidungen, deren Kriterien sich (auch) an individualschützenden Interessen orientieren, gerichtlich überprüfbar sind (vgl. BT-Drs. 18/9757, S. 30, 78).

<sup>73</sup> *EuGH*, Schlussanträge v. 11.4.2019 – C-324/17 – *Gavanozov* = ECLI:EU:C:2019:312; *Brodowski*, ZIS 2019, 602 (608).

<sup>74</sup> *EuGH*, Schlussanträge v. 11.4.2019, C-324/17 – *Gavanozov* = ECLI:EU:C:2019:312, Rn. 108 (Nr.1).

<sup>75</sup> *EuGH*, Urt. v. 24.10.2019, C-324/17 – *Gavanozov* = ECLI:EU:C:2019:892, Rn. 27 ff.

<sup>76</sup> *Rackow*, KriPoZ 2017, 79 (87).

*fehlender Übersichtlichkeit ist in einem Fall von der ausführenden Behörde übersehen worden, dass ein zweites Ersuchen in derselben EEA gewünscht war (Ermittlung des Kontoinhabers und ggf. Vernehmung dieser Person als Beschuldigter; hier wurde das Ersuchen nach Inhaberermittlung ohne verantwortliche Vernehmung als vermeintlich ‚erledigt‘ zurückgesandt. Dies war aber eine Ausnahme, bisher sonst keine Probleme.“<sup>77</sup>*

Die bestehenden Übermittlungsmöglichkeiten sowie das Angebot des EJM werden z.T. in unterschiedlicher Weise genutzt, jedoch nicht bemängelt:<sup>78</sup>

*„In der Regel wird die EEA in Form des ausgefüllten WORD-Fomulars schriftlich einschließlich der Übersetzung per Post übersandt, im Eilfall auch per Telefax; in Einzelfällen erfolgt die Anfrage an Eurojust, in diesem Fall werden die Dokumente eingescannt und an Eurojust per Mail übersandt; eine direkte elektronische Übermittlung kann mangels eingerichteter Kommunikationsmöglichkeit nicht erfolgen; die Webseite des EJM wird regelmäßig konsultiert, um die zuständige Behörde im Vollstreckungsstaat zu ermitteln.“*

*„Die EEA wird von hier in der Regel per Post ver-*

*sandt. In dringlichen Fällen wird eine Versendung per E-Mail oder eine Steuerung über EUROJUST angestrebt. Dies erfolgt auch umgekehrt häufig so.“*

*„Ich fülle die EEA stets elektronisch aus. Die Seite des EJM suche ich immer auf, um die Zuständige Behörde im ‚Atlas‘ zu finden.“*

### III. Fazit

Bei aller berechtigter Kritik dürfte die EEA im Gesamtbild (auch vor dem Hintergrund der vorliegenden Einschätzungen aus der Justiz-Praxis) als Fortschritt zu werten sein, der sich nicht nur in der Überwindung der bisherigen Fragmentierung<sup>79</sup> im Rahmen der Beweisrechtshilfe erschöpft, sondern insbesondere durch eine stärkere Formalisierung der Verfahren und ein tendenziell strafferes Fristenregime Effizienzsteigerungspotenzial gebracht hat. Vor dem Hintergrund, dass die Erhebung von elektronischen Beweismitteln immer weiter in den Vordergrund rückt und es nach dem Entwurf über Europäische Herausgabeanordnungen und Sicherungsanordnungen<sup>80</sup> zu weiteren essentiellen Veränderungen im Rahmen der Beweisrechtshilfe kommen wird<sup>81</sup>, erscheint es besonders bedeutsam die Auswirkungen der EEA in der Praxis im Blick zu behalten und aus entsprechenden Erkenntnissen auch für die Zukunft zu lernen.

<sup>77</sup> Antwort D.

<sup>78</sup> Exemplarisch Antwort A u. B.

<sup>79</sup> Ambos, Internationales Strafrecht, § 12 Rn. 88; Böse, ZIS 2014, 152; RI. 2014/41/EU Erwägungsgrund Nr. 5.

<sup>80</sup> KOM (2018) 225.

<sup>81</sup> Dazu Böse, KriPoZ 2019, 140.

## ENTSCHEIDUNGEN

### Containern – Strafbare Wegnahme einer fremden Sache? BVerfG, Beschl. v. 5.8.2020 – 2 BVR 1985/19 und 2 BvR 1986/19

[...]

Gründe:

I.

- <sup>1</sup> 1. Am 4. Juni 2018 gegen 23:00 Uhr entwendeten die beiden Beschwerdeführerinnen diverse Lebensmittel aus einem verschlossenen Abfallcontainer eines Supermarktes (sogenanntes „Containern“). Der Abfallcontainer, den die Beschwerdeführerinnen mit Hilfe eines mitgebrachten Vierkantschlüssels öffneten, befand sich in der Anlieferzone des Supermarktes und stand dort zur entgeltlichen Abholung durch den Abfallentsorger bereit.
- <sup>2</sup> 2. Gegen die aufgrund dieses Sachverhalts erlassenen Strafbefehle vom 1. September 2018 legten die Beschwerdeführerinnen Einspruch ein. Eine von Gericht und Staatsanwaltschaft angeregte Einstellung der Verfahren gegen Leistung von acht Stunden gemeinnütziger Arbeit lehnten die Beschwerdeführerinnen ab.
- <sup>3</sup> 3. Mit angegriffenem Urteil vom 30. Januar 2019 verwurde das *Amtsgericht F.* die Beschwerdeführerinnen wegen gemeinschaftlich begangenen Diebstahls gemäß § 242 Abs. 1 StGB. Die Verurteilung zu einer Geldstrafe von 15 Tagessätzen zu je 15 Euro blieb vorbehalten. Mit Beschluss vom selben Tag setzte das *Amtsgericht* eine Bewährungszeit von zwei Jahren fest und legte den Beschwerdeführerinnen als Bewährungsaufgabe auf, acht Stunden gemeinnützige Arbeit bei einer Tafel zu leisten.
- <sup>4</sup> 4. Der Filialleiter und der Bezirksleiter des Supermarktes hätten ausgesagt, dass in dem Container, der abends immer verschlossen werde, Lebensmittel entsorgt würden, deren Mindesthaltbarkeitsdatum abgelaufen sei oder die wegen ihres äußeren Erscheinungsbildes nicht mehr verkauft werden könnten. Für die Entsorgung bezahle der Supermarkt den Abfallentsorger. Grund für das Verschließen der Container seien der unbefugte Zugriff Dritter und hieraus resultierende mögliche Haftungsansprüche gewesen. Die Container seien jedoch immer wieder aufgebrochen worden.
- <sup>5</sup> 5. Die Beschwerdeführerinnen hätten sich eines gemeinschaftlich begangenen Diebstahls schuldig gemacht. Entgegen ihrem Vorbringen hätten sich die Lebensmittel noch im Eigentum des Unternehmens befunden. Denn dieses sei für die in den Abfallcontainern entsorgte Ware haftungsrechtlich verantwortlich. Dass das Unternehmen nicht auf sein Eigentum verzichtet und dieses nicht dem Zugriff Dritter preisgegeben habe, komme auch durch das Verschließen der Container mit einem Schloss eindeutig

zum Ausdruck. Eine Eigentumsaufgabe im Wege der sogenannten Dereliktion gemäß § 959 BGB habe jedenfalls nicht vorgelegen.

- <sup>6</sup> Bei der Strafzumessung sei zu berücksichtigen, dass die entwendete Ware für den Eigentümer wertlos gewesen sei. Zudem seien die nicht vorbestraften Beschwerdeführerinnen jedenfalls unmittelbar nach der Tatbegehung vollumfänglich geständig gewesen und hätten nicht in Bereicherungsabsicht, sondern einzig deshalb gehandelt, um auf den kritikwürdigen Umgang der Gesellschaft mit Lebensmitteln und anderen Ressourcen hinzuweisen.
- <sup>7</sup> 4. Gegen die amtsgerichtliche Entscheidung legten die Beschwerdeführerinnen Sprungrevision ein.
- <sup>8</sup> Die Lebensmittel hätten nicht mehr im Eigentum des Supermarktes gestanden und seien daher nach dessen Eigentumsaufgabe nicht „fremd“ im Sinne des § 242 StGB, sondern herrenlos gewesen. Im vorliegenden Fall liege eine Eigentumsaufgabe durch den Supermarkt vor, denn wo, wenn nicht in einem Abfallcontainer, entledige man sich seines Eigentums.
- <sup>9</sup> Im Hinblick auf die Sozialbindung des Eigentums aus Art. 14 Abs. 2 GG sowie den Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen nach Art. 20a GG bleibe auch offen, worin der Unrechtsgehalt der vorgeworfenen Handlungen liege. Bei einer Wegnahme von Joghurtbechern, Äpfeln oder Birnen aus einem für Abfall vorgesehenen Container sei nicht ersichtlich, inwiefern die Rechtsordnung hierdurch gefährdet werde.
- <sup>10</sup> 5. Die Generalstaatsanwaltschaft beantragte mit ausführlich begründeter Stellungnahme vom 22. Mai 2019 die Verwerfung der Revisionen als unbegründet.
- <sup>11</sup> 6. Mit angegriffenem Beschluss vom 2. Oktober 2019, den Beschwerdeführerinnen zugegangen am 9. Oktober 2019, verwurde das *Bayerische Oberste Landesgericht* die Revisionen der Beschwerdeführerinnen als unbegründet und berichtigte den Schuldspruch lediglich dahingehend, dass die Worte „gemeinschaftlich begangen“ entfielen.
- <sup>12</sup> Die Auffassung des Amtsgerichts, dass die Lebensmittel fremd gewesen seien, begegne keinen rechtlichen Bedenken. Fremd sei eine Sache, die nach bürgerlichem Recht im Eigentum (irgend)einer anderen Person stehe.
- <sup>13</sup> Auch die Wertlosigkeit einer Sache als solche gewähre Dritten nicht das Recht zur Wegnahme. Aus dem Umstand, dass die Lebensmittel zur Entsorgung in einen Ab-

fallcontainer geworfen worden seien, folge nicht zwingend, dass dem Eigentümer das weitere Schicksal der Sache gleichgültig sei. Eine Eigentumsaufgabe komme vielmehr nur dann in Betracht, wenn der Wille vorherrsche, sich der Sache ungezielt zu entäußern. So liege der Fall hier jedoch nicht.

<sup>14</sup> Bereits dadurch, dass der auf dem Unternehmensgelände und nicht etwa im öffentlichen Raum stehende Container abgesperrt gewesen sei, habe der Eigentümer für Dritte deutlich gemacht, dass das Unternehmen die Lebensmittel nicht dem Zugriff beliebiger Dritter habe anheimgeben wollen und dass keine Einwilligung mit einer Mitnahme bestanden habe. Hinzu komme, dass die Lebensmittel zur Abholung durch ein von dem Eigentümer gesondert bezahltes Entsorgungsunternehmen bereitgestellt worden seien. Ein Verzichtswille, der zur Herrenlosigkeit der Sache führe, liege dann nicht vor, wenn der Eigentümer das Eigentum nur zugunsten einer anderen Person oder Organisation aufgeben wolle. Dies gelte beispielsweise in Fällen, in denen der Entsorgende für eine ordnungsgemäße Abfallentsorgung verantwortlich sei, oder wenn der Entsorgende – wie hier – für die gesundheitliche Unbedenklichkeit der in den Verkehr gebrachten Lebensmittel einzustehen habe.

<sup>15</sup> 7. Mit Schriftsätzen vom 14. und 16. Oktober 2019 erhoben die Beschwerdeführerinnen Anhörungs-rügen und rügten die fehlende Auseinandersetzung mit Verfassungsrecht sowie mit Fragen des subjektiven Tatbestandes.

<sup>16</sup> 8. Mit Beschluss vom 28. Oktober 2019 wies das *Bayerische Oberste Landesgericht* die Anhörungs-rügen zurück. Das Gericht habe sich mit den entscheidungserheblichen Punkten dezidiert auseinandergesetzt und im Übrigen auf die Stellungnahme der Generalstaatsanwaltschaft Bezug genommen.

## II.

<sup>17</sup> Mit ihren am 8. November 2019 eingegangenen Verfassungsbeschwerden rügen die Beschwerdeführerinnen die Verletzung ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG sowie die Verletzung ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG.

<sup>18</sup> Sie führen ausführlich aus, dass über das Tatbestandsmerkmal der Fremdheit eine Einschränkung des Diebstahlstatbestands erfolgen könne, wenn man – anders als die Fachgerichte – die Fremdheit nicht streng zivilrechtsakzessorisch bestimme oder eine Dereliktion gemäß § 959 StGB annehme. Das Verhalten des Supermarktbetreibers könne auch als Wille zur Eigentumsaufgabe interpretiert werden.

<sup>19</sup> Angesichts der besonderen Eingriffsintensität dürfe das Strafrecht zudem nur als Ultima Ratio des rechtlichen Schutzes eines geordneten Gemeinschaftslebens zur Anwendung kommen. Das *BVerfG* habe bereits in einer Entscheidung zur Strafbarkeit des Umgangs mit Cannabisprodukten dargelegt, dass sich eine umfassende Strafbarkeit

im Einzelfall als übermäßig erweisen könne, wenn die Gefährdung der Gemeinschaftsgüter ein sehr geringes Maß erreiche.

<sup>20</sup> Im vorliegenden Fall habe der Supermarkt kein schutzwürdiges Interesse an den weggeworfenen Lebensmitteln. Eine Haftung oder Verantwortlichkeit des Unternehmens nach zivilrechtlichen, öffentlich-rechtlichen oder strafrechtlichen Rechtsgrundlagen werde – jedenfalls bei geeigneten Sicherungs- und Gefahrenabwehrmaßnahmen des Unternehmens wie Verschließen der Container und Warnhinweisen – durch die eigenverantwortliche Selbstgefährdung derjenigen, die die Lebensmittel aus dem Abfallcontainer entnahmen, ausgeschlossen.

<sup>21</sup> Darüber hinaus sei im Lichte des Art. 20a GG der Gemeinwohlbelang eines verantwortungsvollen und nachhaltigen Umgangs mit Lebensmitteln zu berücksichtigen. Die massenhafte und in vielen Fällen vermeidbare Verschwendung von Lebensmitteln durch Vernichtung sei in besonderer Weise sozialschädlich.

<sup>22</sup> Einer einschränkenden Auslegung des Diebstahlstatbestandes stünden zudem weder der Wille des Gesetzgebers noch der Wortlaut der Strafnorm entgegen. Dass Initiativen zur Entkriminalisierung des Containers im Bundestag und Bundesrat bisher erfolglos geblieben seien, bedeute umgekehrt nicht, dass sich der Gesetzgeber positiv für eine Strafbarkeit des Containers ausgesprochen habe.

## III.

<sup>23</sup> Die Verfassungsbeschwerden werden nicht zur Entscheidung angenommen. Ihnen kommt weder grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung zu noch ist ihre Annahme zur Durchsetzung der Rechte der Beschwerdeführerinnen angezeigt (§ 93a Abs. 2 BVerfGG). Die zulässigen Verfassungsbeschwerden sind unbegründet.

<sup>24</sup> 1. Soweit die Beschwerdeführerinnen der Auffassung sind, im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal der „Fremdheit“ einer Sache im Sinne des § 242 Abs. 1 StGB sei entgegen der ständigen fachgerichtlichen Rechtsprechung nicht auf die zivilrechtlichen Wertungen zurückzugreifen, ergibt sich der Prüfungsmaßstab aus dem in Art. 3 Abs. 1 GG verankerten allgemeinen Willkürverbot (vgl. hierzu BVerfGE 4, 1 [7]; 62, 189 [192]; 80, 48 [51]; 83, 82 [85 ff.]; 86, 59 [62 ff.]; 87, 273 [279]; 96, 189 [203]; 112, 185 [215 f.]; BVerfGK 12, 139 [146]; stRspr).

<sup>25</sup> Im Hinblick auf den Wortlaut und Schutzzweck des § 242 StGB sowie im Hinblick auf die Wahrung der Rechtseinheit und der Rechtssicherheit ist die ständige Rechtsprechung der Fachgerichte zu einer maßgeblich an der zivilrechtlichen Eigentumslage orientierten Auslegung der Fremdheit im Sinne des § 242 StGB nicht willkürlich, sondern beruht auf sachgemäßen und nachvollziehbaren Erwägungen, gegen die verfassungsrechtlich nichts zu erinnern ist.

- <sup>26</sup> 2. Soweit die Beschwerdeführerinnen die fachgerichtliche Würdigung angreifen, wonach die Lebensmittel im vorliegenden Fall mangels Besitzaufgabewillens des Berechtigten noch in dessen Eigentum gestanden hätten, wenden sie sich gegen die strafrichterliche Beweiswürdigung.
- <sup>27</sup> a) Prüfungsmaßstab für die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die strafrichterliche Beweiswürdigung ist insofern der Grundsatz des fairen Verfahrens (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG). Nach den hierzu in ständiger Rechtsprechung des *BVerfG* entwickelten Maßstäben stellt nicht jeder Verstoß gegen § 244 Abs. 2 oder § 261 StPO eine Verletzung spezifischen Verfassungsrechts dar. Voraussetzung ist vielmehr, dass sich die Fachgerichte so weit von der Verpflichtung entfernt haben, in Wahrung der Unschuldsvermutung bei jeder als Täter in Betracht kommenden Person auch die Gründe, die gegen eine mögliche strafbare Handlung sprechen, wahrzunehmen, aufzuklären und zu erwägen, dass der rationale Charakter der Entscheidung verloren gegangen scheint und sie keine tragfähige Grundlage mehr für die mit einem Schuldspruch einhergehende Strafe sein kann (vgl. nur BVerfGK 1, 145 [152]; *BVerfG*, Beschl. der 2. Kammer des *Zweiten Senats* v. 26.8.2008 – 2 BvR 553/08, Rn. 12; stRspr).
- <sup>28</sup> b) Die Feststellung, ob die Entnahme von Lebensmitteln aus einem Abfallbehälter eine strafbare Wegnahme einer fremden Sache darstellt, obliegt daher den Fachgerichten. Diese haben unter Würdigung der konkreten Umstände des jeweiligen Sachverhalts zu entscheiden, ob die Abfälle durch eine Eigentumsaufgabe gemäß § 959 BGB herrenlos geworden sind, ob ein Übereignungsangebot an beliebige Dritte vorlag oder ob die Abfälle im Eigentum des bisherigen Eigentümers verblieben.
- <sup>29</sup> c) Im vorliegenden Verfahren lässt die Beweiswürdigung der Fachgerichte insbesondere in Bezug auf eine etwaige Eigentumsaufgabe keine Rechtsfehler erkennen; erst recht liegt kein Verstoß gegen Verfassungsrecht vor.
- <sup>30</sup> Die Fachgerichte haben im Hinblick auf die von den Beschwerdeführerinnen behauptete Herrenlosigkeit der Sachen unter umfassender Würdigung der zivilrechtlichen Voraussetzungen einer Eigentumsaufgabe nach § 959 BGB maßgeblich darauf abgestellt, dass sich der Abfallcontainer in der Anlieferzone des Supermarktes und damit auf dessen eigenem Gelände befunden habe und darüber hinaus verschlossen gewesen sei. Zudem hätten die Abfälle zur Übergabe an ein spezialisiertes und vom Inhaber bezahltes Entsorgungsunternehmen bereitgestanden und habe das Verschließen der Container eine Reaktion auf vorherige, unbefugte Entnahmen Dritter dargestellt. Aufgrund dieser Umstände sei auf den Willen des Unternehmens zu schließen, dass es weiterhin Eigentümer der Abfälle habe bleiben wollen.
- <sup>31</sup> Gegen diese Beweiswürdigung ist aus Verfassungssicht nichts einzuwenden.
- <sup>32</sup> 3. Auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und insbesondere das Ultima-Ratio-Prinzip gebieten keine Einschränkung der Strafbarkeit eines Diebstahls nach § 242 Abs. 1 StGB für die Fallgruppe des sogenannten Containers.
- <sup>33</sup> a) Die Strafvorschrift des § 242 Abs. 1 StGB ist im strafbewehrten Verbot am Maßstab des Art. 2 Abs. 1 GG sowie in der angedrohten Freiheitsentziehung an Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG zu messen.
- <sup>34</sup> aa) Art. 2 Abs. 1 GG schützt jede Form menschlichen Handelns ohne Rücksicht darauf, welches Gewicht der Betätigung für die Persönlichkeitsentfaltung zukommt (vgl. BVerfGE 80, 137 [152]; 90, 145 [171]). Absolut geschützt ist damit der Einwirkung der öffentlichen Gewalt entzogen ist allerdings nur ein Kernbereich privater Lebensgestaltung (vgl. BVerfGE 6, 32 [41]; 54, 143 [146]; 80, 137 [153]). Im Übrigen ist die allgemeine Handlungsfreiheit nur in den Schranken des 2. Halbsatzes des Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet und steht damit insbesondere unter dem Vorbehalt der verfassungsmäßigen Ordnung. Darunter sind alle Rechtsnormen zu verstehen, die formell und materiell mit der Verfassung in Einklang stehen (vgl. BVerfGE 90, 145 [172]; stRspr). Beschränkungen der allgemeinen Handlungsfreiheit aufgrund solcher Rechtsvorschriften verletzen Art. 2 Abs. 1 GG nicht (vgl. BVerfGE 34, 369 [378 f.]; 55, 144 [148]; 90, 145 [172]).
- <sup>35</sup> bb) In materieller Hinsicht bietet – vorbehaltlich besonderer verfassungsrechtlicher Gewährleistungen – der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit den allgemeinen verfassungsrechtlichen Maßstab, an dem Einschränkungen der Handlungsfreiheit zu messen sind (vgl. BVerfGE 75, 108 [154 f.]; 80, 137 [153]; 90, 145 [172]). Diesem Grundsatz kommt gesteigerte Bedeutung für die Prüfung einer Strafvorschrift zu, die als schärfste dem Staat zur Verfügung stehende Sanktion ein soziales Unwerturteil über ein bestimmtes Handeln des Bürgers ausspricht (vgl. BVerfGE 25, 269 [286]; 88, 203 [258]; 90, 145 [172]).
- <sup>36</sup> Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebietet, dass eine Strafnorm dem Schutz anderer oder der Allgemeinheit dient (vgl. BVerfGE 120, 224 [239]; vgl. auch BVerfGE 27, 18 [29 f.]; 39, 1 [46]; 88, 203 [257]; 90, 145 [172, 184]). Wegen des in der Androhung, Verhängung und Vollziehung von Strafe zum Ausdruck kommenden sozialen Unwerturteils – dem Vorwurf, der Täter habe „elementare Werte des Gemeinschaftslebens“ verletzt – kommt dem Übermaßverbot als Maßstab für die Überprüfung einer Strafnorm besondere Bedeutung zu (vgl. BVerfGE 45, 187 [253]; 90, 145 [172]; 92, 277 [326]; 96, 10 [25]; 120, 224 [240]).
- <sup>37</sup> Es ist aber grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, den Bereich strafbaren Handelns unter Berücksichtigung der jeweiligen Lage verbindlich festzulegen. Das *BVerfG* kann diese Entscheidung nicht darauf prüfen, ob der Gesetzgeber die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste Lösung gefunden hat; es hat lediglich darüber zu wachen, dass die Strafvorschrift materiell in Einklang mit den Bestimmungen der Verfassung steht und den ungeschriebenen

Verfassungsgrundsätzen sowie Grundentscheidungen des Grundgesetzes entspricht (vgl. BVerfGE 27, 18 [30]; 80, 244 [255]; 90, 145 [173]; 96, 10 [25 f.]; 123, 267[360]).

<sup>38</sup> b) Diesen Anforderungen genügt das im Gesetzeswortlaut angelegte und durch die Fachgerichte konkretisierte Normverständnis, dass § 242 StGB das zivilrechtsakzessorisch zu ermittelnde Eigentum an beweglichen Sachen unabhängig von dessen konkretem wirtschaftlichem Wert schützt.

<sup>39</sup> aa) Das nach Art. 14 Abs. 1 GG gewährleistete Eigentum ist von besonderer Bedeutung für den sozialen Rechtsstaat und durch Privatnützigkeit und grundsätzliche Verfügungsbefugnis des Eigentümers über den Eigentumsgegenstand gekennzeichnet. Es soll als Grundlage privater Initiative und in eigenverantwortlichem privatem Interesse von Nutzen sein. Dabei genießt es einen besonders ausgeprägten Schutz, soweit es um die Sicherung der persönlichen Freiheit des Einzelnen geht (vgl. BVerfGE 149, 86 [112 Rn. 70 m.w.N.]). Zugleich soll der Gebrauch des Eigentums dem Wohl der Allgemeinheit dienen (Art. 14 Abs. 2 S. 2 GG; vgl. BVerfGE 143, 246 [323 f. Rn. 216]). Vom Schutz des Eigentums nach Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG umfasst ist insbesondere das zivilrechtliche Sacheigentum (vgl. BVerfGE 149, 86 [112 Rn. 71]; *BVerfG*, Beschl. der 3. Kammer des *Ersten Senats* vom 18.7.2019 – 1 BvL 1/18 u.a., Rn. 53 f. m.w.N.). Art. 14 Abs. 1 GG gewährleistet daher das Recht, das Sacheigentum innezuhaben, zu nutzen, zu verwalten und darüber zu verfügen (vgl. BVerfGE 115, 97 [111 m.w.N.]). Inhalt und Schranken des Eigentumsrechts werden durch ein Gesetz bestimmt.

<sup>40</sup> bb) § 242 StGB dient nach herrschender und im Einklang mit Verfassungsrecht stehender Auffassung grundsätzlich dem Schutz des Eigentums als formale, zivilrechtsakzessorische Rechtsposition. § 242 StGB schützt dabei gerade auch die faktische Ausübungsmöglichkeit des Eigentumsrechts und die nach § 903 BGB bestehende Möglichkeit, mit der Sache nach Belieben zu verfahren und jeden Dritten vom Umgang mit der Sache auszuschließen. Nach dieser kriminalpolitischen Grundentscheidung ist das Eigentum im Rahmen des § 242 StGB unabhängig vom wirtschaftlichen Wert der Sache geschützt. Auf einen objektiv messbaren Substanzwert oder auf eine wirtschaftliche Interessenverletzung kommt es im Rahmen des § 242 StGB nicht an (vgl. *RG*, Urt. v. 3.1.1911 – V 836/10, *RGSt* 44, 207 [209]; *BGH*, Urt. v. 4.12.1953 – 2 StR 220/53, *juris* Rn. 11; Urt. v. 10.5.1977 – 1 StR 167/77, *juris* Rn. 14, 16; *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 22.8.1988 – 5 Ss 231/88, 195/88 I, *juris* Rn. 13; *Hoyer*, in: *SK-StGB*, 9. Aufl. [2019], § 242 StGB Rn. 7).

<sup>41</sup> Diese strafrechtliche Wertung ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Denn durch die Wegnahme fremden Eigentums werden wichtige, grundrechtlich geschützte Belange Dritter gefährdet. Der Gesetzgeber, der bisher Initiativen zur Entkriminalisierung des Containers nicht aufgegriffen hat, ist insofern frei, das zivilrechtliche Eigentum auch in Fällen der wirtschaftlichen Wertlosigkeit der Sache mit Mitteln des Strafrechts zu schützen.

<sup>42</sup> cc) Im vorliegenden Fall dient die Strafbarkeit des Verhaltens der Beschwerdeführerinnen dem Schutz der Verfügungsfreiheit eines konkret betroffenen Eigentümers und damit dem Schutz des Eigentumsgrundrechts nach Art. 14 Abs. 1 GG als Rechtsgut von Verfassungsrang. Der Eigentümer der Lebensmittel wollte diese bewusst einer Vernichtung durch den Abfallentsorger zuführen, um etwaige Haftungsrisiken beim Verzehr der teils abgelaufen und möglicherweise auch verdorbenen Ware auszuschließen. Dabei kommt es nicht darauf an, inwiefern etwaige Hinweisschilder, Zugangserschwerungen oder die Rechtsfigur der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung eine Haftung im Ergebnis ausschließen würden oder nicht. Bereits das Interesse des verfügungsberechtigten Eigentümers daran, von vornherein etwaige diesbezügliche rechtliche Streitigkeiten und Prozessrisiken durch die Vernichtung seiner Sachen auszuschließen und keinen erhöhten Sorgfaltspflichten im Hinblick auf die Sicherheit der Lebensmittel ausgesetzt zu sein, ist im Rahmen der Eigentumsfreiheit nach Art. 14 Abs. 1 GG grundsätzlich zu akzeptieren, soweit der Gesetzgeber die Verfügungsbefugnis des Eigentümers nicht durch eine gegenläufige, verhältnismäßige Inhalts- und Schrankenbestimmung eingegrenzt hat. Folglich wird in Fallgestaltungen wie der vorliegenden nicht lediglich eine rein formale, letztlich inhaltsleere Eigentumsposition geschützt, sondern ein legitimes Verfügungs- und Ausschlussinteresse am betroffenen Privateigentum. Die im Wortlaut des § 242 StGB angelegte und durch die Fachgerichte konkretisierte kriminalpolitische Grundentscheidung des Gesetzgebers zur Strafbarkeit des Containers ist deshalb verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

<sup>43</sup> c) Eine andere Bewertung folgt auch nicht aus der Rechtsprechung des *BVerfG* zur Strafbarkeit des Umgangs mit Cannabisprodukten.

<sup>44</sup> Soweit das *BVerfG* in Fällen des Besitzes nur geringer Mengen von Cannabis zum gelegentlichen Eigenkonsum ein Absehen von der Verfolgung für verfassungsrechtlich geboten hielt (vgl. BVerfGE 90, 145), liegt dem eine abweichende Fallgestaltung zugrunde, die sich nicht auf das vorliegende Verfahren übertragen lässt. Das *BVerfG* hob in der entsprechenden Entscheidung hervor, dass die Strafbarkeit des unerlaubten Erwerbs und Besitzes von Cannabisprodukten zum Eigenverbrauch allgemein auch im Hinblick auf das verfassungsrechtliche Übermaßverbot gerechtfertigt sei (vgl. BVerfGE 90, 145 [187, 189]). Lediglich in Fällen fehlender Fremdgefährdung und eines nur geringen individuellen Beitrags zur Verwirklichung der vom Umgang mit Cannabisverboten ausgehenden Gefahren sei eine Verfahrenseinstellung naheliegend (vgl. BVerfGE 90, 145 [187-191]). Im vorliegenden Verfahren wird demgegenüber durch die Wegnahme des Eigentums in die von Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Verfügungsbefugnis und das Besitzrecht eines anderen, konkret betroffenen Grundrechtsträgers eingegriffen.

<sup>45</sup> d) Im Übrigen erweist sich die Strafbarkeit des Diebstahls auch deswegen als verhältnismäßig, weil der Gesetzgeber den Fachgerichten hinreichende Möglichkeiten eröffnet

hat, im Einzelfall der geringen Schuld des Täters Rechnung zu tragen.

<sup>46</sup> Schon der weite Rahmen der in § 242 StGB angedrohten Sanktionen ermöglicht dem Gericht, auch in den Fällen des Diebstahls geringwertiger oder finanziell wertloser Sachen, für die das Gesetz die Anwendung des § 243 StGB ausdrücklich ausschließt (§ 243 Abs. 2 StGB), stets auf eine Strafe zu erkennen, die in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Verschulden des Täters steht (vgl. BVerfGE 50, 205 [215]). Darüber hinaus bieten die Vorschriften des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs dem Gericht weitere Möglichkeiten, dem spezifischen Unrechts- und Schuldgehalt von Bagatelldiebstählen im konkreten Fall Rechnung zu tragen. Es kann beispielsweise unter den gesetzlichen Voraussetzungen von Strafe absehen (§ 60 StGB), den Angeklagten schuldig sprechen und unter Vorbehalt der Strafe verwarren (§ 59 StGB), anstelle einer kurzen Freiheitsstrafe lediglich eine Geldstrafe verhängen (§ 47 StGB) oder die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe zur Bewährung ausset-

zen (§ 56 StGB). Darüber hinaus berücksichtigen zahlreiche straf- prozessuale Normen wie insbesondere die Einstellungsmöglichkeiten nach §§ 153 ff. StPO die Schwere der Schuld.

<sup>47</sup> Auch im vorliegenden Verfahren sind insoweit keine Verstöße gegen Verfassungsrecht ersichtlich, da die Ausführungen des Amtsgerichts zur Strafzumessung die Besonderheiten des Einzelfalles hinreichend berücksichtigen.

<sup>48</sup> Ob der Gesetzgeber im Hinblick auf andere Grundrechte oder Staatszielbestimmungen wie beispielsweise den Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen nach Art. 20a GG und im Rahmen einer Fortentwicklung von Inhalt und Schranken des Eigentums auch eine alternative Regelung hinsichtlich des Umgangs mit entsorgten Lebensmitteln treffen könnte, ist vorliegend ohne Bedeutung.

<sup>49</sup> Von einer weiteren Begründung wird nach § 93d Abs. 1 S. 3 BVerfGG abgesehen.

## BUCHBESPRECHUNGEN

**Sandra Riebel: Verdeckte Online-Durchsuchung in der  
Bundesrepublik Deutschland**

Eine Analyse anhand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sowie der  
Vorschriften der Strafprozessordnung und des Bundeskriminalamtgesetzes

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2019, Verlag Dr. Kovač, ISBN: 978-3-339-11214-9,  
S. 325, Euro 99,80.

Die Dissertation von *Riebel* widmet sich insbesondere der Untersuchung des im August 2017 neu in Kraft getretenen § 100b StPO sowie ergänzender Vorschriften in der StPO bezüglich der Einhaltung der durch das *BVerfG* definierten Anforderungen an die verdeckte Online-Durchsuchung. Der Fokus liegt dabei auf der Rechtsprechung des *BVerfG*, an Hand der analysiert wird, ob die Vorschriften einer verfassungsrechtlichen Überprüfung standhalten werden. Auch die entsprechende Regelung im BKAG wird flankierend untersucht.

Insofern arbeitet die Verfasserin zunächst die unterschiedlichen Aufgabenbereiche heraus, nämlich präventive und repressive Tätigkeiten. Diese Trennung zwischen Gefahrenabwehr und Strafverfolgung sei wichtig, da dies Einfluss auf die Anforderungen an eine Ermächtigungsgrundlage für bestimmte Ermittlungsmaßnahmen habe. Insbesondere die Voraussetzungen für den rechtmäßigen Eingriff in die Rechte der von der Maßnahme Betroffenen können sich je nach Aufgabenbereich unterscheiden (S. 40).

Im dritten Kapitel, dem Kernstück der Dissertation, untersucht *Riebel* ausführlich die verdeckte Online-Durchsuchung als Maßnahme zur Beweiserhebung (S. 41 ff.). Zunächst werden wesentliche Begriffe definiert und Methoden der Infiltration des Zielsystems dargestellt. Daran anschließend erfolgt eine Abgrenzung zur Quellen-TKÜ.

Strikt getrennt wird dann zwischen der verdeckten Online-Durchsuchung zur Gefahrenabwehr und zur Strafverfolgung. Zunächst beschäftigt sich die Verfasserin mit der verdeckten Online-Durchsuchung zur Gefahrenabwehr und beleuchtet die beiden Urteile des *BVerfG* hierzu. Diese Entscheidungen sind von grundsätzlicher Bedeutung, leitete doch das *BVerfG* aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht das neue Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer System ab. Zudem entwickelte das Gericht seine bisherige Rechtsprechung zum Schutz des Kernbereichs

privater Lebensgestaltung fort und erstellte ein zweistufiges Schutzkonzept, das den Anforderungen und Besonderheiten der verdeckten Online-Durchsuchung bei der Beweiserhebung und Beweisverwertung gerecht werden sollte. Des Weiteren wurden dem Gesetzgeber Formulierungen und Anforderungen zur verfassungsgemäßen Ausgestaltung der Norm an die Hand gegeben (S. 128).

In einem weiteren Unterkapitel wird dann die verdeckte Online-Durchsuchung zur Strafverfolgung gem. §§ 100b ff. StPO anhand der Vorgaben des *BVerfG* überprüft (S. 130 ff.). Die Verfasserin kommt nach dezidierten Erwägungen und einer hilfreichen synoptischen Gegenüberstellung (S. 191 ff.) zu einem ernüchternden Fazit. Ihrer Meinung nach halten die Regelungen der StPO zur verdeckten Online-Durchsuchung einer bevorstehenden Überprüfung durch das *BVerfG* nur teilweise stand. Als nicht verfassungskonform bezeichnet sie die Regelungen über die Anordnungscompetenz des Kammervorsitzenden im Einzelfall, den Straftatenkatalog sowie die Subsidiaritätsklausel (S. 239). Allerdings ist sie der Auffassung, dass diese Regelungen im Rahmen einer Überarbeitung durch den Gesetzgeber so angepasst werden könnten, dass eine verfassungsgemäße Ausgestaltung der Ermächtigungsgrundlage zur Durchführung von verdeckten Online-Durchsuchungen zum Zweck der Strafverfolgung grundsätzlich möglich sei (S. 255). Hier hätte es sich angeboten, wenn *Riebel* einen eigenen de lege ferenda Vorschlag präsentiert hätte, der ihrer Meinung nach die verfassungsrechtlichen Anforderungen erfüllt.

Doch auch wenn der de lege ferenda Vorschlag zu einer verfassungskonformen Ermächtigungsgrundlage zur verdeckten Online-Durchsuchung fehlt, so zeichnet sich die Dissertation doch durch eine umfangreiche Literatur- und Rechtsprechungsanalyse aus. Diese ist ein guter Grundstein, um darauf aufbauend in die kriminalpolitische Diskussion über eine Änderung der §§ 100b StPO ff. nachzudenken. Letztlich wird die zukünftige Entscheidung des *BVerfG* über die anhängigen Verfassungsbeschwerden zur verdeckten Online-Durchsuchung zeigen, ob *Riebel* mit ihrer Einschätzung der teilweisen Verfassungswidrigkeit der Vorschrift recht behält.

## **Senta Bell: Strafverfolgung und die Cloud**

### Strafprozessuale Ermächtigungsgrundlagen und deren völkerrechtliche Grenzen

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2019, Duncker & Humblot, ISBN: 978-3-428-15620-7, S. 225, Euro 79,90.

Die Dissertation von *Bell* zu Strafverfolgung und der Cloud wurde im Sommersemester 2018 eingereicht, so dass der Vorschlag einer Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Europäische Herausgabeanordnungen und Sicherungsanordnungen für elektronische Beweismittel in Strafsachen leider nicht in die Überlegungen mit einbezogen werden konnte. Gleichwohl handelt es sich um eine umfassende rechtliche Würdigung sämtlicher Ermittlungsmöglichkeiten der Strafverfolgungsbehörden im Zusammenhang mit dem Cloud Computing. Da angesichts der Kritik an dem Verordnungsvorschlag eine europäische Lösung vermutlich ohnehin noch auf sich warten lässt, bietet die vorliegende Arbeit einen guten Überblick über die derzeit bestehenden strafprozessualen Ermächtigungsgrundlagen und deren völkerrechtliche Grenzen.

Nach einer historischen Einführung nimmt die Verfasserin eine kurze Begriffsbestimmung vor, wobei sie angesichts der unterschiedlichen Definitionsansätze zum Cloud Computing letztlich auf eine kritische Auseinandersetzung mit den einzelnen Definitionen verzichtet (S. 25). Sie versteht unter Cloud Computing ein komplexes und dynamisches Angebot von Software- und Hardwareleistungen, die über ein Netzwerk „aus der Wolke“ zur Verfügung gestellt werden (S. 25 f.).

Der folgende Abschnitt zu den technischen Grundlagen macht deutlich, dass sich die Probleme bei der Lokalisierung der in der Cloud gespeicherten Daten daraus ergeben, dass dem Nutzer regelmäßig nur ein virtueller Speicherplatz zugewiesen wird. Zwar befinden sich die in der Cloud gespeicherten Daten letztlich auf einem realen physischen Speichermedium, der Speicherort der Daten kann sich aber je nach Auslastung sehr kurzfristig ändern.

Die Verfasserin zeigt vielfältige Möglichkeiten auf, aus technischer und ermittlungspraktischer Sicht auf in der Cloud gespeicherte Inhalte zuzugreifen. Sie identifiziert 15 Fallgruppen (S. 53 ff.), die die Grundlage für die weitere Untersuchung bilden. Deutlich wird, dass die hinter dem Cloud Computing stehende Virtualisierungstechnik regelmäßig zu einer Konfrontation der Ermittlungsbehörden mit grenzüberschreitenden Sachverhalten führt, so dass völkerrechtlichen Anforderungen neben den deutschen strafprozessualen Ermächtigungsgrundlagen eine entscheidende Rolle zukommt (S. 56 f.).

*Bell* steckt zunächst den verfassungsrechtlichen Rahmen ab (S. 58 ff.), um dann dezidiert zu den strafprozessualen

Ermächtigungsgrundlagen Stellung zu beziehen (S. 75 ff.). Sie kommt zu dem Ergebnis, dass Strafverfolgungsbehörden am Ort des verdächtigen Cloud-Nutzers sowohl die lokal gespeicherten Daten als auch die im externen Cloud-Speicher abgelegten Daten gem. § 102 StPO offen durchsuchen bzw. gem. § 110 Abs. 1 und 3 StPO offen durchsehen können. Auch bestehende Zusatzsicherungen dürfen überwunden werden. Die beweisereblichen Daten können dann nach §§ 94 ff. StPO sichergestellt bzw. beschlagnahmt werden. Sollten die Strafverfolgungsbehörden am Durchsuchungsort noch nicht feststellen können, ob es sich um beweiserebliche Daten handelt, könnten die Daten auch gem. § 110 StPO zur Durchsicht mitgenommen werden. Dies setze aber bei in der Cloud gespeicherten Daten voraus, dass sie vorher auf einem lokalen Speichermedium der Strafverfolgungsbehörden gespeichert werden.

Neben einer offenen Durchsichtung beim verdächtigen Cloud-Nutzer käme zudem unter den strengen Voraussetzungen des § 100b StPO im Wege einer Online-Durchsichtung ein heimlicher Zugriff in Frage.

Im Falle des Zugriffs am Ort des Cloud-Anbieters auf Inhaltsdaten des verdächtigen Cloud-Nutzers, käme – je nach Kooperationsbereitschaft – eine Durchsichtung gem. § 102 oder § 103 StPO in Betracht. Wüssten die Strafverfolgungsbehörden, dass der verdächtige Cloud-Nutzer beweiserebliche Daten in der Cloud gespeichert hat, könnten diese gem. § 95 StPO vom Cloud-Anbieter herausverlangt werden.

Sonstige Daten könnten vom Cloud-Anbieter über die Ermittlungsgeneralklausel gem. §§ 161, 163 StPO i.V.m. Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO und § 24 Abs. 1 Nr. 1 BDSG herausverlangt werden.

Gesetzt den Fall, die Ermittlungsbehörden wollten die Inhaltsdaten des verdächtigen Cloud-Nutzers während der Übertragungsphase heimlich abfangen, käme § 100a StPO als Ermächtigungsgrundlage in Betracht. Der Datentransfer wäre aber nur dann als Telekommunikation zu qualifizieren, wenn der Cloud-Nutzer die Dienste des Cloud-Storage-Anbieters ausschließlich nutzt, um mit Dritten zu kommunizieren. Nur dann käme eine Telekommunikationsüberwachung nach § 100a StPO in Betracht.

Nachdem *Bell* das strafprozessuale Werkzeug im Hinblick auf die unterschiedlichen Fallkonstellationen vorgestellt hat, nimmt sie sich im dritten Kapitel der völkerrechtlichen Begrenzung der Ermittlungsbefugnisse an (S. 157 ff.). Sie stellt fest, dass der Zugriff auf im Ausland nicht öffentlich zugänglich gespeicherten Daten mit der

Zustimmung des Berechtigten gem. Art. 32 lit. b CCC oder über international anerkanntes Wohnheitsrecht gerechtfertigt sein kann. Überwäge das Interesse des eingreifenden Staates das Abwehrinteresse des betroffenen Staates, so könne der Eingriff ausnahmsweise gerechtfertigt sein. Ein solch gewichtiges Interesse nimmt die Verfasserin bei Staatsschutzdelikten an, die den Bestand des handelnden Staates bedrohen oder zu einer schweren Erschütterung der inneren Sicherheit führen (S. 171).

Ob und unter welchen Voraussetzungen ein Verstoß der Strafverfolgungsbehörden gegen das Souveränitätsrecht fremder Staaten zu einem Verwertungsverbot im Strafprozess führt, will *Bell* zwar eigentlich nicht beleuchten (S. 173), positioniert sich dann aber doch: Die Annahme eines Beweisverwertungsverbots scheint ihr fraglich zu sein, da die Einhaltung der Verfahrensvorschriften dem Schutz des Beschuldigten dient. Aus den völkerrechtlichen Hoheitsrechten ließen sich jedoch keine subjektiven Rechte des Betroffenen ableiten (S. 174). Das ist meiner Meinung nach zu kurz gegriffen und die Verfasserin hätte gut daran getan, hier doch dezidierte Stellung zu nehmen, zumal es sich nicht erschließt, warum diese doch sehr wichtige praktische strafprozessuale Frage ausgeklammert wird.

*Bell* widmet sich dann noch der Fallkonstellation, nach der nicht geklärt werden kann, wo sich der tatsächliche Speicherort befindet und mehrere Länder für den Datenverarbeitungsprozess in Betracht kommen. Der „eigene Lösungsansatz“, den sie präsentiert, ist eigentlich der von *Wicker*, auf die sie allerdings auch Bezug nimmt (S. 180 ff.). Ein Zugriff auf einen Cloud-Server mit grenzüberschreitenden Serverfarmen sei völkerrechtlich nicht zu beanstanden, so lange der Serververbund auch den handelnden Staat mit umfasst. Denn dann läge entweder tatsächlich überhaupt kein Eingriff in fremde Hoheitsrechte vor oder der Eingriff sei völkerrechtlich gerechtfertigt, da das Eingriffsinteresse das Abwehrinteresse des betroffenen Staates überwiegt (S. 184). Warum hier das Abwehrinteresse des betroffenen Staates ein geringes sein soll, nur weil die Daten verschoben werden können, bleibt aber unklar. Denn befinden sich die Daten auf einem ausländischen Server, bleibt das Eingriffsinteresse sowie das Abwehrinteresse gleich den Fallkonstellationen, in denen sich die Daten von vornherein und ausschließlich auf dem ausländischen Server befinden.

Anschließend widmet sich die Verfasserin dem Herausgabeanspruch. Sie kommt zu dem Ergebnis, dass die CCC umfassende Rechtfertigungsmöglichkeiten für das auf im Ausland gespeicherte Daten gerichtete Herausgabeverlangen bereithält (Art. 18 Abs. 1 CCC). Allerdings ist nach der Datenart zu differenzieren (S. 191).

Im letzten Kapitel zeigt *Bell* verbleibenden Handlungsbedarf auf (S. 195 ff.). Auch wenn sich die Cloud mit den bestehenden strafprozessualen Mitteln durchaus erschließen lässt, ergäben sich insbesondere bei der Frage nach der völkerrechtlichen Zulässigkeit strafprozessualer Ermittlungstätigkeiten in der Cloud Probleme (S. 220). So schlägt sie vor, Cloud-Anbieter auf internationaler und nationaler Ebene gesetzlich zu verpflichten, die Standorte der Server hinsichtlich der Staatsgrenzen verbindlich festzulegen. Hierdurch könne nicht nur das Handeln der Strafverfolgungsbehörden in völkerrechtlicher Hinsicht aus der bestehenden Grauzone gehoben werden, sondern auch für den Nutzer wäre eine Offenlegung der Speicherorte ein Zugewinn an Transparenz (S. 221). Auch sollte der Cloud-Anbieter verpflichtet werden, die Zugangsdaten vorzuhalten (S. 222).

In völkerrechtlicher Hinsicht sieht *Bell* Novellierungsbedarf der CCC, da diese nur unzureichende Rechtfertigungstatbestände bezüglich der im Ausland gespeicherten Daten bereithält (S. 224). Schade, dass sich die Verfasserin noch nicht mit dem Vorschlag einer Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Europäische Herausgabeordnungen und Sicherungsanordnungen für elektronische Beweismittel in Strafsachen befassen konnte. Dennoch bietet die Dissertation eine wichtige Grundlagenarbeit, die den Status quo strafprozessualer Ermittlungsmöglichkeiten in der Cloud aufzeigt und – wenn auch leider nur sehr zurückhaltend – Handlungsbedarfe aufzeigt. Konsequenterweise ist dies aber schon allein deshalb, weil die Verfasserin im Fahrwasser von *Wicker* und *Meyer-Goßner/Schmitt* keine Probleme damit hat, den Strafverfolgungsbehörden Zugriff auf Clouddaten zu gewähren, sobald die Daten auch in Deutschland gespeichert sein könnten. Dies ist sicher ein streitbarer Punkt, aber durchaus vertretbar. Recht zu geben ist *Bell* darin, dass – auch angesichts der insoweit zumindest strittigen und unklaren Rechtslage – die völkerrechtlichen Möglichkeiten und Grenzen von Ermittlungen in der Cloud gesetzlich konkretisiert und präzisiert werden sollten.

## **Lukas Schefer: Die Vortäuschung eines Zufallsfundes im Ermittlungsverfahren: Zur Zulässigkeit sogenannter „legendierter Kontrollen“**

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2019, Nomos, Baden-Baden, ISBN: 978-3-8487-5756-5, S. 356, Euro 92,00.

Legendierte Kontrollen sind als die „gezielte Suche nach dem Zufallsfund“ (so Müller/Römer, NSTZ 2012, 543) schon seit längerer Zeit Anlass wissenschaftlicher Diskussion im Hinblick auf ihre generelle Zulässigkeit und einschlägige Rechtsgrundlage. Der BGH hat sich in einer Grundsatzentscheidung eindeutig positioniert und legendierte Kontrollen prinzipiell für zulässig erklärt und als Ermächtigungsgrundlage die präventiv-polizeilichen Landesgesetze herangezogen (BGHSt 62, 123). Aber auch dieses Urteil blieb nicht unwidersprochen. Gleichwohl fehlte bislang eine umfassendere, grundlegende wissenschaftliche Aufarbeitung legendierter Kontrollen, die auch nach dem positiven Votum des 2. Strafsenats nicht überflüssig geworden ist.

Schefer geht in seiner Dissertation zunächst ausführlich der Frage nach, ob durch die legendierte Kontrolle Grundrechte tangiert werden, die eine Rechtsgrundlage erforderlich machen. Dabei differenziert er nach zwei Aspekten, die legendierten Kontrollen innewohnen: 1. der eigentliche Zweck legendierter Kontrollen, nämlich das Durchsuchungselement, 2. das Täuschungselement als notwendiges Mittel zur Erreichung des Durchsuchungszwecks. Er kommt zu dem – nicht sehr überraschendem Ergebnis – dass sowohl die Durchsuchung als auch die Täuschung in mehrfacher Hinsicht Grundrechtsrelevanz besitzen, so dass legendierte Kontrollen im Hinblick auf den Vorbehalt des Gesetzes nur dann zulässig sind, wenn sie sich auf eine formell-gesetzliche Ermächtigungsgrundlage stützen lässt.

In einem weiteren Schritt geht der Verfasser der Frage nach, ob es sich bei legendierten Kontrollen um ein präventiv oder ein repressiv polizeiliches Tätigwerden handelt. Er kommt – ebenso wie der 2. Strafsenat – zu dem Ergebnis, dass die Durchsuchung sowohl repressive als auch präventive Zwecke verfolge, so dass es sich um eine echte „doppelfunktionale“ Maßnahme handle (S. 155). Problematisch sei allerdings, wie derartige doppelfunktionale Maßnahmen im Hinblick auf die notwendige Differenzierung von Prävention und Repression zu behandeln seien und nach welchen Rechtsgrundlagen sich deren Rechtmäßigkeit richte. Schefer lehnt die Auffassung des BGH, nach der eine parallele Anwendbarkeit der repressiven und präventiven Rechtsgrundlagen möglich sei, ab (S. 186). Dies würde ein „Befugnis-Shopping“ zur Folge haben und die systematische Entwertung und Umgehung strafprozessualer Verfahrenssicherungen ermöglichen (S. 187 f.). Schefer fordert daher, auf der Ebene der Rechtmäßigkeitsprüfung die Voraussetzungen sowohl des prä-

ventiven als auch des repressiven Aufgabenbereichs zu erfüllen. Dies bedeute für das Durchsuchungselement legendierter Kontrollen, dass neben den Voraussetzungen der gefahrenabwehrrechtlichen Ermächtigungsgrundlagen zwingend auch diejenigen der Strafprozessordnung einzuhalten seien (S. 207).

Dem Täuschungselement käme dagegen ausschließlich eine repressive Zielsetzung zu, da es keinen Beitrag zur Verhinderung bevorstehender Rechtsgutsbeeinträchtigungen leiste. Daher sei die Täuschung nur durch eine Befugnisnorm der Strafprozessordnung zu rechtfertigen (S. 207). Dies ist – wie ich finde – eine sehr kurze Begründung. Letztlich soll doch die Täuschung die Durchsuchung ermöglichen und damit auch den – präventiven – Zugriff auf beispielsweise gefährliches Rauschgift einleiten und so eine Verbreitung und einen Konsum verhindern. Daher kann man meiner Ansicht nach Durchsuchung und Täuschung gar nicht klar trennen, weil die Täuschung quasi ein Durchgangsmoment vor der Durchsuchung darstellt. Zuzustimmen ist dem Verfasser aber hinsichtlich der Falschdarstellung in der Akte. Diese dient nicht der Gefahrenabwehr, sondern dem Zweck, das weitere Ermittlungsverfahren gegenüber den Hintermännern nicht zu gefährden. Eine taugliche Ermächtigungsgrundlage könne daher ausschließlich der Strafprozessordnung entnommen werden.

Nach einer kurzen rechtlichen Prüfung kommt Schefer zu dem Ergebnis, dass sich weder für das Durchsuchungs- und Täuschungselement, noch für die Falschdarstellung in der Akte Befugnisnormen in der Strafprozessordnung finden lassen. De lege lata handle es sich bei legendierten Kontrollen daher um einen nicht zu rechtfertigenden Eingriff in die Grundrechte des Betroffenen (S. 224). Hier hätte der Verfasser – gerade in Bezug auf die strafprozessualen Durchsuchungsvorschriften der §§ 102, 105 StPO – ruhig etwas tiefer schürfen können. Allerdings findet der Leser einen sehr beachtlichen Fußnotenapparat, so dass, wenn auch knapp, eine fundierte Bewertung erfolgt.

Im nächsten Kapitel prüft Schefer konsequent, welche strafprozessualen Folgen dieser rechtswidrigen Einsatz legendierter Kontrollen hat. Er kommt zu dem Ergebnis, dass nicht nur hinsichtlich des eigentlichen „Zufallsfundes“, sondern auch bezogen auf die späteren Aussagen des Betroffenen im Rahmen etwaiger Vernehmungen ein Beweisverwertungsverbot besteht (S. 241). Das Bestehen eines Verfahrenshindernisses lehnt er aber ab (S. 248).

Der Verfasser spürt dann Lösungsmöglichkeiten de lege ferenda nach und erörtert zunächst bisherige Lösungsvorschläge in der Literatur. Diese befindet er allerdings als

unzureichend und formuliert einen eigenen Gesetzesvorschlag in Form einer eigenständigen Ermächtigungsnorm für legendierte Kontrollen in § 110d StPO:

„(1) Wenn zureichende tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass eine Straftat von erheblicher Bedeutung

1. auf dem Gebiet des unerlaubten Betäubungsmittel- oder Waffenverkehrs, der Geld- oder Wertzeichenfälschung,
2. gewerbs- oder gewohnheitsmäßig oder
3. von einem Bandenmitglied oder in anderer Weise organisiert

begangen worden ist, darf eine Personen- oder Sachdurchsuchung im Sinne des § 102 nach Maßgabe der nachfolgenden Absätze durchgeführt werden. Das Vorgehen ist nur zulässig, soweit die Aufklärung auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre.

(2) Die Durchsuchung darf nur durch den Richter, bei Gefahr im Verzug auch durch die Staatsanwaltschaft und ihre Ermittlungspersonen (§ 152 des Gerichtsverfassungsgesetzes) angeordnet werden. § 35 ist nicht anwendbar.

(3) Dem Beschuldigten dürfen die wahren Hintergründe des Zugriffs verheimlicht werden, wenn anderenfalls der

Ermittlungserfolg gefährdet wäre. Die Befugnis aus Satz 1 umfasst die Fingierung einer allgemeinen Kontrolle sowie das Nichtaufklären über den aktuellen Ermittlungsstand.

(4) Absatz 3 gilt entsprechend für die Aktenführung.

(5) Die Verheimlichung nach den Absätzen 3 und 4 darf nur so lange aufrechterhalten werden, wie dies erforderlich ist, höchstens jedoch bis zur Erhebung der öffentlichen Klage (§ 170 Absatz 1). ...“ (S. 286 f.).

Durch diese Ermächtigungsgrundlage, so der Verfasser, könnten legendierte Kontrollen legitimiert werden. Dies hätte zur Folge, dass weder hinsichtlich des Fundes noch hinsichtlich späterer Aussagen des Betroffenen Beweisverwertungsverbote bestünden. Schefer fordert den Gesetzgeber auf, eine entsprechende Rechtsgrundlage zu schaffen (S. 289). Diese Forderung ist nicht neu, neu ist aber die dezidierte Ausformulierung und entsprechende Begründung. Hier sollte die wissenschaftliche Diskussion ansetzen und über diesen und andere Formulierungen nachdenken. Allerdings steht zu befürchten, dass der Gesetzgeber angesichts der klaren Positionierung des BGH und dem höchstrichterlichen Segen bzgl. der Zulässigkeit legendierter Kontrollen bereits de lege lata, keinen Anpassungsbedarf de lege ferenda erkennen kann.

## TAGUNGSBERICHT

## 2. Workshop Sicherheits- und Strafrecht im Angesicht der Digitalisierung

von Till Reinholz

Am 17.7.2020 fand die zweite Auflage des Workshops „Sicherheits- und Strafrecht im Angesicht der Digitalisierung“ statt. Nach dem großen Erfolg der Erstauflage am 27.6.2019,<sup>1</sup> wurde der zweite Workshop federführend von *Nicole Selzer* (Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg) und *Jannik Piepenburg* (Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg) initiiert, organisiert und moderiert. Insgesamt nahmen knapp 30 Personen an dem Workshop teil, darunter auch Wissenschaftler\*innen und Rechtsanwälte aus den Niederlanden, der Schweiz, Österreich und Japan sowie aus ganz Deutschland, unter anderem aus Berlin, Erlangen, Gießen, Halle, Magdeburg, Mainz und Saarbrücken. Die Zielsetzung des an der Martin-Luther-Universität gegründeten Netzwerks IT und Recht umfasst auch die frühzeitige Involvierung Studierender, welche ebenfalls die Möglichkeit zur Teilnahme erhielten.

In Anbetracht der herausfordernden Situation infolge der Corona-Pandemie galt es, eine alternative Form des Diskurses zu finden. Somit wurde der Workshop statt wie ursprünglich angedacht vis-à-vis in den Räumlichkeiten der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg zeitgemäß als Videokonferenz durchgeführt. Es wurden mehrere Breakout-Sessions eingeplant, um einen intensiveren Austausch in kleinerer Gruppe zu ermöglichen, die vergangenen Vorträge vertieft zu debattieren und die Netzwerkbildung zu unterstützen.

Nach einer Begrüßung und kurzen Vorstellung der Teilnehmer durch die beiden Gastgeber, begann der Keynote-Speaker *Ammar Alkassar* als Bevollmächtigter für Innovation und Strategie & Chief Information Officer des Saarlandes mit seinem Impulsvortrag. Zunächst wies er auf die besonderen Herausforderungen der Digitalisierung hin, welche durch Corona noch verschärft wurden. So sei – im Gegensatz zur analogen Welt – eine einfache Abstinenz aus der digitalen Welt nicht mehr möglich, sodass Jedermann de facto rund um die Uhr dem Informationsfluss ausgesetzt ist. Gleichzeitig erlange der Einzelne jedoch auch mehr Macht und Möglichkeiten, seine Meinung darzulegen. Als Kritikpunkt stellte *Alkassar* die mangelnde Digitalisierung in der Verwaltung dar, so ist das grundlegende Modell seit etwa 200 Jahren nahezu unverändert und bedürfe einer grundlegenden Reformierung. Zur Diskussionsanregung stellte Herr *Alkassar* mehrere Thesen auf. So sei Cybersicherheit ein wesentlicher Parameter für die geopolitischen Konflikte der Zukunft, wobei die Bedeutung, insbesondere bezüglich der ökonomischen

Tragweite, stetig zunehme. Weiterhin wurde hinterfragt, inwieweit die technologische Entscheidung der Cybersicherheit bereits gefallen sei, ergo inwiefern eine Angriffs-respektive Verteidigungsasymmetrie bestehe und wirksamer Schutz vor Attacken gegeben ist. Hinsichtlich der zukünftigen möglichen Entwicklungen stellte *Alkassar* anhand des EU-China-Konflikts mehrere Szenarien dar, welche von völliger Integration und Symbiose der technologischen Fähigkeiten bis zu eskalierender Konfrontation und Isolation reichten. In einer weiteren Fragestellung wurde die herausragende Bedeutung von Künstlicher Intelligenz (KI) für die Cybersicherheit thematisiert, um anschließend die Frage aufzuwerfen, ob die Digitalisierung dem Recht enteile. Hier stellte *Alkassar* die „Cyberwehr“ des Saarlandes als deutsches Pilotprojekt vor, um eine effektive Strafverfolgung und Verteidigung vor Cyberattacken zu gewährleisten. Zuletzt wurden Effektivität und eine eventuelle Automatisierung der Strafverfolgungsabläufe aus verschiedenen Perspektiven dargestellt, um weiterhin dem in der StPO gesetzlich manifestierten Legalitätsprinzip entsprechen zu können und eine Überlastung der Behörden entgegenzuwirken, ohne dem Bürger ein faires Verfahren vorzuenthalten. Der Impulsvortrag endete mit einer regen Diskussion aller Workshop-Teilnehmer\*innen.

Im anschließenden Vortrag stellte *Sebastian Oelrich*, M.Sc., LL.M.oec. (Otto-von-Guericke-Universität Magdeburg) Ergebnisse einer gemeinsam mit *Nicole Selzer* vorgenommenen Untersuchung zum Einfluss der Dunklen Triade (Machiavellismus, Narzissmus und Psychopathie) und Moralentwicklung auf cyberkriminelle Absichten vor.<sup>2</sup> Hierfür fokussierten sie sich insbesondere auf Cyber-dependent Handlungen wie bspw. Hacken. Sie fanden einerseits, dass nur höhere machiavellistische und psychopathische Tendenzen mit höheren cyberkriminellen Absichten einhergehen, während Narzissmus keinen signifikanten Einfluss aufwies. Auf der anderen Seite hat die moralische Entwicklung auf einer regelkonformen Ebene erwartungsgemäß eine hemmende Wirkung, während eine höhere moralische Entwicklung (post-conventional Level) wiederum cyberkriminelle Absichten steigern könnte. In der anschließenden Diskussion wurde unter anderem debattiert, wie sich in Ansehung der Ergebnisse verschiedene Delikte und Begehungsweisen im Bereich Cybercrime verorten lassen und sich hinsichtlich des moralischen Aspekts Hackergruppen wie etwa Anonymous von stereotypen Cyberkriminellen unterscheiden könnten.

<sup>1</sup> Vgl. *Selzer*, KriPoZ 2019, 320 ff.

<sup>2</sup> *Selzer/Oelrich*, in: Leukfeldt/Weulen Kranenbarg (Hrsg.), Cybercrime in context: the human factor in victimization, offending, and policing (im Erscheinen).

Als nächstes stellte *Bettina Pospisil* (Donau-Uni Krems) die Problematik der Hell- und Dunkelfeldforschung im Bereich Cybercrime dar, wobei sie insbesondere auf die österreichische Situation Bezug nahm.<sup>3</sup> In den letzten Jahren sei ein zunehmender Anstieg von Cybercrime zu verzeichnen. Dabei zeige sich, dass eine große Differenz zwischen Hell- und Dunkelfeld, aber auch zwischen relativen und absoluten Dunkelfeld bestehe. *Pospisil* problematisierte hierbei die oftmals fehlende Wahrnehmung von Cybercrime und Opfer einer solchen Straftat geworden zu sein. Dies betreffe nicht nur Privatpersonen sondern auch Unternehmen. Neben anderen Faktoren sei es bspw. abhängig davon welche Art von Cybercrime verübt werde, so sei Spyware regelmäßig dem absoluten Dunkelfeld zuzuordnen. Um Cybercrime zu untersuchen, führte sie Untersuchungen sowohl im Hell- als auch Dunkelfeld durch, um ein möglichst genaues Bild der Verbreitung von Cybercrime zu erhalten. Hierbei ergaben sich vielfältige Herausforderungen, in der Hellfeldanalyse bspw. der mangelnde Zugang zu polizeilichen Akten, die unterschiedlichen Tathergänge die unter ein Strafnorm subsumiert werden oder unterschiedliche nationale und internationale Rechtsrahmen, welche die Vergleichbarkeit erschweren. Im Rahmen der Dunkelfeldstudien zeigte sich insbesondere die Wahrnehmung als Herausforderung, weshalb Informationen zum Tathergang und Umfang schwierig zu ermitteln waren.

Nach einer weiteren Breakout Session und der Mittagspause stellte *Florian Nicolai* (Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg) das Internet of Things (IoT) und dessen Bezug zum Strafrecht vor und legte hierbei einen besonderen Fokus auf die Ermittlungsmaßnahmen der StPO und wie sich die Automatismen des IoT unter die gesetzlich formulierten Tatbestandsmerkmale subsumieren lassen. *Nicolai* hinterfragte beispielsweise eine mögliche Analogie im Bereich des Einbruchsdiebstahls nach §§ 243, 244 StGB durch das „digitale Eindringen“ in die Privatsphäre, um anschließend die rechtspolitischen Konsequenzen zu erläutern. Andererseits wurde auch die Rolle des IoT als Aufklärungshilfe dargestellt, sodass etwa durch Smart Cars Straßenverkehrsdelikte leichter aufgeklärt oder die Installation eines Smart Homes häusliche Gewalt belegen könnten. Es ergeben sich somit diverse rechtliche und tatsächliche Probleme und Risiken rechtspolitischer, materiell- und prozessrechtlicher sowie kriminologischer Natur, allerdings auch diverse Chancen und neue Perspektiven.

*Dr. Oskar Josef Gstrein*, M.A., LL.M (Rijksuniversiteit Groningen – Campus Fryslân) stellte wie im vergangenen Jahr das Projekt Cutting Crime Impact (CCI) vor.<sup>4</sup> Der aktuellen Stand des Projektes, erste Resultate und Schwierigkeiten, die bei der Umsetzung auftraten, wurden erörtert. So wurden rechtliche Probleme im Rahmen von DGSVO und EU-Richtlinien thematisiert. Zentrale Bedeutung habe insofern die Fragestellung, wie transparent Polizeiarbeit sein darf, um einerseits den Ermittlungs- und Präventionserfolg nicht zu gefährden und andererseits den

Datenschutz der Bürger als vertrauensschaffendes Element in die Ermittlungsbehörden zu schützen. Ethisch sei zu hinterfragen, inwieweit eine Stigmatisierung von Gruppen oder Wohngebieten stattfinde, die präventiven Maßnahmen ausgesetzt seien. Im Fokus steht hierbei vor allem Kleinkriminalität, sog. „petty crime“. Prognostisch sei zu berücksichtigen, dass die Maßnahmen langfristigen Erfolg versprechen und der größte Nutzen für das interne Management, auch hinsichtlich städtebaulicher Entscheidungen, bestehe.

Im Anschluss an eine weitere Breakout Session, folgte der Vortrag von *Marcel Valentin* (Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg) zum Thema „Vernetzte Demokratie – Risiken des Einsatzes intelligenter Systeme im Wahlkampf“. Der Aktualität und Relevanz des Themas entsprechend, nannte *Valentin* beispielhaft Anwendungsbereiche der letzten Jahre, etwa die Meinungsbeeinflussung des US-Wahlkampfes 2016 mit potentiell russischem Einfluss oder dem Twittern von Meinungsrobotern gegen den Migrationspakt der UNO im Jahr 2018. Die hervorgehobene Rolle spiele in Wahlkämpfen das Micro-Targeting, welches gezielt Wählergruppen durch Datenbankanalysen anspreche. Diese Variante sei erstmals von *Obama* in den Wahlkämpfen 2008 und 2012 angewandt worden, spielte jedoch auch bei Trumps Wahlkampf 2016 eine große Rolle. Genutzte Ressourcen seien bspw. Datenbanken wie Wählerverzeichnisse, Spenden oder sonstige freiwillige Angaben von Daten. Dies führe zu einer erhöhten Effizienz des Wahlkampfes und einer genaueren Wahlverhaltensvorhersage. *Valentin* problematisierte die daraus folgenden Konflikte mit den Wahlgrundsätzen im demokratischen System und der gesteuerten Beeinflussung der öffentlichen Meinungsbildung. Letztere würde speziell durch Social Bots in den Foren sozialer Netzwerke manipuliert. Grundlage der lebhaften Diskussion war die Frage, inwieweit der politische Willensbildungsprozess umgekehrt würde und wie eine unkontrollierbare und intransparente Nutzung intelligenter Systeme zum Schutze einer demokratischen Wahl verhindert werden könne.

Zum Abschluss stellte *Stefan Hessel* die von ihm sowie *Lena Leffer* und *Karin Potel* (reuschlaw Legal Consultants & Uni Saarland) untersuchte Thematik der Desinformationsangriffe auf Unternehmen vor. Im Fokus der Untersuchung standen Tätergruppen und deren Motivationen sowie die präventiven und reaktiven Schutzmöglichkeiten für Unternehmen. *Hessel* nannte hier das „Dreieck der Desinformation“, welches aus Identität, Umfang und Steuerung des Desinformationsprozesses bestehe. Anschließend ordnete er die Angriffe rechtlich ein und zeigte auf, dass potentielle Rechtsschutzlücken, insbesondere hinsichtlich der Beweisführung, bestehen könnten. Er regte Lösungsmöglichkeiten wie die Einführung eines neuen StGB-Tatbestandes an oder die Verpflichtung von sozialen Netzwerken zum Löschen schädigender Posts und anderweitiger Beeinflussungen, wie von ihm beispielhaft genannt, eine Aktienkursbeeinflussung durch eine vermeintliche Übernahme des Unternehmens. In der anschließend geführten Diskussion wurde – wie im Rahmen

<sup>3</sup> *Huber/Pospisil*, in: Rüdiger/Bayerl (Hrsg.), Cyberkriminalologie. Kriminologie für das digitale Zeitalter, 2020, S. 109-133.

<sup>4</sup> <https://www.cuttingcrimeimpact.eu> (zuletzt abgerufen am 2.8.2020).

der anderen Vorträge auch – auf die steigende Bedeutung von Social Media und Digitalisierung generell und hier speziell für Unternehmen eingegangen.

Im Anschluss fand ein gebührender Ausklang und eine letzte diskussionsfreudige Breakout-Session statt. Trotz der coronabedingten erschwerten Umstände für die Organisatoren ist es ihnen gelungen, jungen Forschern und Wissenschaftlern eine angemessene und interdisziplinäre Plattform für eine Vernetzung und wissenschaftliche Diskussion zu geben. Neben spannenden Vorträgen und Diskussionen wurden auch viele neue Kontakte geknüpft.

Durch internationale Referierende und Teilnehmer wurden auch länderübergreifende Perspektiven aufgezeigt und somit neue Denkansätze geschaffen. Das breitgefächerte Portfolio der Vorträge zeigt die Themenvielfalt und Risiken der Digitalisierung sowie die Relevanz der dringend notwendigen Bündelung des Forschungspotentials in Europa, um der immensen Herausforderungen Herr zu werden. Es ist wünschenswert, dass das Format eine weitere Fortsetzung findet und noch mehr Wissenschaftler\*innen aus verschiedenen Disziplinen zum Eintritt in einen gemeinsamen Diskurs anregt.