

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 | 308 – 348

308 | Der Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder

von Prof. Dr. Joachim Renzikowski

318 | Die Verwendung von Corona-Gästelisten zur Strafverfolgung

von Dr. Tanja Niedernhuber

328 | Datenschutzaufsicht im strafprozessualen Ermittlungsverfahren

von Matthias Gisch

337 | Strafprozesskostenübernahme wegen des Todes des Angeschuldigten

von Dr. Gurgen Petrossian, LL.M.

342 | „Der Rechtsstaat braucht den freien Blick ins Gesicht“ – Maskerade in der Hauptverhandlung?

von Dr. Martin Heuser und Prof. Dr. Jan Bockemühl

AUSLANDSRUBRIK | 349 – 355

349 | Analyse über das Phänomen des Betrugs von besonderer Art in Japan

von Prof. Akihiro Onagi

BUCHBESPRECHUNGEN | 356 – 361

356 | Ingke Goeckenjan/Jens Puschke/Tobias Singelnstein (Hrsg.): Für die Sache – Kriminalwissenschaften aus unabhängiger Perspektive.

Festschrift für Ulrich Eisenberg zum 80. Geburtstag

von Prof. Dr. Anja Schiemann

360 | Steffen Rittig: Der medienrechtliche Auskunftsanspruch gegen Strafverfolgungsbehörden

von Prof. Dr. Dr. Markus Thiel

TAGUNGSBERICHT/FORSCHUNGSBERICHT | 362 – 369

362 | 14. Güstrower Herbstgespräche – „Wenn Menschen sterben wollen“

von RAIN Melanie Steuer

366 | Der Masterstudiengang Kriminalistik an der PH Brandenburg

von Ltd. Kriminaldirektor a.D. Prof. Ralph Berthel

ALLGEMEINE BEITRÄGE

Der Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder

von Prof. Dr. Joachim Renzikowski*

Abstract

Nach dem Abschlussbericht der Kommission zur Reform des Sexualstrafrechts liegt mit dem Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder die erste größere Reform im Sexualstrafrecht vor. Der Gesetzesentwurf ist jedoch enttäuschend. Die Erkenntnisse der Kommission werden ausschließlich herangezogen, um damit Erweiterungen der Strafbarkeit zu begründen. Zentrale Kritik und Entkriminalisierungsvorschläge werden dagegen völlig ignoriert. Wieder einmal schlagen kriminalpolitische Vorurteile wissenschaftliche Erkenntnisse.

According to the final report from the commission on reforming the law on sexual offences, the proposal for a law to combat sexual violence against children will be the first major reform in this area of law. However, the bill is disappointing. The commission's insights will be used exclusively to justify expanded culpability. In contrast, central criticism and decriminalization proposals are completely ignored. Once again, criminal policy prejudices beat scientific findings.

I. Einleitung

Die Hochstufung des § 176 StGB zu einem Verbrechen ist schon lange ein Anliegen konservativer Kriminalpolitik. Dadurch würde der Rechtszustand wiederhergestellt, der seit § 176 Abs. 1 Nr. 3 RStGB bis zur Liberalisierung des Sexualstrafrechts in der großen Strafrechtsreform der 1970er Jahre galt.¹ Allerdings war die Rückkehr zur Verbrechenslösung eine der großen rechtspolitischen Auseinandersetzungen beim 6. StrRG von 1996.² Bekanntlich ist der Gesetzgeber diesem Ansinnen nicht gefolgt. Ein

Zugeständnis an die Verbrechenslösung war allerdings die Einführung der automatischen Rückfallschärfung in § 176a Abs. 1 Nr. 1 StGB, ebenfalls einer Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr.³ Bemerkenswerterweise plädiert die vom BMJV eingesetzte Kommission zur Reform des Sexualstrafrechts in ihrem Abschlussbericht für eine Streichung der automatischen Rückfallschärfung.⁴ Mit dem 6. StrRG endeten die Diskussionen jedoch nicht, sondern die Forderung nach einer höheren Mindeststrafe schon für die Grundtatbestände des § 176 Abs. 1 und 2 StGB wurde in schöner Regelmäßigkeit wiederholt.⁵ Nachdem sich der Streit zwischen der Vergehens- und der Verbrechenslösung zu einem regelrechten Glaubenskrieg entwickelte, versuchte der Gesetzgeber mit dem SexualdelÄndG vom 27.12.2003 einen Spagat: § 176 Abs. 1 und 2 StGB sollten weiterhin Vergehen bleiben, aber die Rechtsfolgen des sexuellen Kindesmissbrauchs sollten weitgehend der Verbrechenslösung angeglichen werden. Neu eingeführt wurde in § 176 Abs. 3 StGB ein unbenannter besonders schwerer Fall mit einer Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr.⁶ Gleichzeitig wurde der minder schwere Fall des Grunddelikts mit der Begründung gestrichen, es stelle für die Opfer eine nicht unerhebliche seelische Belastung dar, wenn die gegen ihre Person gerichtete Straftat als minder schwer eingestuft werde.⁷ Erneut kommt die Kommission zur Reform des Sexualstrafrechts zum gegenteiligen Ergebnis: Mit deutlicher Mehrheit schlug sie die Wiedereinführung des minderschweren Falles vor.⁸

* Prof. Dr. Joachim Renzikowski ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht und Rechtsphilosophie/Rechtstheorie an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

¹ § 176 Abs. 1 RStGB lautete: 'Mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer (...) 3. mit Personen unter vierzehn Jahren unzüchtige Handlungen vornimmt oder dieselben zur Verübung oder Duldung unzüchtiger Handlungen verleitet.

² Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter sechs Monaten ein.

³ S. die Äußerung des BRates zum RegE, BT-Drs. 13/8587, S. 58 und die Stellungnahme der BReg, a.a.O., S. 81; vgl. dazu Krefß, NJW 1998, 633 (638 f.).

⁴ Vgl. Krefß, NJW 1998, 639; zur Kritik s. Funcke-Auffermann, Symbolische Gesetzgebung im Lichte der positiven Generalprävention, 2007, S. 139 ff.; Jäger, Symbolisches Strafrecht – expressive Kriminalpolitik: Die Reform der Sexualdelikte, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (Hrsg.), Irrwege der Strafgesetzgebung, 1999, S. 49 (60); Renzikowski, NSZ 1999, 440 (441); von Danwitz, KritV 2005, 255 (262 f.) hält die Vorschrift gar für verfassungswidrig.

⁵ BMJV (Hrsg.), Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, 2017, S. 174, 322 f.

⁶ Die Erhöhung der Mindeststrafe auf ein Jahr wurde in der 14. Legislaturperiode von der CDU/CSU und vom BRat gefordert (BT-Drs. 14/1125 und 6709) und in der 15. Legislaturperiode erneut eingebracht (BT-Drs. 15/29); s. dazu auch Funcke-Auffermann (Fn. 3), S. 167 ff.

⁷ Krit. hierzu Duttge/Hörnle/Renzikowski, NJW 2004, 1065 (1066).

⁸ BT-Drs. 15/350, S. 17. Mit dieser Begründung könnte man freilich die allermeisten minderschweren Fälle streichen, woran der Gesetzgeber bislang zum Glück noch nicht gedacht hat. Berechtigte Kritik bei Funcke-Auffermann (Fn. 3), S. 151 ff.; Fischer, StGB, 67. Aufl. (2020), § 176 Rn. 34.

⁹ Abschlussbericht (Fn. 4), S. 112 f., 316 f.

Nunmehr scheint die Zeit günstig. Einige aufsehenerregende Missbrauchsfälle in Nordrhein-Westfalen mit unzähligen Verdächtigen, in denen die Taten an den Kindern im Netz weiterverbreitet wurden,⁹ und die damit verbundene erhebliche mediale Aufmerksamkeit führte zur politischen Forderung nach härteren Strafen.¹⁰ Nachdem die Bundesjustizministerin *Christine Lambrecht* ihren ursprünglichen Widerstand unter öffentlichem Druck revidierte,¹¹ wurde im August ein Referentenentwurf¹² in die Anhörung gegeben. Am 21.10.2020 hat nun die Bundesregierung den Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder beschlossen. Dieser Entwurf, der alsdann von den Fraktionen der CDU/CSU und der SPD in den Bundestag eingebracht wurde,¹³ enthält eine umfassende Reform der §§ 176 ff. StGB, Strafverschärfungen bei der Kinderpornographie (§ 184b StGB) sowie weitere Änderungen im Sexualstrafrecht, die im Folgenden – auch aus rechtsvergleichender Perspektive mit Österreich und der Schweiz – kritisch gewürdigt werden sollen.

Daneben enthält der Entwurf weitere Regelungen, auf die hier nur am Rande eingegangen werden kann, so etwa längere Nachweisfristen von pädosexuellen Straftaten im erweiterten Führungszeugnis (§ 34 BZRG), erweiterte Befugnisse der Strafverfolgungsbehörden zum Abhören von Messengerdiensten und zur Online-Durchsuchung (§§ 100a, 100b, 100g StPO), Qualifikationsanforderungen für Jugend- und Familienrichter im Umgang mit Minderjährigen (§§ 23b Abs. 3 GVG; 37 JGG) sowie zur Stärkung von Minderjährigen im Verfahrensrecht (§ 48a StPO).

II. Die Reform der §§ 176 ff. StGB

1. „Sexualisierte Gewalt“ ohne „Gewalt“?

Die neue Gesetzesüberschrift über § 176 GesE lautet „Sexualisierte Gewalt gegen Kinder“. Diese Bezeichnung

wird auch in den weiteren Vorschriften beibehalten (insbes. § 176a GesE: „Sexualisierte Gewalt gegen Kinder ohne Körperkontakt mit dem Kind“). Nun wird schon länger an dem in § 176 StGB – aber auch in anderen Straftatbeständen des 13. Abschnitts – verwendeten Ausdruck „Missbrauch“ kritisiert, er impliziere sprachlich, dass von einer grundsätzlich zulässigen Befugnis im Einzelfall ein unzulässiger Gebrauch gemacht werde.¹⁴ Ob man den Ausdruck „Missbrauch“ wirklich nur mit dieser engen Bedeutung verstehen kann, soll hier dahinstehen.¹⁵ Im Sexualstrafrecht ist der Ausdruck „Missbrauch“ jedenfalls seit langem eingeführt und bezeichnet die Fälle, in denen die sexuelle Selbstbestimmung einer Person verletzt wird, die aus verschiedenen Gründen nicht zu einer rechtlich relevanten Willensbildung in der Lage ist, während man von einer Nötigung spricht, wenn der Wille bzw. die Willensbildung einer anderen Person durch nötigenden Zwang überwunden wird.¹⁶ Auch das österreichische Strafrecht verwendet den Ausdruck „Missbrauch“.¹⁷ Der Fachsprachgebrauch beruht also auf guten Gründen. Das schließt indes nicht aus, nach einer besseren Bezeichnung zu suchen. Diese Bezeichnung müsste dann freilich auf alle bisherigen „Missbrauch“-Fälle passen, denn das Problem einer angemessenen Systematisierung des Sexualstrafrechts, in der Unrechtstypen nach ihrer Schwere voneinander unterschieden werden können, bleibt ja bestehen.¹⁸

Der Ausdruck „sexualisierte Gewalt gegen Kinder“ soll ausweislich der Gesetzesbegründung „das Unrecht dieser Straftaten klarer“ umschreiben und „einer Bagatellisierung“ entgegenwirken.¹⁹ Eine solche Terminologie ist in den Sozialwissenschaften nicht unüblich; man spricht allgemein von „sexueller Gewalt“, um sämtliche Formen einer – denkbaren – Beeinträchtigung der sexuellen Selbstbestimmung zu erfassen, unabhängig von der – nicht geläufigen oder als zu eng empfundenen – strafrechtlichen Begrifflichkeit.²⁰ Berühmt geworden ist etwa der Begriff

⁹ Der Fall in Lügde hat es inzwischen zu einem eigenen Wikipedia-Artikel geschafft. Weiter zu nennen wären die Fälle in Bergisch-Gladbach (Zeit Online v. 29.6.2020, abrufbar unter: <https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2020-06/missbrauchsfall-bergisch-gladbach-staatsanwaltschaft-koeln-cybercrime-taskforce>, zuletzt abgerufen am 2.11.2020) und Münster (Zeit Online v. 15.9.2020, abrufbar unter: <https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2020-09/missbrauchsfall-muenster-anklage-sexueller-missbrauch-kinder>, zuletzt abgerufen am 2.11.2020).

¹⁰ Vgl. Spiegel Online v. 8.6.2020, abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/kindesmissbrauch-in-muenster-herbert-reul-wir-werden-garantiert-nie-alle-erwischen-a-02e52d17-b2f6-463-7-8720-533e79fa985b> (zuletzt abgerufen am 2.11.2020). Die Strafrechtswissenschaft sah diese Vorstöße überwiegend sehr kritisch, s. etwa LTO v. 11.6.2020, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/kinderpornografie-sexueller-missbrauch-kinder-strafrahmen-lambrecht-cdu-csu-verbrechen-strafverschaeftung/> (zuletzt abgerufen am 2.11.2020).

¹¹ Vgl. FAZ.Net v. 18.6.2020, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/kindesmissbrauch-innenminister-ringen-um-haertere-strafen-16819897.html> (zuletzt abgerufen am 2.11.2020). Ausführliche Kritik bei *Eisele*, Die Bundesjustizministerin hat die Bazooka ausgepackt, LTO v. 6.7.2020, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/lambrecht-bekaempfung-kindesmissbrauch-kinderpornografie-strafen-gewalt-bmjbv-muenster-verbrechen/> (zuletzt abgerufen am 2.11.2020); *Hörnle*, ZIS 2020, 440 ff.

¹² Unter: https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Bekaempfung_sex_Gewalt_Kinder.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 2.11.2020).

¹³ BT-Drs. 19/23707 – im Folgenden GesE.

¹⁴ So etwa *Fischer* (Fn. 7), Vor § 174 Rn. 8; *Wolters*, in: SK-StGB, 9. Aufl. (2017), § 174 Rn. 2.

¹⁵ S. dazu etwa *Hörnle*, ZIS 2020, 445.

¹⁶ Vgl. *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), Vor § 174 Rn. 10.

¹⁷ Z.B. § 206 öStGB: „Schwerer sexueller Mißbrauch von Unmündigen“; § 207 öStGB: „Sexueller Mißbrauch von Unmündigen“; § 207b StGB: „Sexueller Mißbrauch von Jugendlichen“; usw.

¹⁸ S. auch *Hörnle*, ZIS 2020, 442.

¹⁹ BT-Drs. 19/23707, S. 22.

²⁰ Vgl. etwa *Müller/Schöttle*, Lebenssituation, Sicherheit und Gesundheit von Frauen in Deutschland. Eine repräsentative Studie zur Gewalt gegen Frauen in Deutschland im Auftrag des BMFSFJ, 2015, S. 90: sexuelle Belästigung als „spezifische Form von Gewalt“; BMFSFJ, Aktionsplan 2011 der Bundesregierung zum Schutz von Kindern und Jugendlichen vor sexueller Gewalt und Ausbeutung, S. 11 f. (abrufbar unter: <https://www.bmfsfj.de/blob/86314/a1769f1ca0875dbdd683eb72e4b48b2c/aktionsplan-2011-data.pdf>, zuletzt abgerufen am 9.11.2020); Abschlussbericht Runder Tisch, Sexueller Kindesmissbrauch in Abhängigkeits- und Machtverhältnissen in privaten und öffentlichen Einrichtungen und im familiären Bereich, 2012, S. 11 f. (abrufbar unter: <https://www.bmfsfj.de/blob/93204/2a2c26eb1dd477abc63a6025bb1b24b9/abschlussbericht-runder-tisch-sexueller-kindesmissbrauch-data.pdf>, zuletzt abgerufen am 9.11.2020).

der strukturellen Gewalt des Norwegers *Johan Galtung*.²¹ Im Strafrecht ist dagegen für den Gewaltbegriff, jedenfalls bislang, eine psychische Zwangswirkung charakteristisch.²² Für sonstige Einwirkungen auf den Körper eines anderen wird der Ausdruck „Gewalttätigkeit“ verwendet. Man kann darüber streiten, ob der Verzicht auf eine Nötigung in § 177 Abs. 5 Nr. 1 StGB daran etwas geändert hat. Aber selbst wenn man Gewalt nicht mehr im Kontext einer Nötigung einordnen will,²³ muss es sich um eine erhebliche Einwirkung auf den Körper handeln, die wegen des Verschleifungsverbots nicht mit der (unerwünschten) sexuellen Handlung identisch sein darf.²⁴ Die Gesetzesbegründung meint hierzu, mit der Änderung der Begrifflichkeit sei keine Inhaltsänderung verbunden: „Es bleibt dabei, dass es für die Tatbestandsverwirklichung nicht auf die Anwendung von Gewalt oder auf Drohung mit Gewalt ankommt.“²⁵ Es gibt künftig also Fälle sexualisierter Gewalt gegen Kinder ohne Gewalt (die unter § 176 Abs. 1 GesE subsumiert werden) und Fälle sexualisierter Gewalt gegen Kinder mit Gewalt (die unter § 177 Abs. 5 Nr. 1 StGB subsumiert werden). „Klar“ ist hier nur eins: der Selbstwiderspruch des Gesetzgebers, dem der Verstoß gegen die Logik ganz gleichgültig ist. Anscheinend kann man ein Wort mal dieses, mal jenes heißen lassen, ganz nach Belieben desjenigen, der die Macht hat.²⁶ Tatsächlich werden mit der neuen Wortwahl Differenzierungen und Systematik des Sexualstrafrechts über Bord geworfen.

Die von der Gesetzesbegründung behauptete „Bagatellisierung“ hätte zudem Anlass geben müssen, über eine Umbenennung aller Missbrauchsdelikte nachzudenken. Das ist aber nicht geschehen. Jedenfalls, was § 176 StGB betrifft, hätte sich als Alternative Art. 187 schwStGB angeboten, wonach „Sexuelle Handlungen mit Kindern“ strafbar sind.²⁷ Tatsächlich dürfte ein anderer Grund für die Wortwahl maßgeblich sein, den die Gesetzesbegründung in unmissverständlicher Deutlichkeit herausstreicht: „Jede sexuelle Handlung mit einem Kind ist als sexualisierte Gewalt zu brandmarken.“²⁸ Es geht also um Labeling.²⁹ Wenn § 176 StGB künftig ein Verbrechen sein soll, schwingt bei „sexualisierter Gewalt“ die notwendige

Dramatik mit. Um eine Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr zu begründen, klingt „sexuelle Handlungen mit Kindern“ einfach zu lasch.

2. Die neue Systematik der §§ 176 – 176d GesE

Bevor die erhöhten Strafrahmen näher betrachtet werden, soll ein Blick auf die neue Gesetzessystematik geworfen werden. § 176 Abs. 1 und 2 StGB werden ohne inhaltliche Änderungen in § 176 Abs. 1 Nr. 1 und 2 GesE überführt. Diese Fälle sind künftig als Verbrechenstatbestände ausgestaltet. Der besonders schwere Fall des § 176 Abs. 3 StGB entfällt.

§ 176a GesE beschreibt verschiedene Alternativen sexualisierter Gewalt gegen Kinder ohne Körperkontakt. Dabei handelt es sich um die Fälle, dies bislang in § 176 Abs. 4 Nr. 1, 2 und 4 StGB normiert sind. Die Mindeststrafe wird von drei Monaten auf ein halbes Jahr und die Höchststrafe von fünf auf zehn Jahre heraufgesetzt. § 176a Abs. 3 GesE ordnet über die bisherige Rechtslage hinausgehend die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs nach Abs. 1 Nr. 3 in den Fällen an, in denen der Täter irrtümlich annimmt, seine Einwirkung beziehe sich auf ein Kind. Ausweislich der Gesetzesbegründung soll dadurch eine Strafbarkeitslücke für „Scheinkind-Konstellationen“ geschlossen werden.³⁰ Übersehen wird dabei jedoch, dass § 176a Abs. 1 Nr. 3 GesE eine ganz andere Schutzrichtung hat als die Strafvorschrift gegen „Cybergrooming“: Bei letzterer geht es darum, Kinder davor zu bewahren, Opfer eines Missbrauchs zu werden. Das Verbot der Konfrontation mit pornographischen Inhalten soll dagegen Kinder davor bewahren, durch explizite Darstellungen von Sexualität verunsichert oder verstört zu werden.³¹ Tatsächlich dürfte es darum gehen, Ermittlungsansätze für polizeiliche Lockspitzel zu schaffen.³²

§ 176b GesE („Vorbereitung sexualisierter Gewalt gegen Kinder“) enthält in Abs. 1 die Fälle des § 176 Abs. 3 StGB nebst der fragwürdigen Sonderregel zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs (früher: § 176 Abs. 6 Hs. 2 StGB, jetzt: Abs. 3).³³ Hier ist es auch bei den früheren Strafrahmen geblieben.

²¹ *Galtung*, Violence, Peace, and Peace Research, Journal of Peace Research 6 (1969), 167 (168): „... violence is present when human beings are influenced so that their actual somatic and mental realizations are below their potential realizations“.

²² Statt vieler *Eisele*, in: Schönte/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), Vor §§ 234 ff. Rn. 10a. Es ist offensichtlich, dass der Begriff der strukturellen Gewalt für das Strafrecht ungeeignet ist.

²³ So BGHSt 63, 220 (223 f.) m. Anm. *Ziegler*, NSTz 2019, 673 und *Hoven*, StV 2019, 542.

²⁴ *S. Eisele* (Fn. 22), § 177 Rn. 75.

²⁵ BT-Drs. 19/23707, S. 22.

²⁶ Vgl. *Lewis Carroll*, Alice hinter den Spiegeln, übersetzt von Christian Enzensberger, 1974, S. 87 f.: „Ich verstehe nicht, was Sie mit ‚Glocke‘ meinen“, sagte Alice. Goggelmoggel lächelte verächtlich: „Wie solltest du auch – ich muß es dir doch zuerst sagen. Ich meinte: ‚Wenn das kein einmalig schlagender Beweis ist!‘“ „Aber ‚Glocke‘ heißt doch gar nicht ‚einmalig schlagender Beweis‘“, wandte Alice ein. „Wenn ich ein Wort gebrauche“, sagte Goggelmoggel in recht hochmütigem Ton, „dann heißt es genau, was ich für richtig halte – nicht mehr und nicht weniger.“ „Es fragt sich nur“, sagte Alice, „ob man Wörter einfach etwas anderes heißen lassen kann.“ „Es fragt sich nur“, sagte Goggelmoggel, „wer der Stärkere ist, weiter nichts.“

²⁷ S. auch *Laubenthal*, in: FS Fischer, 2018, S. 431 (438). Im schweizerischen Strafrecht liegt die Schutzaltersgrenze allerdings bei 16 Jahren, was durch eine gleitende Schutzaltersklausel kompensiert wird. Auf diese Weise ließe sich auch die Problematik von § 182 Abs. 3 StGB, s. dazu *Renzikowski* (Fn. 16), § 182 Rn. 57 ff., lösen.

²⁸ BT-Drs. 19/23707, S. 22 – Hervorh. vom Verf.

²⁹ Dazu eingehend *Kunz/Singelstein*, Kriminologie, 7. Aufl. (2016), S. 168 ff.

³⁰ BT-Drs. 19/23707, S. 39.

³¹ *Hörnle*, ZIS 2020, 444.

³² S. auch BT-Drs. 19/23707, S. 22: „Zugleich wird damit die Strafverfolgung erleichtert.“

³³ S. dazu krit. *Schneider*, KriPoZ 2020, 137 ff.

In § 176c GesE („schwere sexualisierte Gewalt gegen Kinder“) finden sich die Fälle des schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern nach § 176a StGB. Bei Abs. 1 beträgt die Mindeststrafe einheitlich zwei Jahre wie bisher für die in § 176a Abs. 2 StGB aufgeführten Alternativen. Abs. 2 enthält mit derselben Strafdrohung den Kindesmissbrauch zu pornographischen Zwecken nach § 176a Abs. 3 StGB. Während der Referentenentwurf auf die automatische Rückfallschärfung nach § 176a Abs. 1 StGB verzichtete, soll die auf zwei Jahre erhöhte Mindeststrafe künftig auch für Rückfalltäter gelten (vgl. § 176c Abs. 1 Nr. 1 GesE), was die Gesetzesbegründung mit der spezialpräventiven Erwägung begründet, der besonderen Gefährlichkeit der Täter müsse auf diese Weise Rechnung getragen werden.³⁴ Die verbreitete Kritik an einer automatischen Rückfallverschärfung³⁵ wird ebenso wenig erwähnt wie die bemerkenswerte Forderung der Reformkommission für eine Streichung der Rückfallklausel.³⁶ Darüber hinaus hatte die Reformkommission eine Qualifikation für volljährige Personen angeregt, die ein Kind zum Beischlaf usw. mit einer minderjährigen Person bestimmen.³⁷ Eine entsprechende Erweiterung ist in § 176c Abs. 2 GesE nicht vorgesehen. Gestrichen wurde der minder schwere Fall nach § 176a Abs. 4 StGB, um sicherzustellen, „dass sich das besonders schwere Unrecht der Tat künftig auch im Strafmaß widerspiegelt“.³⁸ Die Reformkommission hatte demgegenüber auch die Einführung eines minder schweren Falles für § 176a Abs. 3 StGB gefordert.³⁹

§ 176d GesE regelt schließlich tateserfolgsqualifizierte Taten wie derzeit noch § 176b StGB, wobei das Wort „wenigstens“ durch „mindestens“ ersetzt wurde.

Abgesehen von den Straffrahmen, auf die noch zurückzukommen ist, wirkt diese Gesetzessystematik im Wesentlichen stimmig,⁴⁰ mit einer Ausnahme, die § 176 Abs. 5 StGB betrifft. Dieser Vorfeldtatbestand wurde im Jahr 2003 durch das SexualdelÄndG eingeführt. Damit reagierte der Gesetzgeber auf den „Rosenheimer Fall“, in dem die Angeklagten vom Vorwurf der Verabredung zu §§ 176a, 176b StGB freigesprochen worden waren, weil die Ernstlichkeit der Verabredung nicht nachgewiesen werden konnte.⁴¹ Tatsächlich ging es ihnen wohl darum, im Internet Pädophile „abzuzocken“. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers sollte die neue Vorschrift derartige Beweisprobleme vermeiden und auch „Scheinerklärungen“ erfassen, sofern der Täter es nur für möglich hält, dass ein anderer das Angebot für ernsthaft halten könnte.⁴²

Durch den „Eindruck der jederzeitigen Verfügbarkeit von Kindern für sexuellen Missbrauch“ werde der „öffentliche Friede“ gestört.⁴³ In der Reformkommission wurde die Vorschrift kontrovers diskutiert. Auch wenn die Mehrheit die geltende Rechtslage akzeptierte,⁴⁴ bestand doch weitgehende Einigkeit darin, die Alternativen des § 176 Abs. 4 Nr. 3 und 4 StGB vom Tatbestand auszunehmen.⁴⁵ Die Einbeziehung von Taten ohne Körperkontakt erscheint überzogen. Im Hinblick auf § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB verlagert § 176 Abs. 5 StGB die Strafbarkeit außerordentlich weit vor, weil die Verabredung erfasst wird, irgendwann einmal in der Zukunft gemeinsam im Internet auf Kontaktsuche zu gehen. Einen so eindrucksvollen Beleg für überzogenes „Feindstrafrecht“ hat sich *Jakobs* im Jahr 1985⁴⁶ gewiss noch nicht vorgestellt.

Wenn man § 176 Abs. 5 StGB beibehalten wollte, hätte sich folgende Lösung angeboten: Da es sich um einen Vorfeldtatbestand handelt, wäre der passende Ort die Strafvorschrift über die Vorbereitungsdelikte (§ 176b GesE), optimal nur bezogen auf die Vorbereitung von Taten nach § 176 Abs. 1 Nr. 1 und 2 GesE und ergänzt durch das Merkmal der „Ernstlichkeit“.⁴⁷ Stattdessen wird die Strafbarkeit nun weiter ausdifferenziert. Die Vorbereitung von Taten nach § 176 Abs. 1 Nr. 1 und 2 GesE wird ebenso zu einem Verbrechen, wie diese Taten selbst (s. § 176 Abs. 1 Nr. 3 GesE). Hier entfällt allerdings die Verabredungsverabredung, die nach der neuen Rechtslage gemäß § 30 Abs. 2 StGB ohnehin strafbar ist.⁴⁸ Wenn man § 176 Abs. 1 Nr. 3 GesE in Kontinuität zu § 176 Abs. 5 StGB versteht, führt das zu erstaunlichen Ungereimtheiten: Für die Verabredung zum sexuellen Kindesmissbrauch gilt nach § 30 Abs. 2 StGB, dass sich nur derjenige strafbar macht, der seine eigene Beteiligung ernstlich meint.⁴⁹ Für § 176 Abs. 1 Nr. 3 GesE gilt das jedoch nicht; auch Scheinangebote und Scheinversprechen sind künftig als Verbrechen sexualisierter Gewalt gegen Kinder strafbar⁵⁰ – ohne dass es irgendein Kind geben muss, welches in irgendeiner Weise gefährdet sein könnte. Diese Strafbarkeit von u.U. opferlosen Delikten stützt die Gesetzesbegründung auf die „besondere Verwerflichkeit dieser Taten“.⁵¹ Sodann ermöglicht die Ausgestaltung als Verbrechen die Anwendung von § 30 StGB auf § 176 Abs. 2 GesE und damit eine noch weitere Vorverlagerung der Strafbarkeit: die Verabredung zu einer Verabredung, die (ernstliche) Verabredung zu einem Scheinangebot.

Die Vorbereitung von Taten ohne Körperkontakt wird nach § 176a Abs. 2 GesE ebenso bestraft wie diese Taten

³⁴ BT-Drs. 19/23707, S. 39.

³⁵ S. oben Fn. 3.

³⁶ Abschlussbericht (Fn. 4), S. 174, 322 f.; ablehnend allerdings *Drohse*, ZRP 2018, 213 (216).

³⁷ Abschlussbericht (Fn. 4), S. 124 ff., 320 f.; s. auch *Wolters*, in: FS Fischer, S. 583 (592).

³⁸ BT-Drs. 19/23707, S. 39.

³⁹ Abschlussbericht (Fn. 4), S. 127, 321 f.; ablehnend *Drohse*, ZRP 2018, 216.

⁴⁰ Vgl. auch *Laubenthal*, in: FS Fischer, S. 438 f.

⁴¹ BGH, NStZ 1998, 403 m. Anm. *Geerds*, JR 1999, 426 ff.; näher dazu *Funcke-Auffermann* (Fn. 3), S. 120 ff.

⁴² BT-Drs. 15/350, S. 18.

⁴³ S. BT-Drs. 15/29, S. 10; ähnlich *Thalheimer*, Die Vorfeldstrafbarkeit nach §§ 30, 31 StGB, 2008, S. 220 ff.; krit. *Bezjak*, Grundlagen und Probleme des Straftatbestandes des sexuellen Missbrauchs von Kindern gemäß § 176 StGB, 2015, S. 140 ff.

⁴⁴ S. Abschlussbericht (Fn. 4), S. 122 f., 129.

⁴⁵ S. Abschlussbericht (Fn. 4), S. 123 f., 318 ff.; zustimmend *Drohse*, ZRP 2018, 215.

⁴⁶ *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 751 ff.

⁴⁷ Vgl. *Bezjak*, ZStW 130 (2018), 303 (321, 333).

⁴⁸ So auch BT-Drs. 19/23707, S. 37 f.

⁴⁹ Vgl. dazu *Joecks/Scheinfeld*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. (2020), § 30 Rn. 64 f.; der BGH hatte im „Rosenheimer Fall“ (o. Fn. 38) Ernstlichkeit verlangt.

⁵⁰ Vgl. BGH, NStZ 2013, 224.

⁵¹ BT-Drs. 19/23707, S. 22, 38.

selbst. Damit ist auch hier eine deutliche Erhöhung des Strafrahmens verbunden. § 176b Abs. 2 GesE erfasst weiterhin – auch mit dem bisherigen Strafrahmen – die Vorbereitung der Vorbereitung eines sexuellen Kindesmissbrauchs, eine völlig überzogene Vorverlagerung der Strafbarkeit. Die von der Reformkommission vorgeschlagene Streichung dieser Alternative kam für den Gesetzgeber so offensichtlich nicht in Betracht, dass eine Auseinandersetzung mit den Argumenten der Sachverständigen für überflüssig gehalten wurde.

3. Die neuen Strafrahmen der §§ 176 – 176d GesE

Die Richtung der Reform ist klar: Da der Gesetzgeber mit der Sanktionspraxis der Gerichte unzufrieden ist, sollen die Strafrahmen deutlich erhöht werden und zwar bei § 176 GesE von sechsmonatiger bis zu zehnjähriger Freiheitsstrafe auf Freiheitsstrafe von einem bis zu fünfzehn Jahren und bei § 176a GesE von dreimonatiger bis zu fünfjähriger Freiheitsstrafe auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren. Bei den anderen Tatbeständen bleibt es im Wesentlichen bei den bisherigen Strafrahmen. Allerdings wird die unbenannte Strafmilderung nach § 176a Abs. 4 StGB gestrichen. Überzeugende Gründe für die Anhebung der Strafrahmen werden nicht genannt. Da die Zahlen bekanntgewordener Fälle des sexuellen Missbrauchs von Kindern „deutlich gestiegen“ seien, bedürfe es einer „deutlichen Verschärfung“ der Strafrahmen.⁵² Derartigen Formulierungen liegt die ebenso verbreitete wie unzutreffende Annahme zugrunde, härtere Strafen führten zu einem Rückgang der entsprechenden Delikte. Anlass für die Reform sind die „in den Jahren 2017, 2018, 2019 und 2020 bekanntgewordenen Missbrauchsfälle von Staufen, Bergisch-Gladbach, Lügde und Münster“ die „in aller Deutlichkeit“ aufzeigen, „dass das Strafrecht, das an sich bereits heute empfindliche Strafen für sexualisierte Gewalt gegen Kinder und die Delikte der Kinderpornographie vorsieht, nicht die erhoffte Abschreckungswirkung entfaltet. (...) Darauf muss der Gesetzgeber reagieren, denn die bisherigen Strafrahmen bilden diese Dimension nicht mehr angemessen ab.“⁵³ Da die Abschreckungsprävention bislang nicht funktioniert, muss man also nur die Strafen erhöhen, bis sie funktioniert! Dabei zeigen die genannten Fälle, das schon das geltende Strafrecht völlig ausreicht, um dem Unrecht, der Schuld und

der Gefährlichkeit der Täter angemessene Sanktionen zu verhängen: In allen diesen Fällen wurden die Hauptverantwortlichen zu sehr langen Freiheitsstrafen, zumeist mit anschließender Sicherungsverwahrung, verurteilt.⁵⁴ Die geplanten Änderungen im GesE wirken sich auf derartige Fälle jedenfalls nicht aus.

Weiterhin wird behauptet, dass sich das die Taten kennzeichnende „schwere Unrecht“ nicht immer in den verhängten Strafen widerspiegele.⁵⁵ Um eine unangemessene Milde der Gerichte mit Sexualstraftätern zu belegen, reicht es jedoch nicht aus, ausschließlich Zahlen aus der Verurteilungsstatistik anzuführen. So seien im Jahr 2018 in ca. 11 % der Fälle lediglich Geldstrafen verhängt worden. Die Freiheitsstrafen seien in ca. 64 % der Fälle unter einem Jahr und nur in ca. 35 % der Fälle über zwei Jahren gelegen.⁵⁶ Vielmehr müsste an ganz konkreten Beispielen gezeigt und begründet werden, weshalb eine Mindeststrafe von einem Jahr für ganz leichte Fälle, in denen die Erheblichkeitsschwelle gem. § 184h Nr. 1 StGB einmalig nur geringfügig überschritten wird, oder für die „Knuttscherei“ einer fast 14-Jährigen mit einem knapp 18-Jährigen die angemessenere Sanktion ist.⁵⁷ Bezeichnenderweise hat die Reformkommission sich gegen eine Erhöhung der Mindeststrafe ausgesprochen und mit deutlicher Mehrheit gerade für solche Fälle die Wiedereinführung eines minder schweren Falles gefordert.⁵⁸ Dabei handelt es sich keineswegs um eine Bagatellisierung, sondern um eine angemessene Abstufung verschiedener Unrechtsgrade. Demgegenüber beharrt die Gesetzesbegründung darauf, dass es keinen minder schweren Fall geben dürfe. Vielmehr müsse das „klare Signal“ ausgesendet werden, „dass sexuelle Handlungen mit Kindern nie als leichte Fälle eingeordnet werden können. Angesichts der furchtbaren Folgen, die sexualisierte Gewalt für Kinder haben kann, ist das Absuchen von einer solchen Regelung nicht unverhältnismäßig.“⁵⁹ Diese pauschale Behauptung trifft allerdings nicht zu. Die zu Differenzierungen unfähige – oder unwillige – Sichtweise der Gesetzesbegründung führt dazu, dass § 176 GesE – von den absoluten Strafdrohungen abgesehen – das einzige Verbrechen im gesamten Besonderen Teil des StGB ist, welches keinen minder schweren Fall kennt. In Relation zu anderen Tatbeständen des Sexualstrafrechts ist nicht erkennbar, weshalb etwa

⁵² BT-Drs. 19/23707, S. 1, 21. Die PKS (Tab. 01) nennt für 2015 11.808 Taten nach den §§ 176 ff. StGB, für 2016 12.019 Taten, für 2017 11.547 Taten, für 2018 12.321 Taten und für 2019 12.980 Taten. Ein dramatischer Anstieg ist das nicht.

⁵³ BT-Drs. 19/23707, S. 20.

⁵⁴ Die Haupttäter im Missbrauchsskandal von Lügde wurden zu einer 12- bzw. 13-jährigen Freiheitsstrafe mit anschließender Sicherungsverwahrung verurteilt (LG Detmold, Urt. v. 5.9.2019 – 23 KLS 14/19). Im Missbrauchsskandal von Bergisch-Gladbach fielen die Sanktionen vor dem LG Köln ebenso hoch aus (s. <https://www.tagesspiegel.de/gesellschaft/urteil-zum-komplex-bergisch-gladbach-39-jaehriger-erhaelt-13-jahre-freiheitsstrafe-wegen-kindesmissbrauchs/26581206.html>, zuletzt abgerufen am 11.11.2020), vor dem LG Mönchengladbach gab es sogar Freiheitsstrafen in Höhe von 13 1/2 und 14 1/2 Jahren (s. https://rp-online.de/nrw/panorama/urteile-im-missbrauchskomplex-bergisch-gladbach-hohe-haftstrafen_aid-53291967, zuletzt abgerufen am 11.11.2020). Zu den Strafverfahren im Staufen Missbrauchsfall s. https://de.wikipedia.org/wiki/Staufen_Missbrauchsfall (zuletzt abgerufen am 11.11.2020).

⁵⁵ BT-Drs. 19/23707, S. 20.

⁵⁶ A.a.O.

⁵⁷ S. auch Hörnle, ZIS 2020, 443.

⁵⁸ Abschlussbericht (Fn. 4), S. 112 f., 316 f.; vgl. auch Bezjak (Fn. 43), S. 329.

⁵⁹ BT-Drs. 19/23707, S. 38.

bei der sexuellen Nötigung ein minder schwerer Fall möglich ist (s. § 177 Abs. 9 StGB), bei gewaltlosen Taten an Kindern jedoch nicht.

Die neue Obergrenze für den sexuellen Kindesmissbrauch soll nach dem GesE 15 Jahre betragen. Allerdings sehen die §§ 176 Abs. 3, 176a Abs. 2 StGB schon jetzt für die schwersten Fälle eine Strafobergrenze von 15 Jahren vor. Wiederum müsste gezeigt werden, für welche sonstige Sachverhalte eine derart hohe Strafobergrenze angemessen wäre, also Taten ohne schwere Folgen für das Opfer (vgl. § 176a Abs. 2 Nr. 3 StGB), ohne Penetration (vgl. § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB), die nicht gemeinschaftlich begangen werden (vgl. § 176a Abs. 2 Nr. 2 StGB), ohne besonders erniedrigende Sexualpraktiken und nicht im Rahmen einer Tatserie (vgl. § 176 Abs. 3 StGB). Solche Fälle beschreibt die Gesetzesbegründung nicht.⁶⁰ Dass ein Strafraum von einem bis zu fünfzehn Jahre Freiheitsstrafe für ein ggf. opferloses Delikt (s. § 176 Abs. 1 Nr. 3 GesE) völlig überzogen ist, ist evident.⁶¹

Auch in § 176c GesE, der die schweren Fälle des § 176a StGB aufnimmt, ist ein minder schwerer Fall wie in § 176a Abs. 4 StGB nicht mehr vorgesehen. Als minder schwere Rückfalltat wurde etwa die wiederholte Begehung einer knapp über der Erheblichkeitsschwelle liegenden sexuellen Handlung angesehen.⁶² Bei Geschlechtsverkehr dachte der Gesetzgeber an eine Liebesbeziehung zwischen einem körperlich und seelisch weit über den altersgemäßen Zustand hinaus entwickelten Mädchen und einem jungen Erwachsenen.⁶³ Weshalb diese Fälle nunmehr mit einer Freiheitsstrafe sanktioniert werden sollen, die kaum noch zur Bewährung ausgesetzt werden kann, versteht sich nicht von selbst. Aber außer einem pauschalen Verweis auf das besonders schwere Unrecht⁶⁴ der Tat schweigt die Gesetzesbegründung.⁶⁵

Fazit: Es ist völlig richtig, dass sich das Unrecht einer Tat im Strafmaß abbilden soll.⁶⁶ Bei den §§ 176 ff. GesE ist das jedoch nicht durchgängig der Fall, weil der Gesetzgeber vor den notwendigen Differenzierungen die Augen verschließt. Der Bestrafungsfuror des deutschen Gesetzgebers offenbart sich im Vergleich mit Österreich und der Schweiz: In Österreich sind schwere Taten, vergleichbar § 176a Abs. 2 StGB mit einer Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren belegt (§ 206 öStGB); für den „einfachen“ Kindesmissbrauch reicht der Strafraum von sechs Monaten bis zu fünf Jahren (§ 207 öStGB). Dieselbe Obergrenze sieht Art. 187 schStGB vor. In der Schweiz ist jedoch auch eine Geldstrafe möglich.

4. Der Umgang mit kinder- und jugendtypischer Sexualität, § 176 Abs. 3 GesE

Im Jahr 2011 verurteilte das AG Arnstadt einen zum Tatzeitpunkt 14 Jahre alten Schüler, der seine Klassenkameradin mit ihrem Einverständnis am Hals geküsst hatte, so dass ein „Knutschfleck“ sichtbar geworden war, wegen sexuellen Missbrauchs von Kindern nach § 176 Abs. 1 StGB. Aufgrund dieser Verurteilung ordnete das AG Erfurt gemäß § 81 g StPO eine DNA-Analyse an. Eine Beschwerde zum LG Erfurt hatte keinen Erfolg. Erst das BVerfG bereitete diesem Irrsinn ein Ende, freilich ohne das strafgerichtliche Ausgangsurteil selbst als unverhältnismäßig zu kritisieren.⁶⁷

Da eine Bestrafung in derartigen Fällen „unverhältnismäßig“ sei,⁶⁸ sieht § 176 Abs. 3 GesE einen neuen persönlichen Strafausschlussgrund vor. Demnach kann bei einvernehmlichen Sexualkontakten⁶⁹ von Strafe abgesehen werden, wenn „der Unterschied sowohl im Alter als auch im Entwicklungsstand oder Reifegrad gering ist, es sei denn, der Täter nutzt die fehlende Fähigkeit des Kindes zur sexuellen Selbstbestimmung aus.“ Es trifft zu, dass das absolute Abstinenzgebot für Sexualkontakte mit Kindern im Widerspruch zu „Knutschereien“ zwischen nahezu Gleichaltrigen steht, die zu einer altersgemäßen Sexualentwicklung gehören.⁷⁰ Ihre Straflosigkeit entspricht auch einer Empfehlung der Reformkommission.⁷¹ Der vorgesehene persönliche Strafausschlussgrund steht jedoch in einem merkwürdigen Gegensatz dazu, dass solche Sexualkontakte tatbestandlich immer noch als Verbrechen sexualisierter Gewalt an Kindern „gebrandmarkt“ werden. Zudem ist der Strafausschluss nicht obligatorisch, sondern als „Kann-Vorschrift“ ausgestaltet, steht also im Ermessen des Gerichts. Die von der Gesetzesbegründung bemühte Parallele zu § 182 Abs. 3 StGB⁷² trägt nicht, denn der Gesetzgeber hat übersehen, dass Kindern von vornherein die Fähigkeit, über ihre Sexualität zu bestimmen, abgesprochen wird.⁷³ Nimmt man § 176 Abs. 3 GesE beim Wort, ist die Strafbefreiungsklausel unanwendbar: Die fehlende Fähigkeit eines Kindes zur sexuellen Selbstbestimmung wird durch Taten nach § 176 StGB immer ausgenutzt. Ferner ist unklar, nach welchen Kriterien sich Entwicklungsstand und Reifegrad bestimmen bzw. wie sie sich unterscheiden.

Um das unbestreitbar richtige gesetzgeberische Ziel zu erreichen, wäre demgegenüber ein Tatbestandsausschluss die

⁶⁰ S. bereits Hörnle, ZIS 2020, 442.

⁶¹ Hörnle, ZIS 2020, 444.

⁶² BT-Drs. 13/8587, S. 32, 81; 13/9064, S. 11; Hörnle, ZIS 2020, 444.

⁶³ S. BT-Drs. 13/8587, S. 32, 81; 15/350, S. 18; das ist aber nicht die einzige Konstellation, vgl. BGH, NSZ-RR 2006, 339.

⁶⁴ BT-Drs. 19/23707, S. 40.

⁶⁵ Krit. auch Hörnle, ZIS 2020, 444.

⁶⁶ Nachdrücklich betont von BT-Drs. 19/23707, S. 37; s. dazu auch die grundsätzlichen Ausführungen von Hörnle, ZIS 2020, 441 f., denen nichts hinzuzufügen ist.

⁶⁷ BVerfG, StV 2014, 578.

⁶⁸ BT-Drs. 19/23707, S. 38.

⁶⁹ Bei nicht einvernehmlichen Sexualkontakten kommt ohnehin § 177 Abs. 1 StGB in Betracht.

⁷⁰ In diese Richtung auch BT-Drs. 19/23707, S. 38. Vgl. auch BZgA, Jugendsexualität. Repräsentative Wiederholungsbefragung: Die Perspektive der 14- bis 25-Jährigen, 2015, S. 97 ff.

⁷¹ Abschlussbericht (Fn. 4), S. 314 ff.

⁷² BT-Drs. 19/23707, S. 38; § 182 Abs. 3 StGB ist seinerseits nicht unproblematisch, vgl. Renzikowski (Fn. 16), § 182 Rn. 57 f.

⁷³ S. Brockmann, Das Rechtsgut des § 176 StGB, 2015, S. 269 f.; Lenz, Die Jugendschutztatbestände im Sexualstrafrecht, 2017, S. 253 ff.; Fischer (Fn. 7), § 176 Rn. 2; Hörnle, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2010), Vor § 174 Rn. 39, § 176 Rn. 4.

richtige Lösung. Vorbilder finden sich im österreichischen⁷⁴ und im schweizerischen Strafrecht⁷⁵ mit unterschiedlichen gleitenden Schutzaltersgrenzen.

III. Neue Strafraumen in § 184b GesE

Bei § 184b GesE ist das noch nicht verkündete Gesetz zur Modernisierung des Schriftenbegriffs⁷⁶ schon berücksichtigt; der Ausdruck ‚Schrift‘ wurde durch den Ausdruck ‚Inhalt‘ ersetzt. Ansonsten kennt der GesE bei der Kinderpornographie ebenfalls nur eine Richtung: Die Strafraumen gehen steil nach oben.

§ 184b Abs. 1 S. 1 GesE (Herstellung und Verbreitung von Kinderpornographie) wird künftig zu einem Verbrechen. Die Mindeststrafe wird deutlich von drei Monaten auf ein Jahr angehoben; die bisherige Strafobergrenze von fünf Jahren verdoppelt sich auf zehn Jahre. Ein minder schwerer Fall ist nicht vorgesehen. Nur bei offensichtlich fiktionalen Inhalten bleibt es bei dem bisherigen Strafraumen (§ 184b Abs. 1 S. 2 GesE). Gründe für die exorbitante Strafschärfung sind abermals die angeblich zu geringe Abschreckungswirkung des geltenden Strafrechts und die Unzufriedenheit mit der Sanktionspraxis.⁷⁷ Nun ist der in der Gesetzesbegründung beklagte Zuwachs der Fallzahlen unbestreitbar. Die PKS zeigt jedoch lediglich das Hellfeld in Abhängigkeit von der Tätigkeit der Kriminalpolizei. Der Anstieg der Fälle kann durchaus auf einer erhöhten Ermittlungstätigkeit und einigen Ermittlungserfolgen, insbesondere auch im Zusammenhang mit den oben erwähnten Missbrauchsskandalen beruhen. Dann spricht wenig dafür, dass die Abschreckungswirkung des § 184b StGB brüchig geworden wäre. Da Kinderpornographie üblicherweise im Internet in mehr oder weniger geschlossenen Gruppen zirkuliert, ist die Annahme einer abschreckenden Wirkung von Strafen⁷⁸ wenig plausibel. Die Erhöhung des Strafraumens in § 184b Abs. 1 S. 1 GesE dürfte potentielle Produzenten und Verbreiter von Kinderpornographie daher nicht abschrecken, so lange sie sich im Darknet sicher fühlen können. Wer hieran etwas ändern möchte, muss die personellen und sachlichen Ressourcen der Strafverfolgungsbehörden aufstocken.

Bei gewerbs- oder bandenmäßiger Begehung reicht der Strafraumen nach § 184b Abs. 2 GesE künftig von zwei Jahren bis zu 15 Jahren Freiheitsstrafe (bisher: sechs Monate bis zehn Jahre). Drastisch ist der Sprung der Mindeststrafe in § 184b Abs. 3 GesE für Sichverschaffen und Besitz von nichtfiktionaler Kinderpornographie: von (bisher) Geldstrafe auf ein Jahr, die Strafobergrenze soll künftig bei fünf Jahren liegen. § 184b Abs. 6 GesE soll die Herstellung und Verbreitung von fiktiven, aber wirklichkeitsnahen kinderpornographischen Inhalten zum Zweck der Strafverfolgung erlauben. Auf diese Weise soll es den Strafverfolgungsbehörden ermöglicht werden, durch gezielte Weitergabe solcher Inhalte an bestimmte Dritte in geschlossene Nutzergruppen im Internet einzudringen.⁷⁹

Die Bewertung ist ambivalent. Zunächst einmal ist zu begrüßen, dass die höheren Strafraumen nicht für fiktive Kinderpornographie gelten sollen. Derartigen Darstellungen liegt kein realer Kindesmissbrauch zugrunde; der Darstellerschutz⁸⁰ kann das Unrecht nicht begründen. Andererseits hat die Reformkommission empfohlen, die Strafbarkeit für klar als solche erkennbare fiktive Kinder- und Jugendpornographie ganz entfallen zu lassen, da eindeutig künstliche Darstellungen zum Schutz der sexuellen Selbstbestimmung nicht verboten werden müssen.⁸¹ Eine Entkriminalisierung würde nicht nur die Pornographiedelikte auf den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung konzentrieren,⁸² sondern entspricht auch europarechtlichen Vorgaben: Art. 20 Abs. 3 der Lanzarote-Konvention lässt Ausnahmen von der Strafbarkeit nicht nur bei simulierten, sondern auch bei wirklichkeitsnahen kinderpornographischen Darstellungen zu. Art. 2 lit. c RL 2011/93/EU erfasst nur reale oder simulierte Darstellungen als Kinderpornographie. Das zeigt, dass man nicht nur in die Gegenrichtung einer Entkriminalisierung nachdenken sollte, sondern offenbart auch eine Schwäche des GesE. „... hinter Kinderpornographie steht häufig sexualisierte Gewalt gegen Kinder“, heißt es in der Gesetzesbegründung.⁸³ Das ist aber auch bei nur „wirklichkeitsnaher“ Kinderpornographie nicht der Fall. Wenn man sich nicht mit der fragwürdigen Erwägung begnügen möchte, Beweisprobleme zu vermeiden,⁸⁴ könnte man damit argumentieren, dass Nachahmungsgefahren vermieden werden sollen.⁸⁵ Aber

⁷⁴ § 207 Abs. 4 öStGB lautet: „Übersteigt das Alter des Täters das Alter der unmündigen Person um nicht mehr als vier Jahre und ist keine der Folgen des Abs. 3 [schwere Körperverletzung oder Tod, JR.] eingetreten, so ist der Täter nach Abs. 1 und 2 [„einfacher“ Kindesmissbrauch entsprechend § 176 Abs. 1 und 2, JR.] nicht zu bestrafen, es sei denn die unmündige Person hätte das zwölfte Lebensjahr noch nicht vollendet.“ Für den „schweren“ Kindesmissbrauch, vergleichbar § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB sieht § 206 Abs. 4 öStGB eine etwas engere gleitende Schutzaltersgrenze vor: Der Täter darf nicht mehr als drei Jahre älter sein als das mindestens 13 Jahre alte Opfer. In diese Richtung de lege lata auch *Kett-Straub*, ZRP 2007, 260 (263); s. ferner *Wolters*, in: FS Fischer, S. 590 f.; auch *Bezjak*, ZStW 130 (2018), 319 plädiert für einen Tatbestandsausschluss bei einem Altersunterschied bis zu zwei Jahren.

⁷⁵ Art. 187 Abs. 4 schwStGB lautet: „Die Handlung ist nicht strafbar, wenn der Altersunterschied zwischen den Beteiligten nicht mehr als drei Jahre beträgt.“

⁷⁶ BT-Drs. 19/19859; der Rechtsausschuss hat nur eine marginale Änderung vorgeschlagen (BT-Drs. 19/23179). Das Gesetz soll am 1. Januar 2021 in Kraft treten.

⁷⁷ BT-Drs. 19/23707, S. 20 f.

⁷⁸ Ausdrücklich BT-Drs. 19/23707, S. 41.

⁷⁹ S. BT-Drs. 19/23707, S. 41.

⁸⁰ Zu dieser maßgeblichen Schutzrichtung von § 184b StGB s. BGHSt 45, 41 (43); 47, 55 (61); *Hörnle*, in: MÜKo-StGB, Bd. 3, 3. Aufl. (2017), § 184b Rn. 1 m.w.N.; zu erwähnen wäre außerdem die Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung, die durch die Verbreitung im Internet vertieft wird, vgl. *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 2005, S. 426 f.; *Popp*, ZIS 2011, 193, 202 f.

⁸¹ Abschlussbericht (Fn. 4), S. 260 ff., 361 f.; auch der Gesetzgeber hält die Nachahmungsgefahr für gering, s. BT-Drs. 19/23707, S. 41.

⁸² Vgl. *Hörnle* (Fn. 80), § 184b Rn. 5.

⁸³ BT-Drs. 19/23707, S. 41.

⁸⁴ Vgl. BT-Drs. 17/7385, S. 60; s. auch *Hörnle* (Fn. 80), § 184b Rn. 76.

⁸⁵ Vgl. BT-Drs. 12/3001, S. 6; *König*, Kinderpornografie im Internet, 2004, Rn. 104 ff.; BT-Drs. 19/23707, S. 41. Derartige Annahmen sind jedoch zweifelhaft, vgl. *Sheldon/Howitt*, Sex Offenders and the Internet, 2007, S. 203 ff., 225 ff.; *Endrass/Urbaniok/Hammermeister/Benz/Elbert/Laubacher/Rossegger*, The consumption of Internet child pornography and violent and sex offending, BMC Psychiatry 2009, 43 (open access unter: <http://www.biomedcentral.com/content/pdf/1471-244X-9-43.pdf>, zuletzt abgerufen am 16.11.2020); *Carr*, The social dimension of the online trade of child sexual exploitation material, in: Quayle/Ribisl (Hrsg.), Understanding and Preventing Online Sexual Exploitation of Children, 2012, S. 96 ff.

die Unrechtsschwere derartiger abstrakter Gefahren liegt deutlich unterhalb der Schwere einer aktuellen Rechtsverletzung.

Die Anhebung der Höchststrafe für Anbieter lässt sich im Hinblick auf hochaktive Täter, die massenweise schwerste Missbrauchsdarstellungen verbreiten, gut vertreten. Allerdings beschreibt schon bisher die Qualifikation in § 184b Abs. 2 StGB nicht derartige Anbieter, sondern beschränkt sich auf gewerbsmäßiges Handeln und das Handeln als Mitglied einer Bande. Aber nicht alle Täter, die einschlägige Plattformen organisieren, wollen damit Gewinne erzielen, sondern „einfach“ nur möglichst viele Inhalte sammeln, und wer nur allein oder zu zweit agiert, begeht die Tat nicht bandenmäßig.⁸⁶

Widerspruch verdient die Ausgestaltung von § 184b Abs. 3 GesE als Verbrechen. Selbst ein einziges Bild mit der „sexuell aufreizenden Wiedergabe ... des unbedeckten Gesäßes eines Kindes“ – ohne dass das abgebildete Kind erkennbar sein muss – soll künftig eine Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr rechtfertigen – wie eine sexuelle Handlung mit Körperkontakt (§ 176 Abs. 1 GesE). Das wird der Bandbreite möglicher inkriminierter Darstellungen in keiner Weise gerecht. Die deutliche Verschärfung soll berücksichtigen, „dass der Täter, der kinderpornographische Inhalte besitzt oder sich einen solchen Besitz verschafft, durch seine Nachfrage den Markt für Kinderpornographie befeuert und ... sich damit letztlich mit-schuldig macht an dem Missbrauch kindlicher Opfer“.⁸⁷ Das ist in dieser Pauschalität irreführend, denn man muss zwischen aktiver Nachfrage („Sich-verschaffen“) und bloßem Besitz unterscheiden. Wer sich aktiv an einem illegalen Markt beteiligt, trägt Mitverantwortung dafür, dass seine Nachfrage weitere Missbrauchstaten fördert.⁸⁸ Der bloße Besitz ist im Verhältnis zum Sich-verschaffen nur ein Auffangtatbestand, der eingreift, wenn keine aktive Nachfrage festgestellt werden kann.⁸⁹ Die Gleichbehandlung beider Alternativen überzeugt nicht.⁹⁰ Bemerkenswerterweise hatte die Reformkommission den jetzigen Strafraum für den Besitz von Kinderpornographie als ausreichend angesehen und davor gewarnt, den Strafraum zu Ermittlungszwecken anzuheben.⁹¹

IV. Das Verbot von Sexpuppen mit kindlichem Aussehen, § 184l GesE

Mit § 184l enthält der GesE einen neuen Straftatbestand, der im Referentenentwurf noch nicht vorgesehen war und seinen Weg in den GesE augenscheinlich über die Verbändeanhörung gefunden hat. Bestraft werden sollen „Inverkehrbringen, Erwerb und Besitz von Sexpuppen mit kindlichem Erscheinungsbild“. Die Tathandlungen entsprechen im Wesentlichen § 184b Abs. 1 Nr. 3 und 4

StGB. Der Strafraum soll von Geldstrafe bis zu fünfjähriger Freiheitsstrafe reichen. Für Erwerb und Besitz gilt gemäß Abs. 2 eine niedrigere Höchststrafe von drei Jahren. Strafbar sind auch die versuchte Einfuhr und der versuchte Verkauf (§ 184l Abs. 3 GesE). Abs. 4 sieht einen Tatbestandsausschluss für Handlungen vor, „die ausschließlich der rechtmäßigen Erfüllung staatlicher Aufgaben oder dienstlicher oder beruflicher Pflichten dienen“. Welchen Beitrag derartige Puppen zur Strafverfolgung liefern sollen,⁹² bleibt der Phantasie des Gesetzgebers überlassen.

Die Gesetzesbegründung ist in weiten Teilen unverständlich und soll daher im Zusammenhang wiedergegeben werden: „Denn diese Nachbildungen, in der Regel Sexpuppen mit kindlichem Erscheinungsbild, können die sexuelle Ausbeutung von Kindern mittelbar fördern. Es besteht die Gefahr, dass ihre Nutzung die Hemmschwelle zu sexualisierter Gewalt gegen Kinder absenkt. Durch die Nutzung solcher Objekte kann der Wunsch geweckt beziehungsweise verstärkt werden, die an dem Objekt eingeübten sexuellen Handlungen in der Realität an einem Kind vorzunehmen. Hierdurch wird die Gefahr für Kinder, Opfer von sexualisierter Gewalt zu werden, gesteigert, was nicht hinzunehmen ist. Sexpuppen mit kindlichem Erscheinungsbild können nach geltendem Recht bereits von § 184b StGB (Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Inhalte) erfasst sein. An der Strafbarkeit nach § 184b StGB soll sich nichts ändern. Der neue Straftatbestand soll subsidiär greifen und Strafbarkeitslücken schließen. Er soll auch dann gelten, wenn nicht die Voraussetzungen für einen kinderpornographischen Inhalt vorliegen, und erfasst – anders als § 184b Absatz 3 StGB – auch rein fiktive Darstellungen.“⁹³ Sieht man einmal davon ab, dass es einen Unterschied zwischen Inhalten und Gegenständen gibt und dass Gegenstände keine Fiktionen sind,⁹⁴ ist das zentrale Argument für § 184l GesE die Nachahmungsgefahr.⁹⁵

Die Gesetzesbegründung liefert keinerlei Beweise für diese Behauptung. Anscheinend wurden bei Durchsuchungen in Münster und Bergisch-Gladbach derartige Puppen gefunden.⁹⁶ Und so lautet – recht vorschnell – der Schluss, dass die Missbrauchstäter in diesen Fällen sich von den kindlichen Sexpuppen in ihren Neigungen haben bestärken lassen. Wenn irgendwann das „Kopfkino“ nicht mehr ausreicht, muss der „Kick“ erhöht werden und die sexuellen Phantasien werden an realen Kindern verwirklicht. Empirische Untersuchungen zur Kinderpornographie zeichnen jedoch ein sehr differenziertes Bild. Zwar wird ein großer Teil der Konsumenten nicht nur durch die Lust am Sammeln verbotener Gegenstände, sondern durch eigene pädophile Neigungen zur Nachfrage nach

⁸⁶ Hörnle, ZIS 2020, 447.

⁸⁷ BT-Drs. 19/23707, S. 41.

⁸⁸ Vgl. Ost, Child Pornography and Sexual Grooming, 2009, S. 113 ff.; Hörnle, in: FS Schroeder, 2006, S. 477 (492 f.).

⁸⁹ S. Hörnle (Fn. 80), § 184b Rn. 40.

⁹⁰ Hörnle, ZIS 2020, 445 f.

⁹¹ Abschlussbericht (Fn. 4), S. 256 ff., 358 f.

⁹² So BT-Drs. 19/23707, S. 43.

⁹³ BT-Drs. 19/23707, S. 42.

⁹⁴ Möglicherweise meint die Gesetzesbegründung, dass § 184l GesE eine „Strafbarkeitslücke“ für fiktive kinderpornographische Inhalte schließen soll, aber das ist ebenso Unsinn wie die Behauptung, Sexpuppen würden bereits jetzt von § 184b StGB erfasst werden können.

⁹⁵ S. BT-Drs. 19/23707, S. 23.

⁹⁶ So der Abgeordnete Hoffmann (CDU/CSU), PlenProt. 19/187, S. 23561.

Kinderpornographie motiviert.⁹⁷ Aber viele pädophil veranlagte Männer werden nicht zu Missbrauchstätern, sondern begnügen sich mit Selbstbefriedigungsphantasien. Daher scheint eher ein Gegensatz zwischen Tätern zu bestehen, die ihre Phantasien im Internet ausleben, und realen Missbrauchstätern. Übergriffige Täter können durchaus auch Kinderpornographie besitzen, aber die Bilder sind nicht Auslöser für weitere Taten, sondern Kompensation fehlender Gelegenheiten.⁹⁸ Angesichts dessen steht die Annahme, Sex mit Puppen könnte eine Nachahmungsgefahr begründen, auf recht wackeligen Beinen. Per se beeinträchtigen solche Praktiken keine geschützte Rechtsposition.⁹⁹ Letztlich soll hier nur noch ein unmoralisches Verhalten pönalisiert werden: Pädophilie ist unmoralisch, folglich muss das Ausleben autoerotischer pädophiler Phantasien auch dann bestraft werden, wenn es niemandem schadet.¹⁰⁰

Ungeachtet dieser dünnen Legitimationsbasis begegnet die Norm erheblichen Bedenken im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG. Es ist nämlich unklar, woran man im Zweifel das kindliche Erscheinungsbild einer Puppe oder eines Körperteils erkennen können soll. Angesichts der Vielfalt an diversen Sextoys darf man schon jetzt darauf gespannt sein, wie die Gerichte ihre exakte tatbestandsmäßige Größe bestimmen werden. Immerhin ist die dazu erforderliche „Begutachtung“¹⁰¹ gemäß § 184l Abs. 4 GesE strafflos möglich.

V. Weitere Änderungen im Sexualstrafrecht

Während sexuelle Handlungen von Kindern *mit* Dritten von § 176 Abs. 2 StGB erfasst werden und sexuelle Handlungen *vor* Dritten unter § 176 Abs. 4 Nr. 2 StGB fallen, sind solche Fälle in den anderen Missbrauchstatbeständen uneinheitlich geregelt. Das Bestimmen zu sexuellen Handlungen mit Dritten ist etwa nach den §§ 180 Abs. 3, 182 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 Nr. 2 StGB strafbar, nicht aber nach den §§ 174 – 174c StGB. Sexuelle Handlungen *vor* Dritten werden angesprochen in den §§ 180 Abs. 2 und 3 StGB, nicht aber in den §§ 174a – 174c, 182 StGB. Künftig soll § 174 StGB einheitlich auf sexuelle Handlungen mit oder vor Dritten erstreckt werden. Die §§ 174a – 174c StGB sollen auch Sexualkontakte mit Dritten erfassen. Der Gesetzentwurf berücksichtigt damit entsprechende Vorschläge der Reformkommission.¹⁰²

§ 180 Abs. 3 StGB, ein Überbleibsel der alten Vorschrift gegen Kuppelei, wird gestrichen, weil sich diese Alternative jetzt in § 174 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 2 GesE wiederfindet. Damit werden die bislang auf § 174 StGB und § 180 Abs. 3 StGB verteilten Strafvorschriften gegen den sexuellen Missbrauch an Schutzbefohlenen mit einem einheitlichen Strafraum zusammengeführt. Die Reformkommission hatte darüber hinaus angeregt, für sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt einheitlich einen geringeren Strafraum (wie in § 174 Abs. 3 StGB) vorzusehen.¹⁰³ Der Referentenentwurf war diesem Vorschlag gefolgt.¹⁰⁴ Nun aber bedroht § 174 Abs. 3 StGB eigennütziges Handeln mit einer Höchststrafe von drei Jahren, während § 174 Abs. 1 und 2 GesE für fremdnütziges Handeln eine Höchststrafe von fünf Jahren vorsehen. Dieser Unterschied leuchtet nicht ein.

Weitere Empfehlungen der Reformkommission zu § 180 StGB werden nicht umgesetzt. So wurde in seltener Einmütigkeit empfohlen, das Kuppeleiverbot in § 180 Abs. 1 StGB zu streichen, denn diese Vorschrift ist ein Relikt aus früheren Zeiten, mit dem Anliegen, jungen Menschen keine Gelegenheit zu außerehelichen Sexualkontakten zu geben.¹⁰⁵ Eine Entkriminalisierung verträgt sich anscheinend nicht mit dem allgegenwärtigen Ruf nach härterer Bestrafung. Ebenfalls wird die Chance vergeben, Wertungswidersprüche zwischen § 180 Abs. 2 StGB und § 182 Abs. 2 StGB aufzulösen. Weder für die unterschiedlichen Altersgrenzen für Täter (18 Jahre bei § 182 Abs. 2 StGB, 14 Jahre bei § 180 Abs. 2 StGB) noch für die Differenzierung zwischen entgeltlichen Handlungen mit Körperkontakt (§ 182 Abs. 2 StGB) und entgeltlichen Handlungen vor Dritten (§ 180 Abs. 2 StGB) gibt es irgendwelche Gründe. Deshalb schlug die Reformkommission vor, beide Tatbestandsalternativen in einer Vorschrift zusammenzufassen.¹⁰⁶

VI. Schluss

Es fällt schwer, den strafrechtlichen Teil des GesE – der die begrüßenswerten Regelungen überdeckt – „sine ira et studio“ zu würdigen. Seit Jahren gibt es im Bereich der Sexualdelikte nur eine Richtung: mehr und schärfer bestrafen! Am aktuellen GesE kann man deutlich sehen, welchen Stellenwert die Erkenntnisse der Kommission zur Reform des Sexualstrafrechts haben: Sie werden ausschließlich dann – beiläufig – zitiert, wenn sich ihnen die Erweiterung von Straftatbeständen entnehmen lässt. Alle Appelle zur Mäßigung oder gar Entkriminalisierung fallen dagegen unter den Tisch; sie sind der Gesetzesbegründung noch nicht einmal

⁹⁷ Vgl. *Seto/Cantor/Blanchard*, Journal of Abnormal Psychology 115 (2006), 610 ff.; *Sheldon/Howitt* (Fn. 85), S. 97 ff.

⁹⁸ S. die Nachweise in Fn. 85.

⁹⁹ Anders anscheinend BT-Drs. 19/23707, S. 23: „Von der neuen Regelung soll auch ein Signal für die Gesellschaft ausgehen, dass Kinder – seien sie auch nur körperlich nachgebildet – nicht zum Objekt sexueller Handlungsweisen gemacht werden dürfen.“ Kurz: kein Sex mit Puppen!

¹⁰⁰ Vgl. den Abgeordneten *Luczak* (CDU/CSU): „Wenn man bei Amazon Kinder-Sexpuppen bestellen kann, diese nach den eigenen Vorlieben designen kann, indem man sich die Größe, das Alter, die Art und Weise der Körperöffnungen genau aussuchen kann, dann finde ich das unerträglich. Das finde ich unerträglich!“ PlenProt. 19/187, S. 23559 f.; *Seto/Cantor/Blanchard*, Journal of Abnormal Psychology 115 (2006), 610 ff.; *Sheldon/Howitt* (Fn. 85), S. 97 ff.

¹⁰¹ BT-Drs. 19/23707, S. 43.

¹⁰² Abschlussbericht (Fn. 4), S. 158, 324 f., 335

¹⁰³ Abschlussbericht (Fn. 4), S. 134 ff., 324 f.; s. auch den Gesetzgebungsvorschlag von *Wolters*, in: FS Fischer, S. 596 f.

¹⁰⁴ Anscheinend führte die Verbandsanhörung zu einer Änderung. Gründe dafür sind nicht bekannt.

¹⁰⁵ Abschlussbericht (Fn. 4), S. 144 f., 330 f.; s. auch *Weigend*, ZStW 129 (2017), 523 f.

¹⁰⁶ Abschlussbericht (Fn. 4), S. 146 f., 332 ff.

eine Erwiderung wert. Sexualdelinquenz ist halt keine Pandemie. Hörnle schreibt in ihrem Kommentar zum „Reformpaket“: „Es bleibt abzuwarten, ob sich ein breiterer Trend entwickelt, der auf eine noch stärker schwindende Bedeutung von Expertenwissen in der Kriminalpolitik zuläuft.“

Auch wenn dieses Reformpaket wegen der besonderen symbolischen Aufladung des Themas nicht repräsentativ sein mag, handelt es sich um einen besorgniserregenden Vorgang.“¹⁰⁷ Dem ist nichts hinzuzufügen!

¹⁰⁷ Hörnle, ZIS 2020, 448.

Die Verwendung von Corona-Gästelisten zur Strafverfolgung

von Dr. Tanja Niedernhuber*

Abstract

Zur Unterbrechung von Infektionsketten im Zusammenhang mit der aktuellen COVID-19-Pandemie sind Gaststätten und andere Einrichtungen, soweit sie geöffnet haben, verpflichtet, Kontaktdaten ihrer Gäste abzufragen und bis zu einen Monat lang aufzubewahren. Jedoch sind die Gesundheitsämter nicht die einzigen Stellen, welche die Daten in den Gästelisten verarbeiten. Es häufen sich Berichte, dass auch die Polizei gelegentlich auf solche Listen zu Strafverfolgungszwecken zugreift. Dieses Vorgehen verletzt jedoch das verfassungsrechtlich geschützte Recht auf informationelle Selbstbestimmung und war bislang mangels hinreichend konkreter gesetzlicher Grundlage rechtswidrig. Mitte November 2020 ist der Gesetzgeber einer verbreiteten Forderung nach mehr Datenschutz nachgekommen und hat ein ausdrückliches Verwendungsverbot bezüglich der Kontaktdaten in den Gästelisten erlassen. Verstöße gegen dieses Verbot führen nach der hier vertretenen Ansicht zur Unverwertbarkeit der dadurch mittelbar und unmittelbar gewonnenen Beweismittel im Strafverfahren.

In order to interrupt chains of infection in connection with the current COVID 19 pandemic, restaurants and other establishments, insofar as they are open, are obliged to request the contact details of their guests and store them for up to one month. However, the German health services are not the only authorities that process the data in the guest lists. Reports are piling up that the police also occasionally access such lists for law enforcement purposes. This procedure, however, violates the constitutionally protected right to data protection and has so far been illegal due to the lack of a sufficiently concrete legal basis. In mid-November 2020, the German federal legislator complied with a widespread demand for more data protection and issued an explicit ban on the use of contact data in such guest lists. Violations of this prohibition lead, in the author's opinion, to the inadmissibility of the evidence obtained directly or indirectly in criminal proceedings.

I. Einleitung

Besondere Zeiten erfordern besondere Maßnahmen. Die aktuelle COVID-19-Pandemie ist eine in vielerlei Hinsicht besonders außergewöhnliche Zeit. Aber auch und gerade in einer solchen Ausnahmesituation muss ein Rechtsstaat die Geltung seiner Rechtsordnung verteidigen.

Der Infektionsschutz hat aktuell einen außergewöhnlich hohen Stellenwert, darf aber gleichwohl nicht zu einem Freibrief werden. Er kann und darf nicht unbegrenzt Eingriffe in die Grundrechte der Bürger rechtfertigen.

Seit Mai dieses Jahres und hoffentlich ab Januar 2021 wieder dürfen die Gaststätten in Deutschland nach den beiden „Lockdowns“ Gäste bewirten und müssen sich nicht auf den Verkauf von Gerichten zum Mitnehmen beschränken. Auch Kinos, Theater, Hotels, Sportanlagen und andere Freizeiteinrichtungen dürfen unter strengen Hygieneauflagen nach den Lockdowns wieder öffnen. Damit kehrt nach vielen Wochen des Verzichts ein kleines Stück Normalität in den Alltag vieler Menschen zurück. Bis alles wieder wie vor dem Ausbruch der COVID-19-Pandemie ist, wird es noch eine Weile dauern. Bis dahin versucht die Politik, die Ausbreitung des Sars-CoV-2-Virus so gut es geht einzudämmen. Zu den Mitteln der Wahl zählen nicht nur Präventivmaßnahmen wie Abstandsgebote und die Pflicht zur Bedeckung von Mund und Nase in Gebäuden, an hochfrequentierten Plätzen und in öffentlichen Verkehrsmitteln, sondern auch die Nachverfolgung von Infektionsketten, um diese zu unterbrechen und eine Weiterverbreitung des Virus zu verhindern.

Zum Zweck der Nachverfolgung von Infektionsketten haben nach und nach alle Bundesländer per Verordnung die Betreiber von Gaststätten und anderen Einrichtungen¹ verpflichtet, den Namen, die Anschrift, E-Mail-Adresse und/oder Telefonnummer der Gäste nebst Aufenthaltszeitraum abzufragen und für einen Zeitraum von bis zu einem Monat aufzubewahren. Nach einem Superspreader-Event können mit Hilfe der auf dieser Grundlage geführten Gästelisten alle Gäste kontaktiert, isoliert und getestet werden, die während des Events in der Gaststätte anwesend waren. Am 19. November 2020 ist nun der neu eingefügte § 28a IfSG in Kraft getreten, den der Gesetzgeber im Eilverfahren am Vortag beschlossen und verkündet hatte.² Diese Norm enthält in Abs. 1 Nr. 17 eine Konkretisierung der Verordnungsermächtigung in § 32 i.V.m. § 28 IfSG und stellt die bereits existierenden landesrechtlichen Regelungen in den Corona-Verordnungen auf eine bundesgesetzliche Grundlage.

Wo Daten anfallen, sind häufig Interessenten an diesen Daten nicht weit. In vielen Gaststätten wird den Gästen versichert, dass ihre Kontaktdaten lediglich zur Nachver-

* Dr. Tanja Niedernhuber ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht mit Schwerpunkt Digitalisierung (Prof. Dr. Mark A. Zöller) an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

¹ Der Einfachheit halber wird hier auf Gaststätten abgestellt. Selbstverständlich sind auch andere Einrichtungen gemeint, die entsprechenden landesrechtlichen Regelungen unterworfen sind.

² Art. 1 Nr. 17 des Dritten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 18.11.2020, BGBl. I S. 2397.

folgung und Unterbrechung von Infektionsketten verwendet werden. Während die Gaststätten noch mit der datenschutzkonformen Ausgestaltung der Gästelisten, beispielsweise anhand der durch die Datenschutz-Grundverordnung geprägten Leitlinien der Landesdatenschutzbeauftragten, beschäftigt sind, mehrten sich Berichte, dass die Polizei auf ebendiese Listen zurückgreift, um die Kontaktdaten zur Strafverfolgung zu verwenden. So haben in den vergangenen Monaten Strafverfolgungsbehörden in mehreren Bundesländern, darunter Bayern, Bremen, Hamburg, Hessen, Rheinland-Pfalz und Saarland solche Gästelisten zu Strafverfolgungszwecken sichergestellt bzw. beschlagnahmt.³ In den bekannt gewordenen Fällen haben die Strafverfolgungsbehörden die Kontaktdaten dafür verwendet, Tat- und Entlastungszeugen sowie Tatbeteiligte zu ermitteln und den Aufenthaltsort von Tatbeteiligten in einem für das Verfahren maßgeblichen Zeitraum nachzuweisen.⁴

Der Zugriff auf die Gästelisten ist vor allem vor dem Hintergrund brisant, dass man aus der Zusammenschau mehrerer Gäste- und Anwesenheitslisten Informationen zum Tagesablauf einzelner Bürger gewinnen und sogar rudimentäre Bewegungsprofile erstellen kann. Nun mag das sonntägliche Mittagessen beim Lieblingsitaliener den meisten Menschen nicht als besonders sensibel erscheinen. Zum einen ist jedoch auch eine solche vermeintlich öffentliche Information schützenswert. Zum anderen mag die Situation ganz anders aussehen, wenn man wie etwa in Baden-Württemberg oder im Saarland dazu verpflichtet

wird, auch den Besuch einer Prostitutionsstätte genau zu dokumentieren.⁵ Daher lässt sich leicht nachvollziehen, dass einige Bürger Vorbehalte hinsichtlich der Angabe der eigenen Kontaktdaten haben. Mit Bekanntwerden der Verwendung der Daten durch die Polizei zu Strafverfolgungszwecken wurden diese Vorbehalte noch bestärkt. Seitdem mehrten sich die Berichte über Falschangaben in Gästelisten.⁶

Eine effektive Nachverfolgung und Unterbrechung von Infektionsketten kann aber nur gelingen, wenn die angegebenen Daten korrekt sind. Immer wieder liest und hört man, dass Gesundheitsbehörden aufgrund falscher Angaben in den Gästelisten Probleme haben, im Falle einer COVID-19-Infektion eines Restaurantbesuchers sämtliche weiteren Besucher zu kontaktieren.⁷ Wenn sich Gäste als „Klaus Müller“ oder „Lisa Meier“ in die Gästelisten eintragen und/oder falsche Telefonnummern und E-Mail-Adressen angeben, wird dadurch die Arbeit der Gesundheitsämter wesentlich erschwert oder sogar unmöglich gemacht.⁸ Die Corona-Verordnungen der Länder enthalten zwar eine Pflicht zur wahrheitsgemäßen Angabe der Daten, das Gaststättenpersonal muss jedoch nur eine Plausibilitätsprüfung durchführen, bei der höchstens Namen wie „Donald Duck“ auffallen. Je mehr Menschen misstrauisch werden, wofür ihre Daten verwendet werden, desto geringer ist der Anteil derjenigen, die nach Bekanntwerden einer COVID-19-Infektion isoliert werden können. Ein behutsamer Umgang mit den Daten ist demnach bereits aus Sicht des Infektionsschutzes erforderlich.

³ <https://www.swr.de/swraktuell/rheinland-pfalz/polizei-darf-corona-daten-fuer-strafrechtliche-ermittlungen-nutzen-100.html> (zuletzt abgerufen am 22.11.2020); <https://www.zeit.de/digital/datenschutz/2020-07/datenschutz-gastronomie-corona-handynummer-kontaktdaten-hacking-polizei> (zuletzt abgerufen am 22.11.2020); <https://www.sueddeutsche.de/bayern/corona-bayern-gaestelisten-polizei-herrmann-1.4971971> (zuletzt abgerufen am 22.11.2020); <https://www.zeit.de/politik/deutschland/2020-08/corona-gaestelisten-polizei-ermittlungen-zugriff-polizeigewerkschaft> (zuletzt abgerufen am 22.11.2020); <https://www.n-tv.de/panorama/Polizei-greift-auf-Restaurant-Gaestelisten-zu-article21938856.html> (zuletzt abgerufen am 22.11.2020); <https://www.mopo.de/hamburg/zoff-um-corona-gaestelisten-in-lokalen-polizei-bedient-sich---was-ist-mit-datenschutz--37119458> (zuletzt abgerufen am 22.11.2020); https://www.sr.de/sr/home/nachrichten/politik_wirtschaft/auswertung_corona_kontaktdaten_strafverfahren_102.html (zuletzt abgerufen am 22.11.2020); <https://www.sueddeutsche.de/bayern/bayern-polizei-gaestelisten-corona-1.4966622> (zuletzt abgerufen am 22.11.2020); <https://www.fr.de/rhein-main/corona-gaestelisten-in-hessen-bei-falschangaben-muss-der-gast-gehen-90014916.html> (zuletzt abgerufen am 22.11.2020).

⁴ Vgl. Bayerischer Landtag, Antwort des Staatsministeriums der Justiz auf eine Anfrage von Arnold v. 26.8.2020, Drs.18/9582, S. 5.

⁵ § 14 Nr. 15 CoronaVO Baden-Württemberg in der ab 2.11.2020 gültigen Fassung; § 2 Abs. 1 Nr. 12 des Saarländischen Gesetzes zur Kontaktnachverfolgung im Rahmen der Corona-Pandemie vom 11.11.2020.

⁶ <https://www.sueddeutsche.de/bayern/bayern-polizei-gaestelisten-corona-1.4966622> (zuletzt abgerufen am 22.11.2020); <https://www.br.de/nachrichten/bayern/warten-auf-die-corona-test-ergebnisse-in-garmisch-partenkirchen,SActxV7> (zuletzt abgerufen am 22.11.2020); <https://www.spiegel.de/panorama/gesellschaft/corona-gaestelisten-wenn-restaurantsgaeste-falsche-angaben-hinterlassen-a-00000000-0002-0001-0000-000172378494> (zuletzt abgerufen am 22.11.2020); <https://www.pnp.de/nachrichten/politik/falsche-kontaktdaten-auf-Restaurantlisten-bereiten-Probleme-3740275.html> (zuletzt abgerufen am 22.11.2020); <https://www.hogapage.de/nachrichten/politik/branchenpolitik/grossteil-der-gaestedaten-unbrauchbar/> (zuletzt abgerufen am 22.11.2020); einen Zusammenhang mit den Zugriffen der Strafverfolgungsbehörden befürchten Landesdatenschutzbeauftragte und einzelne Politiker: <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/corona-gaesteliste-kontaktdaten-nutzung-polizei-ermittlung/> (zuletzt abgerufen am 22.11.2020); https://www.sr.de/sr/home/nachrichten/politik_wirtschaft/corona_daten_strafverfolgung_datenschutz_100.html (zuletzt abgerufen am 22.11.2020); <https://www.nordkurier.de/nachrichten/ticker/diskussion-um-polizeizugriffe-auf-gaestedaten-0240213708.html> (zuletzt abgerufen am 22.11.2020); <https://www.sueddeutsche.de/bayern/corona-bayern-gaestelisten-polizei-herrmann-1.4971971> (zuletzt abgerufen am 22.11.2020).

⁷ So gestaltete sich die Ermittlung sämtlicher Gäste bspw. im sog. Corona-Hotspot Garmisch-Partenkirchen aufgrund falscher Angaben in Gästelisten schwierig, vgl. <https://www.br.de/nachrichten/bayern/warten-auf-die-corona-testergebnisse-in-garmisch-partenkirchen,SActxV7> (zuletzt abgerufen am 22.11.2020). Auch andernorts hatten die Behörden Probleme, vgl. <https://www.spiegel.de/panorama/gesellschaft/corona-gaestelisten-wenn-restaurants-gaeste-falsche-angaben-hinterlassen-a-00000000-0002-0001-0000-000172378494> (zuletzt abgerufen am 22.11.2020).

⁸ <https://www.pnp.de/nachrichten/politik/falsche-kontaktdaten-auf-Restaurantlisten-bereiten-Probleme-3740275.html> (zuletzt abgerufen am 22.11.2020); <https://www.br.de/nachrichten/bayern/warten-auf-die-corona-testergebnisse-in-garmisch-partenkirchen,SActxV7> (zuletzt abgerufen am 22.11.2020); https://www.sr.de/sr/home/nachrichten/politik_wirtschaft/corona_daten_strafverfolgung_datenschutz_100.html (zuletzt abgerufen am 22.11.2020).

Ob die Strafverfolgungsbehörden befugt sind, auf die Kontaktdaten zuzugreifen, war bislang in den Bundesländern umstritten. Während beispielsweise Baden-Württembergs Innenministerium die Nutzung der Gästelisten zu Strafverfolgungszwecken kategorisch ausschloss,⁹ hielten viele Politiker in anderen Bundesländern die Verwendung der Kontaktdaten zu Strafverfolgungszwecken für unproblematisch.¹⁰ Bayern hatte sogar ausdrücklich eine Ausnahme von seinem Verwendungsverbot für die Strafverfolgungsbehörden in seine Verordnung aufgenommen, nachdem zuvor die Erhebung und Verarbeitung der Kontaktdaten lediglich im „Hygienekonzept Gastronomie“ der Landesregierung Erwähnung gefunden hatten.¹¹ Auch das Bundesjustizministerium ging bisher davon aus, dass die bestehenden Regelungen dieses Vorgehen deckten.¹² Der Bundesgesetzgeber hat den Streit nun zugunsten des Datenschutzes entschieden und ein Verwendungsverbot der Daten zu anderen Zwecken als dem Infektionsschutz in § 28a Abs. 4 S. 3, 6 IfSG eingefügt.¹³

§ 28a IfSG lautet auszugsweise:

(1) Notwendige Schutzmaßnahmen im Sinne des § 28 Absatz 1 Satz 1 und 2 zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) können für die Dauer der Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite nach § 5 Absatz 1 Satz 1 durch den Deutschen Bundestag insbesondere sein (...)

17. Anordnung der Verarbeitung der Kontaktdaten von Kunden, Gästen oder Veranstaltungsteilnehmern, um nach Auftreten einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 mögliche Infektionsketten nachverfolgen und unterbrechen zu können.

(4) Im Rahmen der Kontaktdatenerhebung nach Absatz 1 Nummer 17 dürfen von den Verantwortlichen nur personenbezogene Angaben sowie Angaben zum Zeitraum und zum Ort des Aufenthaltes erhoben und verarbeitet werden, soweit dies zur Nachverfolgung von Kontaktpersonen zwingend notwendig ist. Die Verantwortlichen haben sicherzustellen, dass eine Kenntnisnahme der erfassten Daten durch Unbefugte ausgeschlossen ist. Die Daten dürfen nicht zu einem anderen Zweck als der Aushändigung auf Anforderung an die nach Landesrecht für die Erhebung der Daten zuständigen Stellen verwendet werden und sind vier Wochen nach Erhebung zu löschen. Die zuständigen Stellen nach Satz 3 sind berechtigt, die

erhobenen Daten anzufordern, soweit dies zur Kontaktnachverfolgung nach § 25 Absatz 1 erforderlich ist. Die Verantwortlichen nach Satz 1 sind in diesen Fällen verpflichtet, den zuständigen Stellen nach Satz 3 die erhobenen Daten zu übermitteln. Eine Weitergabe der übermittelten Daten durch die zuständigen Stellen nach Satz 3 oder eine Weiterverwendung durch diese zu anderen Zwecken als der Kontaktnachverfolgung ist ausgeschlossen. Die den zuständigen Stellen nach Satz 3 übermittelten Daten sind von diesen unverzüglich irreversibel zu löschen, sobald die Daten für die Kontaktnachverfolgung nicht mehr benötigt werden.

Im Folgenden werden zunächst die relevanten datenschutzrechtlichen Grundlagen (II.) erläutert, auf die bisherige (III.) und die neue Rechtslage (IV.) angewandt und schließlich Konsequenzen für das Strafverfahren (V.) gezogen.

II. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung

Sowohl die Erhebung der Kontaktdaten als auch ihre spätere Verwendung berühren das Allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG in der Ausprägung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung. Dieses Recht gewährleistet die Befugnis, „grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten zu entscheiden“.¹⁴ Geschützt sind dabei alle personenbezogenen Daten, also Daten zu den persönlichen oder sachlichen Verhältnissen einer bestimmten Person.¹⁵ Die Daten müssen nicht sensibel sein, sondern werden unabhängig von ihrer qualitativen Aussagekraft geschützt.¹⁶ Der Name einer Person sowie ihre Kontaktdaten wie Anschrift, Telefonnummer und E-Mail-Adresse sind ebenso wie der Aufenthaltszeitraum in einer bestimmten Gaststätte personenbezogene Daten und somit vom Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung umfasst.

Der datenschutzrechtliche Grundsatz der Zweckbindung gestattet Datenverarbeitungen grundsätzlich nur zu demselben Zweck, für den die Daten erhoben wurden.¹⁷ Zweckänderungen stellen einen erneuten Grundrechtseingriff dar und bedürfen aus diesem Grund einer eigenen Rechtsgrundlage.¹⁸ Der Zweck der Datenerhebung im Falle der Corona-Gästelisten ergibt sich zweifelsfrei aus § 28a Abs. 1 Nr. 17, Abs. 4 IfSG sowie aus den Corona-

⁹ <https://www.swr.de/swraktuell/rheinland-pfalz/polizei-darf-corona-daten-fuer-strafrechtliche-ermittlungen-nutzen-100.html> (zuletzt abgerufen am 22.11.2020); <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/corona-gaesteliste-kontaktdaten-nutzung-polizei-ermittlung/> (zuletzt abgerufen am 22.11.2020).

¹⁰ <https://www.nordkurier.de/brandenburg/brandenburgs-polizei-ignoriert-corona-gaesteliste-0840622809.html> (zuletzt abgerufen am 22.11.2020); <https://www.golem.de/news/hamburg-polizei-nutzt-corona-kontaktlisten-nach-straftat-2007-149482.html> (zuletzt abgerufen am 22.11.2020); <https://www.sueddeutsche.de/bayern/corona-bayern-gaesteliste-polizei-herrmann-1.4971971> (zuletzt abgerufen am 22.11.2020); <https://www.golem.de/news/bayern-hamburg-rheinland-pfalz-polizei-nutzt-corona-kontaktlisten-in-mehreren-bundeslaendern-2008-150004.html> (zuletzt abgerufen am 22.11.2020).

¹¹ § 4 Abs. 3 S. 3 der 8. Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung vom 30.10.2020 lautet: „Die Befugnisse der Strafverfolgungsbehörden bleiben unberührt“.

¹² Antwort des Parlamentarischen Staatssekretärs Lange auf eine Anfrage von Klinge v. 27.7.2020, BT-Drs. 19/21374, S. 39 f.

¹³ Art. 1 Nr. 17 des Dritten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite v. 18.11.2020, BGBl. I S. 2397.

¹⁴ BVerfGE 65, 1 (41 f.); 78, 77 (84); 80, 367 (373); 113, 29 (45 f.); 115, 166 (188); 115, 320 (341); 130, 1 (35); 130, 151 (183); BVerfG, NJW 2018, 2385 (2386).

¹⁵ BVerfGE 128, 1 (43); Jarass/Pieroth, GG, 16. Aufl. (2020), Art. 2 Rn. 43.

¹⁶ BVerfGE 130, 151 (183 f.); Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, 39. EL (2001), Art. 2 Rn. 174.

¹⁷ BVerfGE 65, 1 (46); 100, 313 (360); 133, 277 (323 f.).

¹⁸ BVerfGE 65, 1 (51 f., 62 f.); 100, 313 (360); 133, 277 (323 f.); Heffendehl, GA 2011, 209 (220); Rieß, in: FS Hilger, 2003, S. 172; Singelstein, ZStW 120 (2008), 854 (856).

Verordnungen der Bundesländer: Die Erhebung erfolgt zur Nachverfolgung von Infektionsketten im Zusammenhang mit dem Virus Sars-CoV-2. Die Verwendung der Daten zu Strafverfolgungszwecken stellt demgegenüber eine Zweckänderung und somit einen erneuten Grundrechtseingriff dar. Sie bedarf daher einer eigenen Rechtsgrundlage.

Eine Rechtsgrundlage für einen staatlichen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung muss ein parlamentarisches Gesetz sein, das den Anlass, den Zweck und die Grenzen des Eingriffs bereichsspezifisch, präzise und normenklar festlegt.¹⁹ Selbstredend muss jede Rechtsgrundlage den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wahren.²⁰ In Ausnahmefällen kann der Gesetzgeber eine mit einer Zweckänderung verbundene Datenerhebung vorsehen, muss diese allerdings an den Grundrechten messen, die für die Datenerhebung maßgeblich sind.²¹

Im Gegensatz zur früheren Rechtsprechung stellt das *BVerfG* heutzutage nicht mehr auf die Vereinbarkeit von Erhebungs- und Verwendungszweck ab, sondern auf eine hypothetische Datenneuerhebung.²² Maßgebend sind die Eingriffsintensität und das Gewicht der geschützten Rechtsgüter im Rahmen der Datenerhebung. Die neue Nutzung der Daten muss also entweder dem Schutz mindestens vergleichbar gewichtiger Rechtsgüter oder der Aufdeckung mindestens vergleichbar gewichtiger Straftaten dienen, wie sie für die ursprüngliche Datenerhebung maßgeblich waren.²³

Die Erhebung und Verarbeitung der Daten zu Infektionsschutzzwecken dienen dem Schutz der Volksgesundheit, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG.²⁴ Dem steht die Effektivität der Strafverfolgung und damit die Gewährleistung der inneren Sicherheit gegenüber, wenn die Kontaktdaten zur Ermittlung möglicher Tatzeugen und damit zur Aufklärung von Straftaten genutzt werden. Hier kommt es auf die Gewichtung der beiden Rechtsgüter an. Beide Rechtsgüter liegen im Allgemeininteresse. Zu „normalen“ Zeiten würde man wohl auch sagen, dass beide in etwa gleichwertig sind. In der aktuellen Pandemiesituation und insbesondere im Zusammenhang mit den Gästelisten, die der Pandemiebekämpfung dienen, ist es jedoch sehr gut vertretbar, der Volksgesundheit ein höheres Gewicht beizumessen, zumal dieser Zweck durch eine Verwendung der Gästelisten zu Strafverfolgungszwecken konterkariert

werden könnte, wenn dies zunehmend Gäste veranlasst, falsche Angaben zu machen. Zu diesem Ergebnis ist auch der Bundesgesetzgeber gekommen, wie das Verbot einer Zweckänderung in § 28a Abs. 4 S. 3, 6 IfSG erkennen lässt.

Im Zusammenhang mit den Corona-Gästelisten ist zu bedenken, dass der Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung durch die Datenerhebung ohne einen gefahrenabwehr- oder strafverfolgungsrechtlichen Anlass erfolgt. Es handelt sich letztlich um eine Form der Vorratsdatenspeicherung, der man sich nur durch Verzicht auf die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben entziehen kann, indem man keine Restaurants, Bars, Kinos, Theater oder ähnliche Stätten mehr besucht. Aus diesem Grund sind besonders strenge Anforderungen an die Rechtsgrundlage zu stellen.²⁵

III. Begrenzte Zugriffsmöglichkeiten auf die Gästelisten nach bisheriger Rechtslage

Vor Inkrafttreten des § 28a Abs. 4 S. 3, 6 IfSG war die Rechtslage unklar und es war nicht nur in der Politik, sondern auch in der juristischen Literatur umstritten, ob die Strafverfolgungsbehörden auf Corona-Gästelisten zugreifen durften.²⁶

1. Keine freiwillige Herausgabe durch die Gastwirte

Nach alter Rechtslage durften die Gastwirte die Gästelisten nicht freiwillig an die Strafverfolgungsbehörden herausgeben. Es fehlte schlicht an einer Rechtsgrundlage, die es ihnen gestattet hätte, den datenschutzrechtlichen Zweckbindungsgrundsatz zu durchbrechen.

a) Doppeltürmodell des *BVerfG*

Grundsätzlich gilt: Wenn eine andere als die datenerhebende Stelle die Daten für ihre Zwecke verwenden möchte, muss zunächst ein Datenaustausch stattfinden. Ein solcher Datenaustausch besteht aus der Datenübermittlung durch die datenerhebende Stelle auf der einen Seite und dem Datenabruf durch die datenanfragende Stelle auf der anderen Seite. Beide Vorgänge konstituieren jeweils für sich einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung.²⁷ Nach dem Doppeltürmo-

¹⁹ BVerfGE 100, 313 (359 f., 372); 110, 33 (53); 113, 348 (375); 125, 260 (328); 128, 1 (47); 130, 151 (202); *BVerfG*, NJW 2009, 3293 (3294); *BVerfG*, NJW 2020, 2699 (2717); *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 2 Rn. 59. In diesem Zusammenhang sieht der *VerfGH des Saarlandes* bereits die Pflicht der Gastwirte zur Führung der Gästelisten als verfassungswidrig an, da sie nicht in einem parlamentarischen Gesetz, sondern lediglich in einer Verordnung der Exekutive festgelegt ist, Beschl. v. 28.8.2020 – Lv 15/20.

²⁰ BVerfGE 65, 1 (44).

²¹ BVerfGE 100, 313 (389 f.); 109, 279 (377 f.); 120, 351 (369); 130, 1 (33 f.); 133, 277 (372 f.); 141, 220 (326 f.).

²² BVerfGE 125, 260, (333); 130, 1 (34); 141, 220 (327 f.); *Bieresborn*, NZS 2017, 926 (928).

²³ BVerfGE 100, 313 (389 f.); 120, 351 (369); 130, 1 (34); 141, 220 (328, 343).

²⁴ Die Volksgesundheit ist als Schutzgut nicht unumstritten, vgl. nur *Zuck*, in: *Quaas/Zuck/Clemens*, Medizinrecht, 4. Aufl. (2018), § 2 Rn. 6 ff.

²⁵ BVerfGE 100, 313 (380 ff.); 107, 299 (321); 113, 29 (54); 115, 320 (354); 120, 378 (402); 125, 260 (317); *Gasch*, Grenzen der Verwertbarkeit von Daten der elektronischen Mauterfassung zu präventiven und repressiven Zwecken, 2012, S. 213; so auch *Fährmann/Arzt/Aden*, Verfassungsblog v. 14.8.2020, <https://verfassungsblog.de/corona-gaestelisten-masslose-polizeiliche-datennutzung/> (zuletzt abgerufen am 22.11.2020).

²⁶ Bejahend *Sikora*, JuWiss-Blog v. 21.7.2020, <https://www.juwiss.de/103-2020/> (zuletzt abgerufen am 22.11.2020); nach Landesrecht differenzierend *Bloß/Kühhorn*, Jura 2020, 1036 (1039 ff.); verneinend *Fährmann/Arzt/Aden*, Verfassungsblog v. 14.8.2020, <https://verfassungsblog.de/corona-gaestelisten-masslose-polizeiliche-datennutzung/> (zuletzt abgerufen am 22.11.2020).

²⁷ BVerfGE 130, 151 (184); 141, 220 (333 f.); *BVerfG*, NJW 2020, 2699 (2716).

dell des *BVerfG* muss ein Datenaustausch zwischen unterschiedlichen Stellen daher zu beiden Seiten durch eine entsprechende Rechtsgrundlage abgesichert sein. Die Datenübermittlung durch die datenerhebende Stelle muss gesetzlich ebenso zulässig sein wie die Datenverwendung durch die datenanfragende Stelle.²⁸ Beide Rechtsgrundlagen müssen für einen rechtmäßigen Datenaustausch „passgenau ineinandergreifen“.²⁹

Zwar ist mit § 161 Abs. 1 S. 1 StPO eine bereichsspezifische, strafprozessuale Regelung vorhanden, welche als zweite Tür fungieren und den Abruf der Daten seitens der Strafverfolgungsbehörden nach altem Recht hätte erlauben können. Dass diese Norm die Verarbeitung personenbezogener Daten weitgehend ohne Einschränkung gestattet und damit den Zweckbindungsgrundsatz für den Bereich der Strafverfolgung faktisch aufhebt, ist verfassungsrechtlich äußerst bedenklich, soll hier aber nicht weiter vertieft werden.³⁰ Es fehlte nämlich bereits an der ersten Tür im IfSG, welche die Datenübermittlung seitens der Gastwirte gestattet hätte.

b) Datenschutzrechtliche Vorgaben für nichtöffentliche Stellen

Gastwirte sind datenschutzrechtlich für die erhobenen Kontaktdaten in den Gästelisten verantwortlich und dürfen personenbezogene Daten nicht ohne Rechtsgrundlage an Dritte herausgeben.³¹ Auch sie als nichtöffentliche Stellen sind an den Zweckbindungsgrundsatz aus Art. 5 Abs. 1 lit. b DSGVO gebunden, der nach dem Vorbild des Doppeltürmodells für eine zweckändernde Datenweitergabe eine Rechtsgrundlage verlangt. Zwar erlauben Art. 23 Abs. 1 lit. d DSGVO und § 24 Abs. 1 Nr. 1 BDSG eine zweckändernde Nutzung zur Verfolgung von Straftaten. Diese Normen genügen für sich jedoch nicht den Anforderungen des *BVerfG* an eine Rechtsgrundlage für eine Zweckänderung, da Anlass und Grenzen des Eingriffs nicht bereichsspezifisch, präzise und normenklar daraus hervorgehen.³² Sie sind daher keine hinreichende Rechtsgrundlage zur Übermittlung der Listen an die Strafverfolgungsbehörden.

Nach wie vor sieht keine der bereichsspezifischen Corona-Verordnungen der Bundesländer eine Übermittlung der Daten aus den Gästelisten an die Strafverfolgungsbehörden vor. Auch die beispielsweise in Bayern speziell für diesen Zweck aufgenommene Formulierung „Die Befugnisse der Strafverfolgungsbehörden bleiben unberührt“³³ enthält keine Regelung zur Datenübermittlung. Einzig und allein die Weitergabe der Daten an die Gesundheitsbehörden ist geregelt. Unabhängig davon

hätte eine Regelung in den Corona-Verordnungen nach alter Rechtslage nicht genügt. Die Verordnungen sind keine parlamentarischen Gesetze und erfüllen somit nicht die Vorgaben des *BVerfG* für Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung.³⁴ Auch das aus diesem Grund verabschiedete, kompetenzrechtlich nicht unproblematische, saarländische Gesetz zur Kontaktnachverfolgung im Rahmen der Corona-Pandemie normiert nicht die Weitergabe der Daten an die Strafverfolgungsbehörden seitens der Gastwirte. Auf die in den Verordnungen zum Teil enthaltenen Verwendungsverbote kam es in diesem Zusammenhang folglich nicht an.

2. Begrenzter staatlicher Zugriff

Für die Strafverfolgungsbehörden blieb somit nur die Möglichkeit, mit staatlichem Zwang auf die Gästelisten zuzugreifen. Dies war zwar möglich, allerdings nur mit Einschränkungen.

a) Kein Auskunftsanspruch

Mittels Auskunftsanspruchs aus § 161 Abs. 1 S. 1 bzw. § 163 Abs. 1 S. 2 StPO, der die Abfrage personenbezogener Daten mitumfasst, hätten die Strafverfolgungen die Gastwirte nicht zu einer Auskunft verpflichten können. Der Anspruch richtet sich nämlich nicht gegen Privatpersonen, sondern lediglich gegen Behörden.³⁵

b) Ermittlungsgeneralklausel

Auch die Ermittlungsgeneralklauseln der §§ 161 Abs. 1 S. 1, 163 Abs. 1 S. 2 StPO wären nicht geeignet gewesen, auf die Gästelisten zuzugreifen. Zum einen erlauben sie lediglich eine informatorische Befragung der Gastwirte.³⁶ Die daneben in Betracht kommende Zeugenvernehmung der Gastwirte gem. §§ 161a Abs. 1, 163 Abs. 3, 48 StPO war höchstens bei namentlich bekannten Stammgästen zielführend, da der Zeugenbeweis nur die unmittelbare Wahrnehmung von Zeugen zum Gegenstand hat.³⁷ In den meisten Fällen kennen die Gastwirte die Gäste jedoch nicht namentlich, sodass allein der direkte Zugriff auf die Kontaktdaten in den Gästelisten einen Ermittlungserfolg versprochen hätte. Zum anderen ist § 94 Abs. 1, 2 StPO als Rechtsgrundlage spezieller und somit vorrangig vor den Ermittlungsgeneralklauseln in §§ 161 Abs. 1 S. 1, 163 Abs. 1 S. 2 StPO heranzuziehen.³⁸ Die Kontaktdaten sind nämlich gegenständlich verkörpert und unterliegen damit

²⁸ BVerfGE 130, 151 (184); 141, 220 (333 f.); *BVerfG*, NJW 2020, 2699 (2717); *BayVG*, ZD 2019, 515.

²⁹ *BayVG*, ZD 2019, 515 (517).

³⁰ Vgl. ausführlich *Zöller*, StV 2019, 419 (423).

³¹ *BGH*, NJW 2014, 2651 (2652); vgl. *BayVG*, ZD 2019, 515 (521) m. Anm. *Petri*, ZD 2019, 521 (522).

³² *Anders Sikora*, JuWiss-Blog v. 21.7.2020, <https://www.juwiss.de/103-2020/> (zuletzt abgerufen am 22.11.2020), die auf § 23 Abs. 1 Nr. 4 BDSG abstellt und diesen für ausreichend erachtet.

³³ § 4 Abs. 1 S. 3 der 8. BayIfSMV vom 30.10.2020.

³⁴ *VerfGH des Saarlandes*, Beschl. v. 28.8.2020, Lv 15/20.

³⁵ *Erb*, in: LR-StPO, 27. Aufl. (2018), § 161 Rn. 22; *Petri*, StV 2007, 266 (267); *Reichling*, JR 2011, 12 (15 f.); *Singelstein*, NSTZ 2012, 593 (603); *Wohlers/Deiters*, in: SK-StPO, 5. Aufl. (2016), § 161 Rn. 22; *Zöller*, in: HK-StPO, 6. Aufl. (2019), § 161 Rn. 7.

³⁶ *Singelstein*, NSTZ 2012, 593 (603); *Wohlers/Deiters*, in: SK-StPO, § 161 Rn. 14; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl. (2017), § 25 Rn. 11.

³⁷ *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. (2017), S. 431.

³⁸ *Singelstein*, NSTZ 2012, 593 (603); vgl. *Zöller*, in: HK-StPO, § 161 Rn. 2.

der Beschlagnahme nach § 94 Abs. 1, 2 StPO, ggf. in Verbindung mit § 103 StPO, wenn eine Durchsuchung der Gaststätte erforderlich ist.³⁹

c) Beschlagnahme gem. § 94 Abs. 1, 2 StPO

Da die Gastwirte die Gästelisten aus Datenschutzgründen nicht freiwillig herausgeben dürfen, war nach altem Recht eine Sicherstellung nach § 94 Abs. 1 StPO nicht möglich. Es blieb nur die Beschlagnahme nach § 94 Abs. 1, 2 StPO, die eine richterliche Anordnung gem. § 98 Abs. 1 S. 1 StPO voraussetzt. Da die Gästelisten wochenlang aufbewahrt werden müssen, griff die Eilkompetenz von Polizei und Staatsanwaltschaft höchstens in Fällen, in denen der Beschuldigte flüchtig und die Nachteile durch die Polizei erforderlich oder die Aufbewahrungsfrist fast verstrichen war.

Laut *BVerfG* erfüllt § 94 StPO die verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine Rechtsgrundlage für Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung.⁴⁰ Insbesondere attestiert das *BVerfG*, dass § 94 StPO im Hinblick auf unvorhersehbare Ermittlungssituationen hinreichend bereichsspezifisch und präzise sei.⁴¹ Die Rechtsprechung hat auch den Zweck, den Anlass und die Grenzen des Eingriffs festgelegt. So liegt der Zweck der Beschlagnahme von Daten im Sammeln von Beweisen zur Vorbereitung einer strafgerichtlichen Entscheidung. Der Anlass dafür ist das konkrete Strafverfahren, für das mindestens ein Anfangsverdacht vorliegen muss. Die Begrenzung der Datenbeschlagnahme ist in der Erforderlichkeit der Eignung als – unmittelbares oder mittelbares⁴² – Beweismittel für das konkrete Strafverfahren zu sehen.⁴³ Außerdem kommt der Prüfung der Verhältnismäßigkeit eine begrenzende Funktion zu.⁴⁴ So konnten die Strafverfolgungsbehörden nach alter Rechtslage lediglich solche Daten herausverlangen, die geeignet waren, als Beweismittel oder Ermittlungsansatz zu dienen. Damit schieden von vornherein solche Gästedaten aus, die nicht in einem eng umgrenzten Zeitraum der mutmaßlichen Tatbegehung angefallen sind.⁴⁵ Wenn beispielsweise auf der Straße vor den Fenstern einer Gaststätte eine Straftat begangen wurde, durften nur die Kontaktdaten der Gäste beschlagnahmt werden, die zu genau dieser Zeit im Restaurant waren und somit das Geschehen beobachtet haben konnten.

aa) Einschränkung durch Verwendungsverbote?

Die Bedeutung der in einigen Corona-Verordnungen enthaltenen Verwendungsverbote war bislang umstritten. In Baden-Württemberg maß das Innenministerium dem Verwendungsverbot die Bedeutung einer eindeutigen und ausschließlichen Zweckbindung zu.⁴⁶ Genauso sah es die hessische Datenschutzbeauftragte.⁴⁷ Anders legten jedoch das rheinland-pfälzische Gesundheitsministerium,⁴⁸ die brandenburgische Regierung⁴⁹ sowie der hamburgische Senat⁵⁰ ihre jeweiligen Verwendungsverbote aus. Ihrer Ansicht nach galten die Verwendungsverbote nicht für die Strafverfolgungsbehörden.

Problematisch war bereits die Frage, ob die landesrechtlichen Verwendungsverbote in den Corona-Verordnungen gegenüber der StPO als Bundesgesetz überhaupt Wirkung entfalten konnten. Das Strafprozessrecht fällt in die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG. Von dieser hat der Bund mit Schaffung der StPO und dort insbesondere mit den Beschlagnahmenvorschriften der §§ 94 ff. StPO abschließend Gebrauch gemacht und sperrt damit grundsätzlich landesrechtliche Regelungen.⁵¹ Die StPO öffnet sich lediglich in § 160 Abs. 4 StPO für einschränkende landesgesetzliche Regelungen.

Es wäre daher denkbar gewesen, die Beschlagnahme der Corona-Gästelisten über § 160 Abs. 4 StPO einzuschränken. Diese Norm erklärt Ermittlungsmaßnahmen für unzulässig, soweit besondere bundesgesetzliche oder entsprechende landesgesetzliche Verwendungsregelungen entgegenstehen. Für das saarländische gesetzliche Verwendungsverbot⁵² kam eine direkte Anwendung in Betracht, während für die Verwendungsverbote in den Corona-Verordnungen höchstens eine analoge Anwendung möglich gewesen wäre. Beidem widersprach jedoch der gesetzgeberische Wille. Demnach soll § 160 Abs. 4 StPO die Ermittlungskompetenz der Strafverfolgungsbehörden nur durch bundesgesetzliche Verwendungsregelungen einschränken können. Um die Bundeseinheitlichkeit der Strafverfolgung zu gewährleisten, meint die Einbeziehung landesgesetzlicher Regelungen in § 160 Abs. 4 StPO nur solche, die auf Bundesebene eine gesetzliche Entsprechung haben.⁵³ Für die Verwendungsverbote im Zusammenhang mit Corona-Gästelisten gab es jedoch bis

³⁹ Antwort des Parlamentarischen Staatssekretärs *Lange* auf eine Anfrage von *Klinge* v. 27.7.2020, BT-Drs. 19/21374, S. 39; BVerfGE 113, 29 (50); *Eisenberg*, Rn. 2324a; *Gercke*, in: HK-StPO, § 94 Rn. 17; *Köhler*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 63. Aufl. (2020), § 94 Rn. 4, 16a; *Wohlers/Greco*, in: SK-StPO, § 94 Rn. 24 m.w.N.

⁴⁰ BVerfGE 113, 29 (51 f.).

⁴¹ BVerfGE 113, 29 (51 f.); a.A. im Zusammenhang mit Mautdaten *Niehaus*, NZV 2004, 502 (503).

⁴² Vgl. *Eisenberg*, Rn. 2324; *Hauschild*, in: MüKo-StPO, 2014, § 94 Rn. 15; *Köhler*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 94 Rn. 5.

⁴³ BVerfGE 109, 279 (376); 113, 29 (52); 115, 166 (191).

⁴⁴ *Köhler*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 94 Rn. 18a.

⁴⁵ Vgl. BVerfGE 124, 43 (67) bzgl. der Beschlagnahme von E-Mails.

⁴⁶ <https://www.swr.de/swraktuell/rheinland-pfalz/polizei-darf-corona-daten-fuer-strafrechtliche-ermittlungen-nutzen-100.html> (zuletzt abgerufen am 22.11.2020).

⁴⁷ <https://www.datenschutzticker.de/2020/07/darf-die-polizei-auf-corona-gaestelisten-zugreifen/> (zuletzt abgerufen am 22.11.2020).

⁴⁸ <https://www.swr.de/swraktuell/rheinland-pfalz/polizei-darf-corona-daten-fuer-strafrechtliche-ermittlungen-nutzen-100.html> (zuletzt abgerufen am 22.11.2020).

⁴⁹ <https://www.nordkurier.de/brandenburg/brandenburgs-polizei-ignoriert-corona-gaestelisten-0840622809.html> (zuletzt abgerufen am 22.11.2020).

⁵⁰ <https://www.mopo.de/hamburg/zoff-um-corona-gaestelisten-in-lokalen-polizei-bedient-sich---was-ist-mit-datenschutz--37119458> (zuletzt abgerufen am 22.11.2020).

⁵¹ Vgl. *Ipsen*, Staatsrecht I: Staatsorganisationsrecht, 32. Aufl. (2020), Rn. 558 ff.

⁵² § 3 Abs. 2 S. 1, Abs. 5 S. 1 Saarländisches Gesetz zur Kontaktnachverfolgung im Rahmen der Corona-Pandemie v. 11.11.2020.

⁵³ BT-Drs. 14/1484, S. 22 f., 46; in diesem Sinne auch Bayerischer Landtag, Antwort des Staatsministeriums der Justiz auf eine Anfrage von *Arnold* v. 26.8.2020, Drs. 18/9582.

vor Kurzem keine entsprechende bundesgesetzliche Regelung, sodass § 160 Abs. 4 StPO weder direkt noch analog herangezogen werden konnte.

bb) Einschränkung durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Eine bundesweit geltende Einschränkung erfährt die Beschlagnahmeregulation jedoch durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, da jede Zwangsmaßnahme von Verfassungs wegen verhältnismäßig sein muss.⁵⁴

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit werden die Geeignetheit und Erforderlichkeit der Maßnahme zur Aufklärung der Straftat beurteilt sowie anschließend die Schwere des Grundrechtseingriffs ins Verhältnis zur Schwere der Anlasstat und zur Stärke des Tatverdachts gesetzt.⁵⁵ Ein Blick in die Gästelisten ist zweifelsohne geeignet, die Kontaktdaten möglicher Tatzeugen herauszufinden. Bereits an der Erforderlichkeit bestehen allerdings Zweifel. Stehen weniger eingriffsintensive und dennoch gleichermaßen erfolgversprechende Ermittlungsmethoden zur Verfügung, müssen die Strafverfolgungsbehörden auf diese zurückgreifen. Denkbar wäre etwa ein Zeugenaufruf auf Webseiten der Polizeibehörden, in lokalen Zeitungen, Fernseh- und Radiosendern sowie über Social-Media-Kanäle. Der Weg zur Prüfung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne ist erst dann eröffnet, wenn nach Ausschöpfung weniger einschneidender Ermittlungsmaßnahmen keine Zeugen oder nicht diejenigen ausfindig gemacht werden können, die das Geschehen aus nächster Nähe beobachtet haben müssten, weil sie etwa im Restaurant am Fenster saßen.

Der mit der Einsicht der Gästelisten verbundene Grundrechtseingriff wiegt vor allem deshalb besonders schwer, weil zum einen potenziell eine große Anzahl unbeteiligter Personen von der Maßnahme betroffen ist. Zum anderen kann mithilfe der in den Listen enthaltenen zeitlichen Angaben zum Aufenthalt in jeder einzelnen Lokalität auf den Lebenswandel einzelner Personen geschlossen und ein zumindest rudimentäres Bewegungsprofil erstellt werden. In der Waagschale liegt also ein schweres Gewicht. Dies muss auf der anderen Seite der Waage ein besonders star-

ker Tatverdacht bezüglich einer schweren Anlasstat aufwiegen.

Der Zugriff der Strafverfolgungsbehörden auf die Gästelisten war daher – bei unterstellter Erfolglosigkeit anderer Ermittlungsmaßnahmen – lediglich bei Straftaten von besonderem Gewicht möglich.⁵⁶ Ein einfacher Diebstahl, eine Beleidigung oder ähnliche Bagatelldelikte, die beispielsweise in Bayern der Grund für eine Sicherstellung von Gästelisten waren,⁵⁷ konnten jedenfalls eine Beschlagnahme der Gästelisten nicht rechtfertigen.

Ein Teil der Literatur⁵⁸ wäre unabhängig von der Schwere der Straftat zu einem vollständigen Ausschluss der Beschlagnahme gelangt. Wenn man auf der Ebene des Beweisrechts ein Beweisverwertungsverbot mit Fernwirkung annimmt, ist es denkbar diesem Beweisverwertungsverbot eine Vorwirkung zuzusprechen. Diese würde sich über den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auf die Beschlagnahme selbst auswirken. Schließlich wäre es unverhältnismäßig, etwas zu beschlagnahmen, das hinterher im Verfahren nicht einmal als Ermittlungsansatz verwertet werden darf.⁵⁹

IV. Strenges Verwendungsverbot nach neuer Rechtslage

Mit § 28a Abs. 1 Nr. 17, Abs. 4 IfSG hat der Gesetzgeber eine von vielen Seiten herbeigesehnte bundeseinheitliche Regelung geschaffen.⁶⁰ Aus der Zusammenschau der Normen ergibt sich eine strenge Zweckbindung. § 28a Abs. 1 Nr. 17 IfSG legt den Zweck der Datenverarbeitung auf die Nachverfolgung und Unterbrechung von Infektionsketten fest. § 28a Abs. 4 S. 3 IfSG bestimmt, dass die Kontaktdaten allein an die „nach Landesrecht für die Erhebung der Daten zuständigen Stellen“, also an die Gesundheitsbehörden,⁶¹ ausgehändigt und nicht zu einem anderen Zweck verwendet werden dürfen. § 28a Abs. 4 S. 6 IfSG ergänzt schließlich, dass auch die Landesbehörden die Daten nicht weitergeben oder zu anderen Zwecken verwenden dürfen.

Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich, dass sich die Verwendungsverbote nicht nur an die Gastwirte (Satz 3) bzw. an die Gesundheitsbehörden (Satz 6) richten, wie

⁵⁴ BVerfG, NJW 1970, 505 (506); NSTZ 1992, 91 (92).

⁵⁵ BVerfGE 113, 29 (53); 96, 44 (51).

⁵⁶ So u.a. auch Kugelman, in: <https://www.swr.de/swr/aktuell/rheinland-pfalz/polizei-darf-corona-daten-fuer-strafrechtliche-ermittlungen-nutzen-100.html> (zuletzt abgerufen am 22.11.2020).

⁵⁷ Bayerischer Landtag, Antwort des Staatsministeriums der Justiz auf eine Anfrage von Arnold v. 26.8.2020, Drs. 18/9582, S. 4; <https://www.stuttgarter-nachrichten.de/inhalt.bayern-polizei-nutzte-corona-gaesteliste-auch-gegen-kleinkriminelle.3a9f0c52-2235-47cc-adcf-b94f86fb2f7b.html> (zuletzt abgerufen am 22.11.2020).

⁵⁸ Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, 14. Aufl. (2018), Rn. 482; Fezer, JZ 1987, 937 (938 f.); Gössel, NSTZ 1998, 126; Grünwald, StV 1987, 470 (472); Otto, GA 1970, 289 (293 f.); differenzierend Eisenberg, Rn. 403; Rogall, JZ 2008, 818 (827).

⁵⁹ Gössel, in: LR-StPO, Einl. L Rn. 197 m.w.N.; Jahn, Gutachten C für den 67. Deutschen Juristentag, C 86 f.; Kudlich, in: MüKo-StPO, 2014, Einl. Rn. 487; Wohlers, in: GS Weßlau, 2016, S. 427 (435); Wohlers/Greco, in: SK-StPO, § 97 Rn. 50.

⁶⁰ <https://www.sueddeutsche.de/bayern/bayern-polizei-gaesteliste-corona-1.4966622> (zuletzt abgerufen am 22.11.2020); Anfrage von Klinge v. 27.7.2020, BT-Drs. 19/21374, S. 39; <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/regierung-haelt-gesetz-fuer-polizei-zugriff-auf-corona-gaesteliste-nicht-fuer-erforderlich> (zuletzt abgerufen am 22.11.2020); Fahrman/Arzt/Aden, Verfassungsblog v. 14.8.2020, <https://verfassungsblog.de/corona-gaesteliste-masslose-polizeiliche-datennutzung/> (zuletzt abgerufen am 22.11.2020); <https://www.zeit.de/politik/deutschland/2020-08/gastronomie-gaesteliste-corona-regierung-daten-strafverfolgung> (zuletzt abgerufen am 22.11.2020); https://www.deutschlandfunkkultur.de/corona-gaesteliste-wir-brauchen-ein-begleitetesetz.1008.de.html?dram:article_id=481523 (zuletzt abgerufen am 22.11.2020); <https://www.golem.de/news/polizei-zugriff-auf-corona-gaesteliste-nur-bei-mord-und-totschlag-2008-150053.html> (zuletzt abgerufen am 22.11.2020).

⁶¹ Vgl. u.a. § 6 Abs. 1 S. 1 CoronaVO Baden-Württemberg in der ab 2.11.2020 gültigen Fassung, § 4 Abs. 3 S. 1 der 8. BayIfSMV v. 30.10.2020, § 6 Abs. 2 SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung Brandenburg v. 30.10.2020.

man aus dem Kontext des Absatzes 4 meinen könnte,⁶² sondern alle Dritten, darunter auch die Strafverfolgungsbehörden, von der Verwendung der Kontaktdaten ausschließen.⁶³ Die Formulierung „die Daten dürfen nicht zu einem anderen Zweck (...) verwendet werden“ ist passivisch konstruiert, nennt keine Adressaten und sieht keine Ausnahme vor. In den parlamentarischen Debatten wurde auch keine Ausnahme diskutiert, sondern vielmehr betont, dass die Kontaktdaten „nur noch zur Nachverfolgung von Infektionsketten verarbeitet“ werden dürfen.⁶⁴ Da die Problematik der Zugriffe auf die Gästelisten durch die Strafverfolgungsbehörden bei der Beschlussfassung bekannt gewesen sein musste, ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber eine ausdrückliche Regelung für Strafverfolgungsbehörden aufgenommen hätte, wenn er eine Ausnahme hätte vorsehen wollen.⁶⁵ Eine teleologische Reduktion des Verwendungsverbots auf interne Datenverarbeitungsabläufe der Gastwirte und Gesundheitsbehörden, wie sie für ein vergleichbares Verwendungsverbot im Zusammenhang mit Mautdaten diskutiert wurde,⁶⁶ scheidet daher von vornherein aus.

Das Verwendungsverbot in § 28a Abs. 4 S. 3, 6 IfSG ist ein Bundesgesetz, das anders als eine Landesverordnung oder auch das saarländische Corona-Gesetz gem. § 160 Abs. 4 StPO zur Unzulässigkeit von diesem Verbot widersprechenden Ermittlungsmaßnahmen führt. Die Strafverfolgungsbehörden dürfen daher ab sofort keine Gästelisten mehr beschlagnahmen. § 28a Abs. 4 S. 3, 6 IfSG i.V.m. § 160 Abs. 4 StPO konstituieren insofern ein Beweiserhebungsverbot.

V. Folgen für das Strafverfahren

Eine entgegen § 28a Abs. 4 S. 3, 6 IfSG durchgeführte Beschlagnahme ist wegen § 160 Abs. 4 StPO rechtswidrig. Umstritten sind allerdings die Konsequenzen einer rechtswidrigen Beweiserhebung im weiteren Strafverfahren. Für die Bestimmung der Rechtsfolge ist zunächst die Rechtsnatur des § 28a Abs. 4 S. 3, 6 IfSG zu ermitteln. Anschließend sind verschiedene beweisrechtliche Folgen zu differenzieren. Dabei kommt es vor allem auf das umstrittene Verhältnis zwischen dem verfassungsrechtlich geprägten Datenschutzrecht und dem strafprozessualen Beweisrecht an.

1. Rechtsnatur des § 28a Abs. 4 S. 3, 6 IfSG

Der Gesetzgeber unterscheidet an vielen Stellen in der StPO zwischen der Verwendung von Erkenntnissen allgemein und der Verwendung speziell zu Beweis Zwecken.⁶⁷ Insbesondere bei der Verwendung von personenbezogenen Daten tritt diese Unterscheidung zutage, wenn in § 161 Abs. 3 S. 1 und Abs. 4 StPO die Verwendung der Daten zu Beweis Zwecken verboten, eine Verwendung zu anderen Zwecken jedoch nicht erwähnt und damit im Umkehrschluss gestattet ist.⁶⁸

Im Folgenden wird von „Verwertung“ gesprochen, wenn es um die beweisrechtliche Frage der Verwertbarkeit als Beweismittel im Urteil oder in einer anderen prozessualen Entscheidung in einem früheren Verfahrens stadium (etwa Anklageerhebung oder Eröffnungsbeschluss) geht. „Verwendung“ umfasst als datenschutzrechtlicher Oberbegriff ganz allgemein jede Datenverarbeitung im Strafverfahren, geht also über die Verwertung weit hinaus.⁶⁹ Davon ist der beweisrechtliche Begriff „Verwendung als Ermittlungsansatz“ zu unterscheiden, der unter der Verwendung eines ggf. unverwertbaren Beweismittels die Nutzung als Ermittlungsansatz versteht, um weitere, ggf. verwertbare, Beweismittel zu erlangen.⁷⁰

§ 28a Abs. 4 S. 3, 6 IfSG normiert ein datenschutzrechtliches Verwendungsverbot. Der Wortlaut unterscheidet nicht zwischen Verwendung und Verwertung und verbietet explizit auch die Weitergabe und Weiterverwendung durch die Gesundheitsbehörden zu anderen Zwecken als dem Infektionsschutz. Damit ist klar, dass jede Art der Verwendung umfasst sein soll. Ob damit auch ein Verwertungsverbot und ggf. sogar eine Fernwirkung im beweisrechtlichen Sinn bestehen, bedarf jedoch weiterer Klärung.

2. Verwertung als Beweismittel

a) Allgemeine Beweislehre

Nach der weit überwiegenden Ansicht führt nicht jeder Verstoß gegen ein Beweiserhebungsverbot automatisch zu einem Beweisverwertungsverbot. Vielmehr ist anhand bestimmter Kriterien zu prüfen, ob ein fehlerhaft erlangtes Beweismittel im Einzelfall verwertet werden darf oder nicht. Während die Literatur teilweise auf den Schutzzweck der verletzten Norm abstellt, wägt die Rechtspre-

⁶² Vgl. die unterschiedlichen Auslegungsmöglichkeiten der Verwendungsverbote in einigen Corona-Verordnungen, *Bloß/Kühhorn*, Jura 2020, 1036 (1041 f.).

⁶³ BT-Drs. 19/24334, S. 81: „Absatz 4 regelt die datenschutzrechtlichen Anforderungen im Hinblick auf die Kontaktdatenerhebung nach Absatz 1 Nummer 17“; Bundestag, Plenarprotokoll 19/191 v. 18.11.2020, 24056 B: „Kontaktdaten dürfen nur noch zur Nachverfolgung von Infektionsketten verarbeitet und weitergegeben werden“.

⁶⁴ Bundestag, Plenarprotokoll 19/191 v. 18.11.2020, 24056 B.

⁶⁵ Das Gebot der Normenklarheit erfordert eine ausdrückliche Erwähnung einer solchen Ausnahme, vgl. auch *LG Magdeburg*, NJW 2006, 1073 (1074) zum ABMG; ebenso *Göres*, NJW 2004, 195 (197 f.).

⁶⁶ Für teleologische Reduktion *AG Gummersbach*, NJW 2004, 240; dagegen *LG Magdeburg*, NJW 2006, 1073 (1074); *Göres*, NJW 2004, 195 (197 f.).

⁶⁷ *Wohlers*, in: GS Weßlau, 2016, S. 427 (437).

⁶⁸ *Wohlers/Deiters*, in: SK-StPO, § 161 Rn. 48 f.; *Wohlers*, in: GS Weßlau, 2016, S. 427 (438); diese Unterscheidung ablehnend *Dencker*, in: FS Meyer-Goßner, S. 237 (250); *Engelhardt*, Verwendung präventiv-polizeilich erhobener Daten im Strafprozess, 2011, S. 224 f.; *Hengstenberg*, Die Frühwirkung der Verwertungsverbote, 2007, S. 122; *Jahn*, Gutachten C für den 67. Deutschen Juristentag, C 96 f.

⁶⁹ Vgl. *Rogall*, in: FS Kohlmann, 2003, S. 465 (485); *ders.*, JZ 2008, 818 (827 f.).

⁷⁰ Vgl. etwa *Singelstein*, in: MüKo-StPO, 2019, § 477 Rn. 33 f.; *Schuhr*, in: MüKo-StPO, 2014, § 136a Rn. 98.

chung das Strafverfolgungsinteresse gegen die Beschuldigtenrechte ab.⁷¹ Überwiegt das Strafverfolgungsinteresse die Rechte des Beschuldigten, etwa weil eine besonders schwere Straftat im Raum steht und die Maßnahme hypothetisch rechtmäßig hätte durchgeführt werden können, darf das an sich rechtswidrig gewonnene Beweismittel im Strafurteil nach Ansicht der Rechtsprechung dennoch verwertet werden. Im umgekehrten Fall, etwa bei einem besonders gravierenden oder willkürlichen Verfahrensverstoß, besteht ein Beweisverwertungsverbot.⁷² Ein bestimmter Verstoß kann daher in verschiedenen Verfahren zu unterschiedlichen Ergebnissen führen, da es keine allgemeingültige Regel gibt.

b) Datenschutzrechtliche Verwendungsregelungen

Die Rechtsprechung und ein Teil der Literatur übertragen die Abwägungslehre aus dem Beweisrecht auf datenschutzrechtliche Verwendungsregelungen und treffen auch in diesem Bereich jeweils eine Entscheidung im Einzelfall.⁷³ Demnach wäre eine Verwertung der Gästelisten als Beweismittel jedenfalls in solchen Verfahren zulässig, in denen der Verdacht auf eine schwere Straftat – wie beispielsweise ein vorsätzliches Tötungsdelikt – im Raum steht.

Demgegenüber argumentieren andere Teile der Literatur von einem datenschutzrechtlichen Standpunkt aus. Für die Verwertung (und damit auch die Verwertung als Beweismittel) muss eine Rechtsgrundlage vorliegen und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt sein.⁷⁴ Bei rechtmäßig erlangten Daten dient § 161 Abs. 1 S. 1 StPO als Rechtsgrundlage. Besteht jedoch bereits ein ausdrückliches gesetzliches Verwendungsverbot, kommt eine Verwertung der Daten als Beweismittel nicht mehr in Betracht.⁷⁵ Ein datenschutzrechtliches Verwendungsverbot zieht damit ein Beweisverwertungsverbot nach sich.

3. Verwendung als Ermittlungsansatz

Für die Konstellation des Zugriffs auf Corona-Gästelisten ist die Verwendung der Daten als Ermittlungsansatz deutlich relevanter als die unmittelbare Verwertung als Beweismittel. In den meisten der bisher bekannt gewordenen

Fälle haben die Strafverfolgungsbehörden die Kontaktdaten genutzt, um potentielle Tatzeugen ausfindig zu machen.⁷⁶ Die Gästelisten und die darin enthaltenen Kontaktdaten sollten nicht selbst als Beweismittel dienen, sondern dabei helfen, durch Zeugenvernehmungen weitere Beweismittel zu erhalten.

a) Allgemeine Beweislehre

Die strafprozessuale Dogmatik trennt bei der Prüfung der Fehlerfolgen im Rahmen der Beweiserhebung zwischen der Verwertung der Daten als Beweismittel und der Verwertung als Ermittlungsansatz, also zur Gewinnung weiterer Beweismittel. Während Beweisverwertungsverbote im Rahmen der Abwägung sorgfältig geprüft werden, lässt die Rechtsprechung die Verwendung der rechtswidrig erlangten Informationen als Ermittlungsansatz grundsätzlich zu.⁷⁷ Sie spricht damit Beweisverwertungsverbote eine Fernwirkung bis auf wenige Ausnahmen ab und verwertet auch solche Beweismittel, die mittelbar durch das fehlerhaft erlangte Beweismittel hervorgebracht wurden.⁷⁸ Demgegenüber bejaht ein Teil der Literatur eine solche Fernwirkung.⁷⁹

b) Datenschutzrechtliche Verwendungsregelungen

In § 161 Abs. 3, 4 StPO ist die Trennung zwischen Verwertung als Beweismittel und Verwendung als Ermittlungsansatz auch für personenbezogene Daten angelegt. Diese Unterscheidung ist jedoch nicht mit der verfassungsrechtlichen Konzeption des Datenschutzrechts vereinbar. Schließlich greifen beide Verwendungsarten gleichermaßen in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ein.⁸⁰

Wenn man Verwendungsregeln umfassend versteht, gehen sie weiter als bloße Verwertungsverbote, wie sie die allgemeine Beweisverbotslehre kennt. Als Verbote untersagen sie nicht lediglich die Berücksichtigung der Informationen zur Entscheidungsfindung, sondern bereits jeden Zugriff und jede Verarbeitung der Daten im Strafverfahren.⁸¹ Die Kontaktdaten dürfen somit erst gar nicht Eingang in ein Strafverfahren finden.⁸² Aus datenschutzrechtlicher Sicht dürfen die Strafverfolgungsbehörden die

⁷¹ Übersicht bei *Beulke*, Jura 2008, 653 (654 ff.).

⁷² *BGH*, NJW 1983, 1570 (1571); NJW 2007, 2269 (2271); *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, Rn. 363.

⁷³ BGHSt 54, 69 (87 f.); *Singelstein*, NStZ 2012, 593 (605); *Wohlers*, in: GS Weßlau, 2016, S. 427 (438).

⁷⁴ *Bertram*, Die Verwendung präventiv-polizeilicher Erkenntnisse im Strafverfahren, 2009, S. 298 ff., 342; *Singelstein*, NStZ 2012, 593 (605); *Zöller*, in: HK-StPO, § 161 Rn. 32.

⁷⁵ *Rogall*, JZ 2008, 818 (827); *Singelstein*, ZStW 120 (2008), 854 (867).

⁷⁶ <https://www.sueddeutsche.de/bayern/bayern-polizei-gaestelisten-corona-1.4966622> (zuletzt abgerufen am 22.11.2020); <https://www.mopo.de/hamburg/zoff-um-corona-gaestelisten-in-lokalen-polizei-bedient-sich---was-ist-mit-datenschutz--37119458> (zuletzt abgerufen am 22.11.2020); <https://www.n-tv.de/panorama/Polizei-greift-auf-Restaurant-Gaestelisten-zu-article21938856.html> (zuletzt abgerufen am 22.11.2020); <https://www.zeit.de/digital/datenschutz/2020-07/datenschutz-gastronomie-corona-handy-nummer-kontaktdaten-hacking-polizei> (zuletzt abgerufen am 22.11.2020).

⁷⁷ *BVerfG*, NStZ 2006, 46; BGHSt 27, 355 (358); 32, 68 (71); *BGH*, NJW 2006, 1361 (1363); vgl. aber *BVerfGE* 109, 279 (332).

⁷⁸ BGHSt 29, 244 (247 ff.); *Eisenberg*, Rn. 403 ff.

⁷⁹ *Beulke/Swoboda*, Rn. 482; *Fezer*, JZ 1987, 937 (938 f.); *Gössel*, NStZ 1998, 126; *Grünwald*, StV 1987, 470 (472); *Otto*, GA 1970, 289 (293 f.); differenzierend *Eisenberg*, Rn. 403; *Rogall*, JZ 2008, 818 (827).

⁸⁰ *BVerfGE* 109, 279 (377); 141, 220 (327); *Singelstein* ZStW 120 (2008), 854 (884 ff.); *ders.*, NStZ 2012, 593 (604, 606); *Weßlau*, in: SK-StPO, 4. Aufl. (2013), § 477 Rn 27.

⁸¹ So auch *Singelstein*, ZStW 120 (2008), 854 (867 f.); *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, Einl. Rn. 57d; vgl. auch *Rogall*, in: FS Kohlmann, 2003, S. 465 (482 ff.); *ders.*, JZ 2008, 818 (827 f.).

⁸² Vgl. *Singelstein*, ZStW 120 (2008), 854 (867 f.).

Kontaktdaten aus Gästelisten nicht heranziehen, um potentielle Tatzeugen zu kontaktieren oder den Aufenthalt des Beschuldigten in einer bestimmten Gaststätte zu einer bestimmten Uhrzeit nachzuweisen.⁸³

Es erscheint nur konsequent, eine Fernwirkung aus der Absolutheit des Verwendungsverbots herzuleiten und verbotswidrig erlangte Zeugenaussagen in der Folge ebenfalls als Beweismittel zu sperren.⁸⁴ Andernfalls würde die Rechtsprechung das Verwendungsverbot in § 28a Abs. 4 S. 3, 6 IfSG für den Bereich der Strafverfolgung faktisch aushebeln oder doch zumindest stark relativieren.⁸⁵ Schließlich dienen die Kontaktdaten in den Gästelisten in den bekannt gewordenen Fällen polizeilichen Zugriffs in erster Linie dazu, potentielle Tatzeugen zu ermitteln.⁸⁶

In Einzelfällen mag das dazu führen, dass das Strafverfahren wie von der Rechtsprechung befürchtet⁸⁷ „lahmgelegt“ wird. Das dürften jedoch im Kontext der Gästelisten seltene Ausnahmen sein, da es in den allermeisten Fällen andere erfolversprechende Möglichkeiten gibt, Tatzeugen ausfindig zu machen und den Tathergang zu beweisen. Zudem war vor der Pandemie auch ohne die Gästelisten eine effektive Strafverfolgung möglich. Daher ist die Einschränkung der Ermittlungsmöglichkeiten durch das Verwendungsverbot hinzunehmen.⁸⁸ In laufenden Verfahren ist rechtzeitig Widerspruch zu erheben, damit das Verwendungs- und Verwertungsverbot Berücksichtigung findet.

VI. Fazit

Überall, wo Daten gesammelt werden, ist damit zu rechnen, dass früher oder später auch die Strafverfolgungsbehörden Interesse an diesen Daten bekunden. Im Zusammenhang mit den Gästelisten, anhand derer während der aktuellen COVID-19-Pandemie Infektionsketten nachver-

folgt und unterbrochen werden sollen, war die Situation bis Mitte November besonders brisant. Strafverfolgungsbehörden griffen in einigen Bundesländern mehrfach auf Gästelisten zu. Die Rechtslage war jedoch völlig unklar. Die Rechtmäßigkeit dieser Ermittlungsmaßnahme wurde in verschiedenen Bundesländern unterschiedlich beurteilt. Zudem änderten sich alle 16 Corona-Verordnungen immer wieder und in besonders kurzen Abständen. Gleichzeitig ist der Datenschutz in diesem Zusammenhang besonders wichtig, weil das Vertrauen der Bevölkerung für eine effektive Nachverfolgung von Infektionsketten essenziell ist.

Im Zuge des Dritten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite hat der Gesetzgeber nun für Klarheit und für eine bundesweite Einheitlichkeit der Strafverfolgung gesorgt, indem er mit § 28a Abs. 4 S. 3, 6 IfSG ein ausdrückliches und umfassendes Verwendungsverbot normiert hat. Dieses Verwendungsverbot schließt die Verwertung der Gästelisten als Beweismittel aus und entfaltet nach hier vertretener Ansicht auch hinsichtlich dadurch gewonnener Beweismittel eine Fernwirkung. Damit dürfen Strafverfolgungsbehörden ab sofort nicht mehr auf die Gästelisten zugreifen. Sie dürfen weder die Gästelisten beschlagnahmen noch die darin aufgeführten Personen kontaktieren. Wenn sich in einem Strafverfahren herausstellt, dass die Polizei verbotswidrig Gästelisten beschlagnahmt hat, dürfen die Gästelisten selbst und auch die mit ihrer Hilfe gewonnenen Zeugenaussagen im Strafverfahren nicht verwertet werden.

Es bleibt zu hoffen, dass auf diese Weise das enttäuschte Vertrauen der Bevölkerung wieder zurückgewonnen wird, damit ein effektiver Infektionsschutz auch dann gewährleistet werden kann, wenn nach dem zweiten Lockdown die Gaststätten wieder öffnen dürfen.

⁸³ Allgemein *Singelstein*, ZStW 120 (2008), 854 (867).

⁸⁴ So auch *Gasch*, S. 69 f.; *Singelstein*, ZStW 120 (2008), 854 (891); *Wohlers*, in: GS Weßlau, 2016, S. 427 (435 f.).

⁸⁵ Allgemein auch *Wohlers*, in: GS Weßlau, 2016, S. 427 (439).

⁸⁶ <https://www.sueddeutsche.de/bayern/bayern-polizei-gaestelisten-corona-1.4966622> (zuletzt abgerufen am 22.11.2020); <https://www.mopo.de/hamburg/zoff-um-corona-gaestelisten-in-lokalen-polizei-bedient-sich---was-ist-mit-datenschutz--37119458> (zuletzt abgerufen am 22.11.2020); <https://www.n-tv.de/panorama/Polizei-greift-auf-Restaurant-Gaestelisten-zu-article21938856.html> (zuletzt abgerufen am 22.11.2020); <https://www.zeit.de/digital/datenschutz/2020-07/datenschutz-gastronomie-corona-handynummer-kontaktdaten-hacking-polizei> (zuletzt abgerufen am 22.11.2020).

⁸⁷ *BGH*, NJW 1978, 1390; *NSiZ* 1984, 275; 1988, 142; 1989, 33 (34); *NJW* 2006, 1361 (1363).

⁸⁸ Allgemeiner auch *Wohlers*, in: GS Weßlau, 2016, S. 427 (436).

Datenschutzaufsicht im strafprozessualen Ermittlungsverfahren

von Mathias Gisch*

Abstract

Mit einer gewissen Regelmäßigkeit finden sich in den Tätigkeitsberichten der Landesbeauftragten für Datenschutz Schilderungen über mangelnde Unterstützung von Seiten der Staatsanwaltschaften und der Polizei im Rahmen der Wahrnehmung von aufsichtsrechtlichen Befugnissen bei datenschutzrechtlichen Prüfungen in laufenden strafprozessualen Ermittlungsverfahren. Teilweise wird eine datenschutzrechtliche Prüfungsbefugnis im laufenden Ermittlungsverfahren ganz abgelehnt¹, teilweise besteht Uneinigkeit über Art und Umfang der Kontrollbefugnisse der Landesdatenschutzbeauftragten.² In einer anderen Konstellation verweigert die Polizei unter Verweis auf die Staatsanwaltschaft und deren strafprozessualen Verfahrensherrschaft eine Zusammenarbeit mit der Landesbeauftragten für Datenschutz.³ Im Folgenden sollen die rechtlichen Grundlagen für die Zuständigkeit der Landesbeauftragten für Datenschutz dargestellt werden und so dann auf die datenschutzrechtlich zulässigen Untersuchungs- und Abhilfebefugnisse eingegangen werden, bevor hieraus Schlussfolgerungen für die Ausübung der Aufsicht gegenüber der (repressiv tätigen) Polizei und Staatsanwaltschaft gezogen werden.

With a certain regularity, the activity reports of the state commissioners for data protection contain descriptions of insufficient support from the public prosecutor's offices and the police in the context of exercising supervisory powers in data protection audits in ongoing criminal investigations. In some cases, the authority of the state commissioners to review processing activities under data protection law is completely refused in the course of the ongoing investigation; in some cases, there is disagreement about the type and scope of the control powers of the state commissioners. In another constellation, the police refused to cooperate with the state commissioner for data protection, referring to the public prosecutor's office and their procedural rule. In the following, the legal basis for the competence of the state commissioners for data protection is presented and then their investigative and corrective powers permitted under data protection law are discussed before conclusions for the exercise of supervision vis-à-vis the (repressive) police and public prosecutor's office are drawn from this.

I. Zuständigkeit der Landesbeauftragten für Datenschutz

Die Zuständigkeit der Landesbeauftragten für Datenschutz im strafprozessualen Ermittlungsverfahren ergibt sich aus einem Zusammenspiel aus verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Vorgaben, die in der StPO umgesetzt und im jeweiligen Landesrecht konkretisiert werden.

1. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Existenz und Ausgestaltung der datenschutzrechtlichen Aufsicht ergeben sich aus dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) und dessen objektivrechtlicher Dimension. Diese objektivrechtliche Dimension der Grundrechte allgemein beinhaltet unter anderem die Pflicht des Gesetzgebers in Form von privatrechtlichen Einrichtungen (Institutsgarantien⁴) oder öffentlich-rechtlichen Einrichtungen (institutionelle Garantien⁵) ein Norm- und Regelungsgefüge („grundrechtsfreundliches ‚Regelungsambiente‘“⁶) zu schaffen, das Bedrohungen des betroffenen Grundrechts begegnet und einem Substanzverlust entgegenwirkt.⁷

Bezogen auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und vor dem Hintergrund, dass die Verarbeitung, insbesondere die Verwendung, einmal erhobener personenbezogener Daten weitgehend losgelöst von der betroffenen Person stattfindet, konkretisiert das BVerfG im sog. Volkszählungsurteil diese objektivrechtliche Dimension betreffend die Datenverarbeitung öffentlicher Stellen dahingehend, dass es eine organisatorische Absicherung des Grundrechtsschutzes in Form der Institutionalisierung entsprechender Kontrollinstanzen fordert:

„Wegen der für den Bürger bestehenden Undurchsichtigkeit der Speicherung und Verwendung von Daten unter den Bedingungen der automatischen Datenverarbeitung und auch im Interesse eines vorgezogenen Rechtsschutzes durch rechtzeitige Vorkehrungen ist die Beteiligung unabhängiger Datenschutzbeauftragter von erheblicher Bedeutung für einen effektiven Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung.“⁸

* Mathias Gisch ist Leiter des Referats Polizeiliche Datenverarbeitung bei der Landesbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit Saarland.

¹ Der Bayerische Landesbeauftragte für den Datenschutz Bayern, 18. Tätigkeitsbericht 1997/98, Ziff. 5.10.

² Bericht des Unabhängigen Landeszentrums für den Datenschutz Schleswig-Holstein, 23. Tätigkeitsbericht 2001, Ziff. 4.3.5.

³ Die Landesbeauftragte für den Datenschutz und für das Recht auf Akteneinsicht, Pressemitteilung vom 20.8.2019: „Automatische Kennzeichenfahndung: Datenschutzbeauftragte beanstandet mangelnde Unterstützung durch das Polizeipräsidium Brandenburg“.

⁴ Herdegen, in: Maunz/Dürig, GG, 91. Aufl. (2020), Art. 1 Abs. 3 Rn. 19.

⁵ A.a.O.

⁶ Herdegen, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Abs. 3 Rn. 24.

⁷ Herdegen, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Abs. 3 Rn. 23.

⁸ BVerfG, Urt. v. 15.12.1983, BVerfGE 65, 1 (46).

Die Betonung des Adjektivs „vorgezogen“ macht dabei deutlich, dass das *BVerfG* die Kontrollaufgaben dieser Institution als solche mit präventiver Schwerpunktsetzung ansieht. Dass die Maßnahme einer Strafverfolgungsbehörde nachträglich gerichtlich überprüft werden kann (wie im Übrigen jede Maßnahme einer staatlichen Stelle), ist dementsprechend nicht schon ausreichend. Die Datenschutzbeauftragten sollen, wie es in einem vier Jahre nach dem Volkszählungsurteil erlassenen Beschluss⁹ zum dann neu gefassten Volkszählungsgesetz¹⁰ präzisiert wird, bereits frühzeitig durch die datenverarbeitenden Stellen beteiligt werden, um mit jenen gemeinsam die zur „grundrechtsschützenden und -währenden Durchführung erforderlichen technischen und organisatorischen Maßnahmen [...] rechtzeitig zu entwickeln“¹¹ und diese zu kontrollieren. Die Funktion der Datenschutzkontrolle besteht damit darin, den sich aus der Datenverarbeitung ergebenden Gefahren bereits im Vorfeld der Verarbeitung zu begegnen und die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben durch die datenverarbeitende Stelle zu überwachen und sicherzustellen, unabhängig vom Vorliegen einer konkreten Betroffenheit.

Die Akzentuierung einer vorbeugenden institutionalisierten Kontrolle bedeutet allerdings nicht, dass sich die Funktion der Datenschutzbeauftragten in einer Beteiligung im Vorfeld der Realisierung eines Verwaltungsverfahrens erschöpft. Effektiver Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung bedeutet auch, dass die Datenschutzbeauftragten sowohl anlasslos als auch – selbstverständlich – anlassbezogen konkrete Verwaltungsverfahren auf ihre Rechtmäßigkeit hin überprüfen und bei festgestellten Verstößen gegenüber den verantwortlichen Stellen – in unterschiedlicher Weise – auf eine Abhilfe hinwirken können.¹² Hierzu bedarf es der Normierung von exekutiven Befugnissen und Durchsetzungskompetenzen. Wie diese Einwirkungsbefugnisse im Einzelnen auszugestalten sind, dazu macht das *BVerfG* keine Vorgaben, so dass dies dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers überlassen ist. Dem Gesetzgeber bleibt es dabei unbenommen, die Zuweisung entsprechender Befugnisse adressatengerecht auszugestalten, solange dabei die Wirksamkeit der Kontrolle gewahrt bleibt.¹³ Deutlich wird dies am Beispiel der sektoralen Differenzierung von Datenverarbeitungen durch öffentliche und nichtöffentliche Stellen. Während es im nichtöffentlichen Bereich zur Durchsetzung eines wirksamen Datenschutzes exekutiver Anordnungsbefugnisse in Form von bspw. Löschungs- oder Unterlassungsanordnungen bedarf, beschränkten sich die Einwirkungskompetenzen im öffentlichen Bereich bisher auf die Festlegung von Beanstandungs-, Beratungs- und Berichtskompetenzen. Dahinter steht der Gedanke, dass die Pflicht zur Beachtung datenschutzrechtlicher Bestimmungen für die öffentlichen Stellen bereits unmittelbar aus dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung folgt und dass es insofern lediglich einer „Erinnerung“ bedarf, um die datenverarbeitende Stelle, möglicherweise

unter Beteiligung der jeweiligen Rechtsaufsichtsbehörde, zu einer Abstellung rechtswidriger Datenverarbeitungsvorgänge zu bewegen.

Die in der Vergangenheit im öffentlichen Bereich vorgesehene Beschränkung auf Beanstandungskompetenzen ist indes nicht zwingend. Ganz im Gegenteil ist der neueren Rechtsprechung des *BVerfG* zu entnehmen, dass die Kompetenz zur Beanstandung eher zu den verfassungsrechtlich erforderlichen Essentialia gehört.¹⁴ Die darüber hinausgehende Festlegung weitergehender exekutiver Anordnungsbefugnisse auch gegenüber öffentlichen Stellen schließt das *BVerfG* nicht aus, sondern überlässt dies dem Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers. Im Rahmen dieses Beurteilungsspielraums kann sich die Notwendigkeit zur Normierung weitergehender Kompetenzen insbesondere aus europarechtlichen Vorgaben ergeben.

2. Europarechtliche Vorgaben

Die europarechtlichen Rahmenbedingungen für die Ausgestaltung der datenschutzrechtlichen Aufsicht auch in strafprozessualen Ermittlungsverfahren ergeben sich aus der Richtlinie (EU) 2016/680 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI des Rates (JI-Richtlinie, JI-RL). Nach Art. 2 JI-RL gilt die Richtlinie für die ganz oder teilweise automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten sowie für die nicht automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten, die in einem Dateisystem gespeichert sind oder werden sollen, zum Zwecke der Strafverfolgung, Strafvollstreckung und dem Schutz vor und Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit durch die zuständigen Behörden.

a) Automatisierte/nichtautomatisierte Verarbeitung

Bezogen auf das strafrechtliche Ermittlungsverfahren finden die Vorschriften der JI-Richtlinie somit zunächst unzweifelhaft dann Anwendung¹⁵, wenn im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens personenbezogene Daten in Vorgangs- oder Fallbearbeitungssystemen (bspw. POLADIS, Web.StA) verarbeitet werden. Darüber hinaus gilt die JI-Richtlinie aber auch dann, wenn ganz oder teilweise automatisierte Ermittlungstechniken, wie beispielsweise Telekommunikationsüberwachung (§ 100a StPO), Online-Durchsuchung (§ 100b StPO), KFZ-Kennzeichenerfassung (§ 100h StPO), IMSI-Catcher (§ 100i StPO) oder auch elektronische Auswerteverfahren bis hin zu BigData-Analysen zur Strafverfolgung zum Einsatz kommen.

⁹ *BVerfG*, Beschl. v. 24.9.1987 – 1 BvR 970/87 = NJW 1987, 2805.

¹⁰ Gesetz über eine Volks-, Berufs-, Gebäude-, Wohnungs- und Arbeitsstättenzählung (Volkszählungsgesetz 1987) vom 8.11.1985 (BGBl. I, S. 2078 ff.).

¹¹ *BVerfG*, Beschl. v. 24.9.1987 – 1 BvR 970/87 = NJW 1987, 2805 (2806).

¹² Albers, Informationelle Selbstbestimmung, 2005, S. 476.

¹³ A.a.O.

¹⁴ *BVerfG*, Ur. v. 19.5.2020 – 1 BvR 2835/17, Rn. 276.

¹⁵ Wegen der Richtlinienform bedarf es grds. der vorherigen Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben in nationales Recht.

Schließlich fällt auch die manuelle Verarbeitung von personenbezogenen Daten, die im Rahmen einer noch nicht elektronisch bzw. noch gegenständlich geführten Ermittlungsakte erfolgt, in den Anwendungsbereich der JI-Richtlinie, da es sich bei der klassischen Ermittlungsaktenführung um ein Dateisystem i.S.d. Art. 3 Nr. 6 JI-RL handelt. Ein Dateisystem ist jede strukturierte Sammlung personenbezogener Daten, die nach bestimmten Kriterien zugänglich ist, unabhängig davon, ob diese Sammlung zentral, dezentral oder nach funktionalen oder geographischen Gesichtspunkten geordnet oder geführt wird. Unter einer Sammlung wiederum ist die planmäßige Zusammenstellung einzelner Angaben zu verstehen, die einen inneren Zusammenhang vorweist, der sich entweder aus der Gleichartigkeit der Informationen oder – wie hier – der Gleichartigkeit des Zwecks (jeweils konkretes Ermittlungsverfahren) ergibt.¹⁶ Ein strukturierter, d.h. gleichartiger Aufbau liegt bereits dann vor, wenn Akten nach ihrer äußeren Beschriftung ein gleiches System beinhalten. Auf einen gleichartigen inneren Aufbau der Akte kommt es dann nicht mehr an.¹⁷ Zugänglich ist eine solche Sammlung dann, wenn durch diesen formalen Aufbau die Daten leichter erschlossen werden können, sprich ordnungsfähig sind; nicht entscheidend ist, ob die Sammlung auch tatsächlich geordnet ist. Ebenso wenig muss eine Auswertbarkeit gegeben sein.¹⁸

Bei der noch gegenständlich geführten Ermittlungsakte sind diese Kriterien gewiss erfüllt. Das der Ermittlungsakte zugrundeliegende Ordnungsschema besteht zumindest aus Angaben zur Person des Beschuldigten (Name, Geburtsdatum, Nationalität), ggfls. zur Person des Anzeigenerstatters/Strafantragsstellers, dem Tatvorwurf in Form des vorgeworfenen Straftatbestandes sowie Angaben zur innerbehördlichen Organisation (Aktenzeichen, Dezernent, Sachgebiet) und ist damit gleichartig aufgebaut und nach diesen Kriterien zugänglich.

b) Zuständige Behörde

Weiterhin findet die JI-Richtlinie nur auf die Datenverarbeitung durch die „zuständigen Behörden“ Anwendung. Das Merkmal der „zuständigen Behörde“ (Art. 3 Nr. 7 JI-RL) soll den Anwendungsbereich der JI-Richtlinie begrenzen, indem nur die Datenverarbeitung solcher, vor allem staatlicher Stellen erfasst ist, die vom Mitgliedsstaat ausdrücklich mit der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung, einschließlich des Schutzes vor und der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit betraut worden sind (Art. 2 Nr. 7 lit. a JI-RL). Für alle anderen (öffentlichen oder privaten) Stellen, die personenbezogene Daten zum vorgenannten Zweck verarbeiten, denen aber entsprechende hoheitliche Befugnisse nicht vom Mitgliedsstaat übertragen wurden (Art. 2 Nr. 7 lit. b JI-RL), beurteilt sich die datenschutzrechtliche Zulässigkeit ausschließlich anhand der DSGVO.¹⁹

Nach § 152 Abs. 2 StPO haben die Staatsanwaltschaften die Pflicht, Straftaten zu verfolgen. Nach § 163 Abs. 1 StPO gilt eine hiermit korrespondierende Ermittlungspflicht für die Behörden und Beamten des Polizeidienstes. Beide, sowohl Staatsanwaltschaft als auch Polizei, unterfallen daher, soweit sie repressiv handeln, dem Anwendungsbereich der JI-Richtlinie.

c) Institutionalisierung der Datenschutzaufsicht

Konsequenz aus der Anwendbarkeit der JI-Richtlinie ist, dass die Überwachung der Anwendung der JI-Richtlinie bei der Datenverarbeitung durch die zuständigen Behörden bzw. konkret bei den datenschutzrechtlich Verantwortlichen (Art. 2 Nr. 8 JI-RL) durch unabhängige Aufsichtsbehörden gewährleistet werden muss (Art. 41 Abs. 1 JI-RL). Ihnen stehen dabei gegenüber den Verantwortlichen die in Art. 47 JI-RL genannten Untersuchungs- und Abhilfebefugnisse zu (Art. 45 JI-RL).

Die Datenverarbeitung durch die Polizei und Staatsanwaltschaft im Rahmen strafprozessualer Ermittlungsverfahren unterfällt folglich der Zuständigkeit der in Art. 41 JI-RL genannten Aufsichtsbehörde. Für die Staatsanwaltschaft ergibt sich auch nichts Gegenteiliges aus Art. 45 Abs. 2 JI-RL, da Staatsanwaltschaften keine Gerichte sind und auch nicht eine gerichtsähnliche oder richterliche Unabhängigkeit genießen.

Wenngleich die Vorschriften der JI-Richtlinie auch auf die Tätigkeit der Gerichte grundsätzlich Anwendung finden²⁰, so gilt dies ausnahmsweise nicht für die Regelungen über die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde. Nach Art. 45 Abs. 2 Satz 1 JI-RL sehen die Mitgliedstaaten vor, dass die nach Art. 44 JI-RL zu errichtende Aufsichtsbehörde nicht für die Aufsicht über die von Gerichten im Rahmen ihrer justiziellen Tätigkeit vorgenommenen Verarbeitungen zuständig ist. Darüber hinaus kann der Mitgliedstaat auch solche Verarbeitungen von der Überwachung durch die Aufsichtsbehörde ausnehmen, die andere, unabhängige Justizbehörden im Rahmen ihrer justiziellen Tätigkeit vornehmen (Art. 45 Abs. 2 S. 2 JI-RL). Erwägungsgrund 80 erwähnt die Staatsanwaltschaft beispielhaft.

Für die deutsche Staatsanwaltschaft jedenfalls findet diese Vorschrift indes keine Anwendung. Unabhängig von der Frage, ob man das Handeln der Staatsanwaltschaft überhaupt als „justizielle Tätigkeit“ einordnen kann, oder ob nicht vielmehr das Handeln der Staatsanwaltschaft als ein der Rechtspflege zugeordneter Teil der Exekutive zu verstehen ist, fehlt es bereits an der von Art. 45 Abs. 2 S. 2 JI-RL vorausgesetzten Unabhängigkeit. Hierzu hat der *EuGH* unlängst ausgeführt, dass die deutschen Staatsanwaltschaften keine hinreichende Gewähr für eine Unabhängigkeit gegenüber der Exekutive bieten, da die struk-

¹⁶ Zur gleichlautenden Definition des Dateisystems in der DSGVO: Raab, in: Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG, 3. Aufl. (2020), Art. 4 Nr. 6 Rn. 3.

¹⁷ Schild, in: BeckOK-DatenschutzR/DS-GVO, 33. Ed. (1.8.2020), Art. 4 Rn. 83.

¹⁸ Raab, in: Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG, Art. 4 Nr. 6 Rn. 5.

¹⁹ Sydow, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. (2018), Art. 2 Rn. 15.

²⁰ ErwGr. 80 JI-RL.

turelle Gefahr bestehe, dass ihr Handeln durch unmittelbare oder mittelbare Weisungen oder Anordnungen des Justizministers beeinflusst werden könnte.²¹

3. Bundesrechtliche Umsetzung

Die vorgenannten verfassungs- und europarechtlichen Vorgaben hat der Bundesgesetzgeber in § 500 StPO im Rahmen des Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 im Strafverfahren sowie zur Anpassung datenschutzrechtlicher Bestimmungen an die Verordnung (EU) 2016/679 vom 20.11.2019²² aufgegriffen und die Aufsicht durch die Landesbeauftragten für Datenschutz ausdrücklich angeordnet, soweit öffentliche Stellen der Länder personenbezogene Daten im Anwendungsbereich der StPO verarbeiten. Dabei hat der Bundesgesetzgeber es insbesondere auch unterlassen von der fakultativen Öffnungsklausel des Art. 45 Abs. 2 Satz 2 JI-RL Gebrauch zu machen.

Was die materiellen Regelungen zur Datenverarbeitung im Bereich der Strafverfolgung angeht, ordnet § 500 Abs. 1 StPO eine entsprechende Geltung des dritten Teils des Bundesdatenschutzgesetzes an; die dortigen Vorschriften werden als Auffangvorschrift jedoch durch etwaige bereichsspezifische, abweichende oder ergänzende Regelungen der StPO verdrängt.²³

Was die datenschutzrechtliche Aufsicht anbelangt, regelt die StPO in § 500 zwar, dass eine Aufsicht durch die Landesbeauftragten für Datenschutz zu erfolgen hat, überlässt die inhaltliche Ausgestaltung dieser Aufsicht aber den jeweiligen Landesgesetzgebern, um so eine „landesspezifische einheitliche Aufsicht der Staatsanwaltschaften und der übrigen öffentlichen Stellen (Anm.: des jeweiligen Bundeslandes) sicherzustellen.“²⁴

4. Zwischenergebnis

Auch im strafprozessualen Ermittlungsverfahren ist eine datenschutzrechtliche Aufsicht durch die Landesbeauftragten für Datenschutz sicherzustellen. Dies gilt unzweifelhaft bei der Polizei. Nach den obigen Ausführungen hat der Gesetzgeber eine solche Aufsicht aber auch bei der Staatsanwaltschaft vorgesehen.

II. Art und Umfang der Aufsicht

Nachdem die grundsätzliche Zuständigkeit der Landesbeauftragten für Datenschutz für Datenverarbeitungen, die im Ermittlungsverfahren stattfinden, feststeht, ist noch zu klären, in welcher Art und in welchem Umfang und gegenüber welcher konkreten Stelle die datenschutzrechtliche Aufsicht erfolgt.

1. Europarechtliche Rahmenbedingungen

Art. 45 Abs. 1 JI-RL sieht vor, dass sichergestellt sein muss, dass die Aufsichtsbehörde, die ihr gemäß der JI-

Richtlinie zugewiesenen Aufgaben und übertragenen Befugnisse zu erfüllen hat. Es ist dabei durch den mitgliedstaatlichen Gesetzgeber zu gewährleisten, dass die Aufsichtsbehörde bei der Erfüllung ihrer Aufgaben und der Ausübung ihrer Befugnisse völlig unabhängig handelt (Art. 42 Abs. 1 JI-RL).

a) Aufgaben

Die Aufgaben der Aufsichtsbehörde sind in Art. 46 JI-RL aufgezählt. Auch im Ermittlungsverfahren hat die Aufsichtsbehörde die Anwendung der nach der JI-Richtlinie erlassenen Vorschriften zu überwachen und durchzusetzen (Art. 46 Abs. 1 lit. a JI-RL), die Verantwortlichen für die ihnen aus der JI-Richtlinie entstehenden Pflichten zu sensibilisieren (Art. 46 Abs. 1 lit. d JI-RL), sich mit Beschwerden einer betroffenen Person zu befassen und den Gegenstand der Beschwerde in angemessenem Umfang zu untersuchen (Art. 46 Abs. 1 lit. f JI-RL), die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung gemäß Art. 17 JI-RL zu überprüfen und Untersuchungen über die Anwendung der JI-RL durchzuführen (Art. 46 Abs. 1 lit. i JI-RL), um nur Einige zu nennen.

b) Befugnisse

Zur Wahrnehmung dieser Aufgaben hat der Mitgliedstaat die nach Art. 47 JI-RL vorgesehenen Befugnisse zugunsten der Aufsichtsbehörde in Rechtsvorschriften zu normieren. Die JI-Richtlinie unterscheidet hierbei zwischen Untersuchungs-, Abhilfe-, Genehmigungs-/Beratungs- sowie Klage-/Beschwerdebefugnissen.

Die in Art. 47 Abs. 1 JI-RL vorgesehenen Untersuchungsbefugnisse sollen es der Aufsichtsbehörde ermöglichen zunächst den datenschutzrechtlich relevanten Sachverhalt zu ermitteln. Hierzu hat die Aufsichtsbehörde die Befugnis von dem Verantwortlichen und/oder dem Auftragsverarbeiter Zugang zu allen personenbezogenen Daten, die verarbeitet werden, und auf alle Informationen, die zur Erfüllung ihrer Aufgaben notwendig sind, zu erhalten.

Die in Art. 47 Abs. 2 JI-RL als Mindeststandard vorgesehenen Abhilfebefugnisse zielen demgegenüber darauf ab, bei einem festgestellten datenschutzrechtlichen Verstoß beim Verantwortlichen für die Zukunft auf ein datenschutzkonformes Vorgehen hinzuwirken.

Die Beratungsbefugnisse ergeben sich aus Art. 47 Abs. 3 JI-RL. Neben der Beratung im Zusammenhang mit der Durchführung einer Datenschutzfolgenabschätzung und einer daraus resultierenden Notwendigkeit der vorherigen Konsultation nach Art. 28 JI-RL, eröffnet Art. 47 Abs. 3 JI-RL der Aufsichtsbehörde insbesondere auch die Möglichkeit sich zu datenschutzrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit der Verarbeitung personenbezogener Daten für Zwecke der JI-Richtlinie an den Landtag und/oder die Regierung zu wenden. In eine ähnliche Richtung deutet Art. 47 Abs. 5 JI-RL, der es der Aufsichtsbehörde ermöglicht, datenschutzrechtliche Verstöße den Justizbehörden

²¹ EuGH, Urt. v. 27.5.2019 – C 508/18.

²² BGBl. I, S. 1724.

²³ BT-Drs. 19/4671, S. 71.

²⁴ BT-Drs. 19/4671, S. 71.

zur Kenntnis zu bringen. In den beiden letztgenannten Fällen handelt es sich streng genommen ebenfalls um Abhilfebefugnisse, die aber, anders als jene nach Art. 47 Abs. 2 JI-RL, nicht unmittelbar gegenüber dem Verantwortlichen ausgeübt werden, sondern (nur) mittelbar eine datenschutzkonforme Anpassung der Verarbeitung personenbezogener Daten erreichen wollen.

c) Unabhängigkeit

Bei der Wahrnehmung der Aufgaben und Befugnisse der Aufsichtsbehörde ist zudem sicherzustellen, dass die Aufsichtsbehörde völlig unabhängig handelt. Bereits im Jahr 2010 hat der *EuGH* zum Erfordernis der „völligen Unabhängigkeit“ festgestellt, dass hierbei gewährleistet sein muss, dass die Aufsichtsbehörde „ihre Aufgaben ohne äußere Einflussnahme [wahrnehmen kann]. Diese Unabhängigkeit schließt nicht nur jegliche Einflussnahme seitens der kontrollierten Stellen aus, sondern auch jede Anordnung und jede sonstige äußere Einflussnahme, sei sie unmittelbar oder mittelbar, durch die in Frage gestellt werden könnte, dass die genannten Kontrollstellen ihre Aufgabe, den Schutz des Rechts auf Privatsphäre und den freien Verkehr personenbezogener Daten ins Gleichgewicht zu bringen, erfüllen.“²⁵

2. Bundes- und landesrechtliche Konkretisierung

Wie bereits oben ausgeführt trifft § 500 StPO i.V.m. dem dritten Teil des BDSG nur materiell-rechtliche Vorgaben für die Verarbeitung personenbezogener Daten im Ermittlungsverfahren. Konkrete Regelungen zu Art und Umfang der Befugnisse der Aufsichtsbehörde sind der StPO und dem dritten Teil des BDSG nicht zu entnehmen.²⁶ Zwar sieht § 68 BDSG i.V.m. § 500 Abs. 1 Nr. 2 StPO eine Pflicht zur Zusammenarbeit des Verantwortlichen mit der Aufsichtsbehörde vor. Die Vorschrift setzt Art. 26 JI-RL um. Nach allgemeiner Auffassung hat sie jedoch kaum praktische Bedeutung, da der Gesetzgeber nach Art. 47 JI-RL verpflichtet ist, der Aufsichtsbehörde wirksame Befugnisse einzuräumen, die gegenüber der allgemeinen Regelung des § 68 BDSG spezieller und vorrangig sind.²⁷ Die konkrete Umsetzung der aufsichtlichen Befugnisse überlässt der Bundesgesetzgeber mit dem Argument eine landeseinheitliche Aufsicht ermöglichen zu wollen, ausdrücklich dem Landesgesetzgeber.²⁸

a) Festlegung der Aufsichts- und Kontrollbefugnisse im Landesrecht

Der Umfang der zulässigen aufsichtsbehördlichen Befugnisse – das „Wie“ der Aufsicht – ergeben sich für die Landesbeauftragten für Datenschutz aus dem jeweiligen Landesrecht, das – der Rechtsform der Richtlinie geschuldet – einer am Maßstab der Art. 47 JI-RL erfolgenden Ausgestaltung durch den Gesetzgeber bedarf.

Mit den aufsichtsbehördlichen Befugnissen korrespondiert im Regelfall eine Mitwirkungspflicht auf Seite der verantwortlichen und beaufsichtigten Stelle. Danach sind die öffentlichen Stellen der Länder in unterschiedlicher Weise verpflichtet, die Landesbeauftragten für Datenschutz und deren Beauftragte bei der Erfüllung ihrer Aufgaben zu unterstützen. Ihnen ist dabei insbesondere Auskunft auf die Fragen zu erteilen sowie Einsicht in alle Vorgänge und Aufzeichnungen zu gewähren, die im Zusammenhang mit der Verarbeitung personenbezogener Daten stehen, sowie jederzeit – auch unangemeldet – ungehinderten Zutritt zu allen Diensträumen zu gewähren.

b) Vorrang der §§ 474 ff. StPO?

Hierbei stellt sich jedoch die Frage, ob die durch Landesgesetz normierten aufsichtsbehördlichen Befugnisse und die hiermit korrespondierenden Mitwirkungspflichten der beaufsichtigten Stellen durch die bundesrechtlichen Vorschriften der §§ 474 ff. StPO verdrängt und damit eine Wahrnehmung der aufsichtsbehördlichen Befugnisse insbesondere den in § 479 StPO genannten Beschränkungen unterliegt.

Im Ergebnis ist diese Sichtweise jedoch abzulehnen. Zwar handelt es sich bei der Anforderung von Informationen und Unterlagen durch die Aufsichtsbehörde und die daraufhin erfolgende Zurverfügungstellung von Informationen mit personenbezogenem Inhalt durch den Verantwortlichen im technischen Sinne um eine Weitergabe personenbezogener Daten. Im rechtlichen Sinne liegt jedoch in diesen Fällen keine Übermittlung personenbezogener Daten vor, die an den Vorgaben der §§ 474 ff. StPO zu messen wäre. Die vereinzelt geäußerte gegenteilige Auffassung muss vor dem Hintergrund der heutigen Rechtslage als überholt bezeichnet werden. Zudem übersieht sie den Regelungsgrund der §§ 474 ff. StPO und verkennet die verfassungsrechtliche Herleitung und das Wesen der datenschutzrechtlichen Aufsicht.

aa) Systematik

Die insbesondere von *Kesten*²⁹ im Jahr 2002 publizierte Gegenauffassung wird insbesondere damit begründet, die §§ 474 ff. StPO würden als bundesgesetzliche Vorschriften den landesgesetzlich normierten Auskunfts- und Mitwirkungspflichten vorgehen. Aber selbst *Kesten* räumt in seinen Ausführungen ein: „Wenn der Bundesgesetzgeber will, dass der Landesdatenschutz die Ausführung von Bundesgesetzen überprüfen darf, regelt er das ausdrücklich.“³⁰ Der heutige Gesetzgeber hat mit § 500 StPO ausdrücklich eine Datenschutzaufsicht im Ermittlungsverfahren vorgesehen und Art und Umfang der Befugnisse an den Landesgesetzgeber delegiert. Für die Anwendung der §§ 474 ff. StPO bleibt damit schon aus systematischen Gründen kein Raum.

²⁵ *EuGH*, Urt. vom 9.3.2010 – C 518/07.

²⁶ In § 16 BDSG (erster Teil) sind Befugnisse für den Bundesbeauftragten für Datenschutz normiert, die jedoch hier keine Anwendung finden.

²⁷ *Schwichtenberg*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG, § 68 Rn. 4. BT-Drs. 19/4671, S. 71.

²⁹ *Kesten*, SchlHA 2002, 228.

³⁰ *Kesten*, SchlHA 2002, 228 (229).

bb) Sinn und Zweck

Die vorgenannte Gegenauffassung ist darüber hinaus aber vor allem auch aus dogmatischen Gründen abzulehnen. Die §§ 474 ff. StPO regeln nur die Zulässigkeit von Akteneinsicht und Auskünften aus Akten eines Strafverfahrens für sog. zweckumwandelnde, d.h. verfahrensexterne Zwecke.³¹ Dementsprechend ist der Anwendungsbereich der §§ 474 ff. StPO bspw. schon nicht berührt, wenn es um die Vorlage von Akten an andere, im selben Verfahren mitwirkende Behörden und Gerichte oder an übergeordnete Behörden geht, da es in diesen Fällen an einer (rechtfertigungsbedürftigen) Zweckänderung fehlt.³² Regelungsgrund der §§ 474 ff. StPO ist, dass jede Zweckumwandlung/-änderung wegen der damit einhergehenden Erweiterung der Datennutzung einen neuen eigenständigen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) begründet, der einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung in Form eines Parlamentsgesetzes³³ bedarf.³⁴

Demgegenüber erfolgt bei der datenschutzrechtlichen Aufsicht die Beauskunftung personenbezogener Daten nicht zu neuen, anderen Zwecken. Eine Zweckumwandlung/-änderung findet nicht statt. Vielmehr dient die datenschutzrechtliche Aufsicht gerade dazu zu überprüfen, ob die Datenverarbeitung der beaufsichtigten Stelle im Rahmen der ursprünglichen Zweckfestlegung erfolgt und ob sie diesem Zweck angemessen und erheblich ist. Sie unterscheidet sich organisatorisch und verfahrensrechtlich, nicht jedoch inhaltlich – gleichwohl aber thematisch auf datenschutzrechtliche Fragen beschränkt – von der Kontrolle, die auch die Gerichte ausüben.

Die aufsichtliche Kontrolle dient der Gewährleistung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung insgesamt. Sie muss wirksam und unabhängig³⁵ ausgestaltet sein und erstreckt sich auf den gesamten Prozess der Verarbeitung personenbezogener Daten inklusive der Gestaltung der Datenverarbeitung und der verwendeten Hilfsmittel.³⁶ Sie kompensiert auch das Rechtsschutzdefizit der betroffenen Personen (Beschuldigte, aber auch Opfer, Zeugen, andere Personen, die im Rahmen von strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen miterfasst werden), die wegen fehlender unmittelbarer Wahrnehmbarkeit und den sich hieraus ergebenden Rechtsschutzlücken, ihre Rechte auf Löschung, Berichtigung oder gerichtliche Überprüfung nicht selbst geltend machen können. Die datenschutzrechtliche Aufsicht flankiert die subjektivrechtliche Kontrolle durch die Gerichte objektivrechtlich.³⁷

Die aufsichtliche Kontrolle gehört somit zu den Voraussetzungen einer verhältnismäßigen Ausgestaltung der Datenverarbeitung. Das Fehlen eines hinreichend wirksamen

aufsichtsrechtlichen Kontrollregimes führt zu einer Unverhältnismäßigkeit und damit zu einer Verfassungswidrigkeit der entsprechenden Eingriffe.³⁸ Die Wahrnehmung der aufsichtlichen Befugnisse hat damit, anders wie in den Fällen der §§ 474 ff. StPO vorausgesetzt, keine eingriffsverstärkende, sondern ganz im Gegenteil eine den staatlichen Eingriff abmildernde und den Eingriff reduzierende Funktion und Wirkung. Eine Anwendung der Vorschriften der §§ 474 ff. StPO auf die Situation einer aufsichtlichen Kontrolle ist damit fernliegend.

Für den Bereich der Fach- und Rechtsaufsicht ist dies im Übrigen allgemein anerkannt und unbestritten.³⁹ Zum Ausdruck kommt dies z.B. auch in der RiStBV. Die Bestimmungen Nr. 183-189 RiStBV, die die gesetzlichen Vorschriften der §§ 474 ff. StPO konkretisieren, finden nach RiStBV 182 Nr. 2 keine Anwendung im Rahmen der Wahrnehmung von Aufsichts- und Kontrollbefugnissen anderer Stellen. Dies entspricht auch dem Willen des Gesetzgebers, der die Wahrnehmung von Aufsichts- und Kontrollbefugnissen nicht den Beschränkungen der §§ 474 ff. StPO unterwerfen wollte.⁴⁰ Als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens stellt dies zudem § 7 Abs. 1 SDStG deklaratorisch klar, wonach eine Verarbeitung personenbezogener Daten durch öffentliche Stellen zur Wahrnehmung von Aufsichts- und Kontrollbefugnissen keine Zweckänderung darstellt. Auch die Datenschutzaufsicht ist eine Aufsichts- und Kontrollinstanz im vorgenannten Sinne.

cc) Eigene Auffassung

Eine Anwendbarkeit der §§ 474 ff. StPO ist zudem mit dem Wesen einer Aufsicht im Allgemeinen und der datenschutzrechtlichen Aufsicht im Speziellen nicht vereinbar. Betrachtet man mit dem *BVerfG* die Existenz einer wirksamen, unabhängigen datenschutzrechtlichen Kontrolle⁴¹ als notwendige Voraussetzung einer verhältnismäßigen Ausgestaltung staatlicher Befugnisse, wie sie gerade auch im strafprozessualen Ermittlungsverfahren existieren, und damit als verfassungsrechtliche Obliegenheit, wird schnell deutlich, dass eine Weitergabe personenbezogener Daten nicht an §§ 474 ff. und den dort genannten Einschränkungen gemessen werden kann. Denn die Vorschriften sehen anders als dies verfassungsrechtlich für eine wirksame Aufsicht geboten wäre, keine Übermittlungspflicht, sondern lediglich eine Übermittlungsbefugnis vor und stellen damit die Übermittlung ins Ermessen der Strafverfolgungsbehörde. Für die verfassungsrechtlich notwendige Aufsicht würde dies bedeuten, dass sie zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben vom Goodwill der beaufsichtigten Stelle abhängig wäre. Mit dem Wesen und der Funktion einer Aufsicht ist dies schlichtweg nicht zu vereinbaren.

³¹ *VGH Mannheim*, NJW 2005, 234 (235); *LAG Hamm*, Urt. v. 10.7.2012 – 14 Sa 1711/10, Rn. 173 – juris; *Wittig*, in: BeckOK-StPO, 37. Ed. (1.7.2020), § 474 Rn. 1; *Gieg*, in: KK-StPO, 8. Aufl. (2019), § 474 Rn. 1 m.w.N.

³² *Gieg*, in: KK-StPO, § 474 Rn. 1.

³³ *BVerfG*, Stattgebender Kammerbeschluss v. 11.8.2009 – 2 BvR 941/08, Rn. 19. *VerfGH des Saarlandes*, Beschl. v. 28.8.2020 – Lv 15/19, S. 27 f.

³⁴ *BVerfG*, Beschl. v. 18.12.2018 – 1 BvR 142/15, Rn. 162 ff.

³⁵ *BVerfG*, Urt. v. 14.7.1999 – 1 BvR 2226/94; BVerfGE 100, 313 Rn. 171.

³⁶ *BVerfG*, Urt. v. 19.5.2020 – 1 BvR 2835/17, Rn. 276.

³⁷ *BVerfG*, Urt. v. 24.4.2013 – 1 BvR 1215/07; BVerfGE 133, 277 Rn. 207.

³⁸ *BVerfG*, Urt. v. 24.4.2013 – 1 BvR 1215/07; BVerfGE 133, 277 Rn. 207.

³⁹ *Gieg*, in: KK-StPO, § 474 Rn. 1; *Radtke/Hohmann*, StPO, 2011, § 474 Rn. 2; *Köhler*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 63. Aufl. (2020), § 474 Rn. 1.

⁴⁰ BT-Drs. 14/1484, S. 25 f.

⁴¹ *BVerfG*, Urt. v. 14.7.1999 – 1 BvR 2226/94; BVerfGE 100, 313 Rn. 171.

3. Adressaten aufsichtlicher Maßnahmen

Die Ausübung der datenschutzrechtlichen Kontroll- und Aufsichtsbefugnisse erfolgt im Regelfall gegenüber dem Verantwortlichen/der verantwortlichen Stelle, kann aber auch gegenüber einem etwaigen Auftragsverarbeiter erfolgen (siehe die Erwähnung des Auftragsverarbeiters in der Formulierung der einzelnen Befugnisse in Art. 47 JI-RL). Die Umsetzung in § 20 SDStG unter Verweis auf die Befugnisse nach Art. 58 DSGVO hat diese Möglichkeit übernommen.

Verantwortlicher ist nach § 500 StPO i.V.m. § 46 Nr. 7 BDSG die Behörde, die allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet. Dies ist jeweils im Einzelfall festzustellen. Soweit die Staatsanwaltschaft die Polizei mit konkreten Ermittlungsmaßnahmen beauftragt, spricht Vieles dafür, dass die Staatsanwaltschaft über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung entscheidet. Wird die Polizei indes auf Grund ihrer aus § 163 StPO folgenden Kompetenz tätig, spricht Vieles dafür die Polizei als Verantwortlichen anzusehen. Sie wird in den Fällen des § 163 StPO ohne Anordnung der Staatsanwaltschaft tätig und entscheidet daher selbstständig über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung personenbezogener Daten. Selbst wenn man die Polizei in diesen Fällen als Auftragsverarbeiterin der Staatsanwaltschaft i.S.d. § 62 BDSG ansehen wollte – was aus hiesiger Sicht fernliegend ist – würde dies in der Sache grundsätzlich nichts ändern, da Art. 47 JI-Richtlinie und § 20 SDStG ein aufsichtsbehördliches Tätigwerden auch gegenüber dem Auftragsverarbeiter gestatten. Wie bereits erwähnt ist dies auch verfassungsrechtlich geboten. Das *BVerfG* fordert, dass sich die datenschutzrechtliche Aufsicht auf den gesamten Prozess der Verarbeitung personenbezogener Daten inklusive der Gestaltung der Datenverarbeitung und der verwendeten (technischen und organisatorischen) Hilfsmittel erstrecken muss.⁴²

Denkbar wäre zudem auch eine gemeinsame Verantwortlichkeit von Polizei und Staatsanwaltschaft i.S.d. § 63 BDSG anzunehmen. Aus der Rechtsprechung des *EuGH* folgt jedoch, dass auch im Rahmen einer gemeinsamen Verantwortlichkeit jeder Verantwortliche den Datenschutzvorschriften unterliegt⁴³ und gegen jeden Verantwortlichen vorgegangen werden kann.⁴⁴

Werden die datenschutzrechtlichen Aufsichts- und Kontrollbefugnisse gegenüber der Polizei geltend gemacht, ist es zudem nicht erforderlich vorher die Staatsanwaltschaft zu beteiligen. Eine solche Notwendigkeit, die sich aus der Sachleitungsbefugnis der Staatsanwaltschaft ergeben soll, ist der datenschutzrechtlichen Aufsicht fremd und auch mit der Unabhängigkeit der datenschutzrechtlichen Aufsicht nicht zu vereinbaren. Die Sachleitungsbefugnis ist ein rein strafprozessuales Element, das die Leitung der

Ermittlungen ganz in Hand der Staatsanwaltschaft verortet, aber keine Implikationen für die datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit enthält.⁴⁵

Die Notwendigkeit einer vorherigen Beteiligung der Staatsanwaltschaft würde auch die Wirksamkeit aufsichtsbehördlicher Maßnahmen beeinträchtigen, insbesondere bei unangekündigten Kontrollen oder solchen, die einer besonderen Eilbedürftigkeit geschuldet sind, und würde daher Zweifel an der Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörde begründen. Für die Unabhängigkeit ist es erforderlich, dass die Aufsichtsbehörde „ihre Aufgaben ohne äußere Einflussnahme [wahrnehmen kann]“. ⁴⁶ Wäre die Aufsichtsbehörde nun verpflichtet – insbesondere im Falle der Ausübung von Untersuchungsbefugnissen gegenüber der Polizei – vorher die Zustimmung der Staatsanwaltschaft einzuholen, bekäme die Staatsanwaltschaft einen unmittelbaren Einfluss auf die Durchführung der datenschutzrechtlichen Kontrolle. Im Extremfall könnte dies den Erfolg aufsichtsbehördlicher Maßnahmen vereiteln.

III. Schlussfolgerungen

Aus den vorgenannten Ausführungen lassen sich Schlussfolgerungen für die Verfahrensweise bei datenschutzrechtlichen Kontrollen der Landesbeauftragten für Datenschutz in laufenden Ermittlungsverfahren ableiten. Hierbei ist zwischen Untersuchungsbefugnissen und Abhilfebefugnissen zu unterscheiden.

1. Untersuchungsbefugnisse

Die Untersuchungsbefugnisse ermöglichen es den jeweiligen Landesbeauftragten den relevanten Sachverhalt umfassend zu ermitteln. Sie sind Voraussetzung für eine tatsächliche Feststellung der konkret erfolgenden Datenverarbeitung und ermöglichen so erst eine datenschutzrechtliche Bewertung im Hinblick auf Art, Umfang und Angemessenheit der Verarbeitung. Eine Einschränkung der Untersuchungsbefugnisse sehen die europarechtlichen und verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht vor.

Eine Zustimmungsbedürftigkeit der Staatsanwaltschaft bei der Wahrnehmung von Untersuchungsbefugnissen gegenüber der Polizei ist ebenso nicht vorgesehen und daher auch nicht erforderlich. Eine solche macht auch keinen Sinn, da wegen der Unanwendbarkeit der §§ 474 ff. StPO der Staatsanwaltschaft kein Spielraum verbleibt, nach einer eigenen Prüfung die Zurverfügungstellung personenbezogener Daten zu bejahen oder abzulehnen (gebundene Entscheidung) und würde folglich eine reine Formalie darstellen. Die jeweiligen landesrechtlichen Vorschriften sehen im Regelfall eine Unterstützungspflicht vor und räumen weder der Polizei noch der Staatsanwaltschaft einen Ermessensspielraum ein.

⁴² *BVerfG*, Urt. v. 24.4.2013 – 1 BvR 1215/07; *BVerfGE* 133, 277 Rn. 207.

⁴³ *EuGH*, Urt. v. 10.7.2018 – C 25/17, Rn. 65.

⁴⁴ *EuGH*, Urt. v. 5.6.2018 – C 210/16.

⁴⁵ *VG Hamburg*, Urt. v. 23.10.2019 – 17 K 203/19, S. 14.

⁴⁶ *EuGH*, Urt. v. 9.3.2010 – C 518/07.

Dies schließt es selbstverständlich nicht aus, dass im Falle von angekündigten Kontrollen und solchen, die ohne Zeitnot erfolgen, im Wege der kollegialen Zusammenarbeit auch eine vorherige Inkenntnissetzung über die bevorstehende oder beabsichtigte Kontrolle durch die Landesbeauftragten für Datenschutz an die Staatsanwaltschaft erfolgt. Hierzu wäre es denkbar, dass zwischen den beiden Dienststellen eine entsprechende Vereinbarung geschlossen würde.

2. Abhilfebefugnisse

Bei den Abhilfebefugnissen hingegen stellt sich die Situation komplexer dar. Die Ausübung etwaiger aufsichtsbehördlicher Abhilfebefugnisse birgt immer die Gefahr, dass hierdurch das strafrechtliche Ermittlungsverfahren beeinträchtigt wird. Dies würde mit der Sachleitungsbefugnis der Staatsanwaltschaft kollidieren. Wenn auch die (europa)rechtlichen Rahmenbedingungen in diesen Fällen grundsätzlich die oben erwähnten Abhilfebefugnisse zur Verfügung stellen, so muss die konkrete Anwendung der gesetzlichen Vorschriften im Einzelfall diese Konfliktsituation im Rahmen der Ermessensausübung berücksichtigen. Dies gilt zum einen im Hinblick auf die Adressaten entsprechender Abhilfebefugnisse. Sinnvoll erscheint es, Abhilfemaßnahmen ausschließlich gegenüber dem Verantwortlichen, nicht jedoch gegenüber einem etwaigen Auftragsverarbeiter geltend zu machen. Entscheidender ist aber, dass sich die Auswahl der im konkreten Fall anzuwendenden Abhilfemaßnahmen, gerade auch im laufenden Ermittlungsverfahren, möglicherweise aus gegenläufigen strafprozessualen Interessen konkret auf die Abhilfebefugnisse/Mittel der Beanstandung und/oder Warnung beschränkt. Hierfür spricht unter anderem, dass eine möglicherweise datenschutzwidrige Datenverarbeitung im Ermittlungsverfahren nicht zwingend auch zu einem späteren Verwertungsverbot führt. Dies zu beurteilen ist ausschließlich Aufgabe der Gerichte. Hinzu kommt, dass zwar das *BVerfG* eine wirksame, unabhängige Rechtskontrolle administrativen Charakters voraussetzt, jedoch nicht verlangt, dass dieser Kontrollinstanz eine abschließende Entscheidungsbefugnis zukommt. Vielmehr soll es ausreichen, wenn ihr ein Beanstandungsrecht zugebilligt wird.⁴⁷ Gerade im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren an deren Ende im Regelfall eine gerichtliche Überprüfung zwingend vorgesehen ist, bedarf es keiner abschließenden Entscheidungsbefugnis, die der gerichtlichen Entscheidung vorgreifen würde.

Dies gilt insbesondere soweit die datenschutzrechtliche Aufsicht sich auf ein konkretes Ermittlungsverfahren bezieht und Gegenstand der Aufsicht die konkrete Ermittlungsakte bzw. deren Inhalt ist. Ausreichend aber auch notwendig ist, dass die Datenschutzaufsicht die Zulässigkeit einer konkreten Ermittlungsmaßnahme aus datenschutzrechtlicher Sicht prüfen und bewerten kann. Werden hierbei Verstöße gegen datenschutzrechtliche Vorschriften festgestellt, so ist eine Beanstandung gegenüber

der Fach- und Rechtsaufsichtsbehörde grundsätzlich ausreichend. Hierdurch wird die datenschutzrechtliche Bewertung aktenkundig und es kann dem datenschutzrechtlichen Verstoß durch die Fach- und Rechtsaufsicht begegnet werden bzw. er gegebenenfalls im späteren gerichtlichen Verfahren (inzidenter Weise) überprüft werden.

Anders sieht dies in den Fällen der §§ 483–491 StPO aus. Die Vorschriften erlauben die Verarbeitung personenbezogener Daten (unter anderem auch) zu verfahrensübergreifenden Zwecken. Im Gegensatz zu den §§ 474–482 StPO, wo Zweckumwidmung und Übermittlungsvorschriften im Vordergrund stehen, ist Regelungsgegenstand hier die Voraussetzungen und Grenzen der elektronischen Speicherung und Nutzung personenbezogener Daten. Neben Strafverfahrensdateien nach § 483 StPO können danach auch Dateien zur Strafverfolgungsvorsorge (§ 484 StPO) sowie zur Vorgangsverwaltung (§ 485 StPO) betrieben werden. Die Vorschriften betreffen damit nicht nur die Datenverarbeitung für ein konkretes Ermittlungsverfahren, sondern auch den Betrieb von (verfahrensübergreifenden) Informationssystemen (Dateien), die sich aus unterschiedlichen Ermittlungsverfahren speisen (bspw. Mehrländer-Staatsanwaltschafts-Automation [MESTA] oder SIJUS-Straf-StA).⁴⁸ Eine immer größere Rolle spielen zudem neuere Formen der Verarbeitung insbesondere von Massendaten. Neben Datenanalyseinstrumenten handelt es sich dabei auch um Programme, die dem Prinzip des Data Mining folgen oder sogar Big Data-Analysen vornehmen können.⁴⁹

Anders als die konkrete Ermittlungsakte finden zwar die (Auswerte)Ergebnisse solcher Systeme, nicht aber die Systeme selbst Eingang in das gerichtliche Verfahren. Deren Betrieb und Verarbeitung endet auch nicht mit dem Abschluss des Ermittlungsverfahrens. Eine zwingende gerichtliche Überprüfung findet für diese Systeme nicht statt. Gleichzeitig spielen bei diesen Informationssystemen in größerem Maße als bei der Ermittlungsakte auch die Umsetzung technischer und organisatorischer Maßnahmen eine erhebliche Rolle. Hier besteht ein unverkennbarer Bedarf nach einer wirksamen datenschutzrechtlichen Kontrolle, um den Betrieb dieser Systeme kritisch begleiten zu können. Aus datenschutzrechtlicher Sicht reicht das Mittel der Beanstandung in diesen Fällen jedoch nicht aus, sondern es bedarf wirksamer Abhilfebefugnisse durch die Landesbeauftragte für Datenschutz, die es ihr letztlich auch ermöglichen, bei Fehlentwicklungen regulativ eingreifen zu können.

Gleichwohl wird aber auch hier im konkreten Fall der Aufsicht ein zweistufiges Verfahren, mittels einer vorherigen, erfolglosen Beanstandung angezeigt und im Regelfall auch ausreichend sein. Eine Bindungswirkung folgt für die beaufsichtigte Stelle bei festgestellten und begründeten Defiziten bereits unmittelbar aus dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Es bedarf hierzu im Regelfall keiner regelnden Konkretisierung der gesetzlichen

⁴⁷ *BVerfG*, Urt. v. 19.5.2020 – 1 BvR 2835/17, Rn. 276.

⁴⁸ *Singelstein*, in: *MüKo-StPO*, 2019, vor § 483 Rn. 3.

⁴⁹ *Singelstein*, in: *MüKo-StPO*, vor § 483 Rn. 16.

Pflichten in Form eines exekutiven Handelns durch eine andere staatliche Stelle. In Ausnahmefällen ist aber auch dies möglich und angezeigt, wenn nämlich die beaufsich-

tigte Stelle auf die Beanstandung nicht oder nicht angemessen reagiert.

Strafprozesskostenübernahme wegen des Todes des Angeeschuldigten

von Dr. Gurgen Petrossian, LL.M.*

Abstract

Wenn der Angeklagte während des Strafprozesses verstirbt, ist es fragwürdig, wer die entstandenen Kosten tragen muss. Zwar handelt es sich um die finanzielle Kostendeckung des Verfahrens, stellen sich damit mehrere grundsätzliche juristische Fragen. Dieser Beitrag analysiert die Kostentragung des Angeklagten i.S.d. § 467 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 StPO, wenn dieser nur deshalb nicht verurteilt wurde, weil ein Verfahrenshindernis bestand. Dabei wird die Frage hervorgehoben, ob diese Regelung schon veraltet wird.

If the accused person dies during the criminal trial, it is questionable who will take care of the costs of the trial. Although it is a question of financial compensation for the criminal proceedings, several legal fundamental questions arise. This article analyzes the defendant's obligation to bear the costs of the criminal proceedings pursuant to Section 467, Paragraph 3, Sentence 2, No. 2 of the Code of Criminal Procedure, if the defendant has not been convicted because there was a procedural obstacle. The paper raises the question whether this regulation is already outdated.

I. Einleitung

Verstirbt der Beschuldigte während des Strafprozesses, so wird das Verfahren nach § 206a StPO eingestellt. Nach deutschem Recht ist trotz § 465 Abs. 3 und § 467 Abs. 1 StPO aber nicht eindeutig festgelegt, ob die Familienangehörigen bzw. die Erben des Angeklagten verpflichtet sind, die für das Strafverfahren entstandenen Kosten zu tragen. Im Jahr 2012 verstarb der erstinstanzlich verurteilte *John Demjanjuk*¹ während der Revision. Kurz darauf entschied das *LG München II*,² dass die Erben die Verfahrenskosten i.S.d. § 464a StPO tragen sollten. Auch der EGMR sah in dieser Entscheidung letztlich keine Verletzung der Unschuldsvermutung des Art. 6 Abs. 2 EMRK.³ Hier scheint ein genaueres Nachdenken erforder-

lich. Auch wenn es sich lediglich um die finanzielle Kosten des Strafverfahrens dreht, wirft die Frage nach der Kostentragung grundlegende Probleme auf, wie z.B. der Sinn und Zweck des Strafprozesses und die Verpflichtungen des Staates, das Strafverfahren in einer angemessenen Zeit zu einem endgültigen Abschluss zu führen, sowie Grundsätze wie das Recht auf Leben und die *post mortem* Unschuldsvermutung.

II. Die deutsche Regelung der Kostenübernahme im Falle eines Verfahrenshindernisses

Der Gesetzgeber sieht eine mögliche Auferlegung der notwendigen Auslagen⁴ nach § 464a Abs. 2 StPO dem Angeeschuldigten gemäß § 467 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 StPO vor, wenn dieser nur deshalb nicht verurteilt wurde, weil ein Verfahrenshindernis bestand. Nach diesem Wortlaut spielt das Verhalten des Angeklagten im Verfahren keine Rolle,⁵ sondern es geht darum, ob die Beweisaufnahme und die prozessual ordnungsgemäße Feststellung der Tatschuld sich als so „reif“ erweisen,⁶ dass der Angeklagte ohne Bestehen des Verfahrenshindernisses verurteilt hätte werden sollen. Dementsprechend handelt es sich um eine Prognose,⁷ die nach dem Ermessen des Richters auf der Grundlage der aktuellen Beweisaufnahme⁸ und des erheblichen Tatverdachts⁹ festgelegt werden kann. Der Grund für diese Bestimmung hängt eng mit dem politischen Kontext zusammen. Noch während der Einführung dieser Norm wurde debattiert, dass die Öffentlichkeit kein Verständnis haben würde, wenn der Staat die Kosten für den Verbrecher übernehmen solle, der lediglich aus formellen Gründen nicht verurteilt werden konnte.¹⁰ Dies hatte einen klaren Bezug zu der Verjährungsproblematik¹¹ der NS-Gewaltverbrechen.¹²

1. Verfahrenshindernis

Die StPO unterscheidet zwischen der Einstellung des Verfahrens wegen vorübergehender Hindernisse (§ 205 StPO) und wegen eines Verfahrenshindernisses (§ 206a StPO).¹³

* Dr. Gurgen Petrossian ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Prof. Dr. Christoph Safferling am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht und Völkerrecht an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen.

¹ Dazu Fahl, ZIS 2011, 229; Kurz, ZIS 2013, 122; Steuerer, NLMR 2019, 47.

² LG München II, Beschl. v. 5.4.2012 – 1 Ks 115 Js 12496/08.

³ EGMR, Demjanjuk v. Deutschland, Urt. v. 24.1.2019 – 24247/15, § 43.

⁴ Verdienstausschlag, Zeitversäumnis, Kosten der Begleitperson, Privatgutachten, Aktienkopie, Rechtsanwaltsvergütung, Aktenauszug, Digitalisierung, Telekommunikation-/Postpauschale, Aktenversendungspauschale usw., siehe ausführlich Kotz, NSStZ-RR 2011, 36 (37).

⁵ OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 4.8.2015 – 2 Ws 46/15 = NSStZ-RR 2015, 294.

⁶ OLG Köln, Beschl. v. 5.8.2010 – 2 Ws 471/10 = NSStZ-RR 2010, 392; OLG Hamm, Beschl. v. 7.4.2010 – 2 Ws 60/10 = NSStZ-RR 2010, 224.

⁷ Meyer-Goßner/Schmitt, 63. Aufl. (2020), § 467 Rn. 16.

⁸ Grommes, in: MüKo-StPO, 2019, § 467 Rn. 22.

⁹ OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 4.8.2015 – 2 Ws 46/15 = NSStZ-RR 2015, 294.

¹⁰ Protokoll der 5. Wahlperiode, 173. Sitzung des BT v. 10.5.1968, S. 9250, abrufbar unter: <http://dipbt.bundestag.de/doc/btp/05/05173.pdf> (zuletzt abgerufen am 15.5.2020).

¹¹ Dazu z.B. Gerhold/El-Ghazi, ZIS 2012, 600; vgl. BGH, Urt. v. 19.5.1965 – 2 StR 68/65 = NJW 1965, 1818.

¹² Siehe Hilger, in: LR-StPO, 26. Aufl. (2012), § 467 Rn. 50.

¹³ Keine gesetzliche Erklärung des Begriffes, Wenske, in: MüKo-StPO, 2019, § 206a Rn. 27.

Das vorübergehende Hindernis, wie eine Erkrankung oder die Abwesenheit des Angeklagten,¹⁴ also die kurzfristige Unmöglichkeit, das Verfahren durchzuführen, kann zu einer vorläufigen Einstellung des Strafprozesses führen, während im Falle des Verfahrenshindernisses das ganze Verfahren dauerhaft und endgültig eingestellt wird.¹⁵ Nach deutschem Recht bieten z.B. Strafverfolgungsverjährung,¹⁶ Strafklageverbrauch (*ne bis in idem*),¹⁷ Amnestie,¹⁸ fehlende Gerichtsbarkeit,¹⁹ sowie auch der Tod des Angeklagten einen Grund dafür, die Strafverfolgung endgültig zu beenden.²⁰ Eine besondere Regelung gilt, wenn der Angeklagte während des Verfahrens verstirbt. Ohne lebenden Angeklagten ist die Sachentscheidung ausgeschlossen,²¹ wenn es sich nicht um eine Rehabilitation i.S.d. §§ 361-362 und § 371 Abs. 1 StPO handelt.²² Dementsprechend wird das Verfahren nach dem Tod des Angeklagten nach § 206a StPO eingestellt.²³ Nach der Einstellung gibt es zwei Alternativen: Die Erben haben die Kosten des Verfahrens nicht zu tragen (§ 465 Abs. 2 StPO).²⁴ Die Kosten fallen der Staatskasse zur Last (§ 467 Abs. 1 StPO). Oder die Erben des Angeklagten müssen die Verfahrenskosten bzw. die notwendigen Auslagen tragen (§ 467 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 StPO), wenn der Tod des Angeklagten der einzige Grund war, warum die Verurteilung ausblieb.

2. Verfahrenshindernis als einziger Grund für die Nichtverurteilung

Der Gesetzgeber sieht vor, dass der Tod des Angeklagten der einzige Grund dafür sein soll,²⁵ dass das Verfahren nicht mit einem Urteil abgeschlossen werden kann. Gleichzeitig muss die Verhandlung „den Höhepunkt“ erreicht haben, sodass das Urteil hätte ohne Berücksichtigung des Verfahrenshindernisses verkündet werden können. Das aber ist regelmäßig nur bei einer bis zur Schuldspruchreife durchgeführten Hauptverhandlung der Fall.²⁶ Fehlt diese Voraussetzung, trägt die Kosten nach § 467 Abs. 1 StPO der Staat. Entscheidend ist hier aber die Identifizierung des Zeitpunktes, wann genau dieser Höhepunkt im Strafverfahren erreicht und wann genau der Angeklagte verstorben ist. So kann man verschiedene Verfahrensstadien im Rahmen der Hauptverhandlung identifizieren, um festzulegen, wann die Grenze der Schuldspruchreife erreicht ist. Darunter kann man z.B. den Abschluss

der Beweisaufnahme, die Schlussvorträge oder auch die Zeit vor der Urteilsverkündung verstehen;²⁷ allerdings geht die Rechtsprechung davon aus, dass auch schon während der Beweisaufnahme die Schuldspruchreife festgestellt werden kann.²⁸ Dementsprechend liegt es im Ermessen des Gerichts, aufgrund der Wertung aller Beweise, die Schuldspruchreife zu identifizieren.²⁹

Wenn schon die Schuldspruchreife vor der Urteilsverkündung nicht immer eindeutig festgestellt werden kann, ist es noch problematischer, Schuldspruchreife anzunehmen, wenn der Tod des Angeklagten während der Berufung oder der Revision eintritt. Infolge der Rechtsmittel einlegung wird das erstinstanzliche Urteil mit den Feststellungen zur Tatsache bekanntlich nicht rechtskräftig. Zur Auferlegung der Kosten an die Staatskasse gilt auch hier als Voraussetzung, dass das Rechtsmittel des Angeklagten erfolgreich hätte sein müssen.³⁰ Hier wird auch der Inhalt der Rechtsmittelbegründung wichtig. Wenn sich das Rechtsmittel nur auf Verfahrensfehler stützt, die keinen Einfluss auf die materielle Substanz des Urteils haben, ist es schwierig, die Kostenübernahme durch die Staatskasse zu verlangen. Enthält die Rechtsmittelbegründung hingegen materielle Punkte, die zur Aufhebung des Urteils führen könnten, muss das Gericht die Erfolgsaussichten des Rechtsmittels bei der Kostenentscheidung berücksichtigen.³¹

III. Einen Blick auf das Völkerstrafrecht

Immer wieder ist die Justiz mit Fällen konfrontiert, in denen die Beschuldigten während des Prozesses versterben und die Strafverfahren nicht endgültig abgeschlossen werden können. Auch die internationale Strafjustiz ist hiervon betroffen. Im Nürnberger Hauptkriegsverbrecherprozess hatte der Angeklagte *Robert Ley*³² kurz vor Prozessbeginn Selbstmord begangen, der Angeklagte *Hermann Göring* nach der Urteilsverkündung. Im Ergebnis entkamen beide der Justiz. Auch der Präsident der Republik Serbien und Bundesrepublik Jugoslawien, *Slobodan Milošević*,³³ starb während des laufenden Verfahrens am *Internationalen Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien* (JStGH). Der Tod von *Milošević* war nicht der einzige in der Ge-

¹⁴ Vgl. KG, Beschl. v. 14.8.2015 – 4 Ws 62/15 – 161 AR 19/15 = NStZ 2016, 374.

¹⁵ Siehe dazu *Schneider*, in: KK-StPO, 8. Aufl. (2019), § 206a Rn. 6.

¹⁶ BGH, Beschl. v. 20.10.2010 – 1 StR 499/10 = BeckRS 2010, 27956.

¹⁷ Siehe *Biermann*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. (2020), Rn. 18-20; *Vogel/Norouzi*, NJW 2003, 1173; JuS 2003, 1059 (1060); *Schomburg*, NJW 2000, 1833 (1836); *van der Wyngaert*, NStZ 1998, 149 (153).

¹⁸ BVerfG, Beschl. v. 22.4.1953 – 1 BvL 18/52.

¹⁹ Vgl. OLG Stuttgart, Beschl. v. 30.10.2003 – 1 Ws 288/03 = NStZ 2004, 402.

²⁰ Siehe ausführlich in *Krey/Heinrich*, Deutsches Strafverfahrensrecht, 2. Aufl. (2019), § 23 Rn. 973-992.

²¹ *Schneider*, in: KK-StPO, § 206a Rn. 7.

²² BGH, Beschl. v. 8.6.1999 (OLG Hamm) – 4 StR 595/97; siehe ausführlich in *Marxen/Tiemann*, die Wiederaufnahme in Strafsachen, 3. Aufl. (2014), S. 95 ff.

²³ BGH, Beschl. v. 8.6.1999 – 4 StR 595/97 = BGHSt 45, 108; vgl. *van Endern*, NStZ 2019, 442 (444).

²⁴ Allerdings geht es hier nur um das Absehen von den Verfahrenskosten und nicht die notwendigen Auslagen des Angeschuldigten, der Nachlass bleibt immer noch auf die notwendigen Auslagen des Angeklagten sitzen, *Benthin*, in: Radtke/Hohmann, StPO, 2011, § 465 Rn. 10.

²⁵ BGH, Beschl. v. 24.5.2018 – 4 StR 51/17 = NStZ-RR 2018, 294 (295).

²⁶ LG Stuttgart, Beschl. v. 11.4.2018 – 18 Qs 23/18.

²⁷ Siehe näher *Niesler*, in: BeckOK-StPO, 33. Ed. (1.4.2019), § 467 Rn. 11.

²⁸ BVerfG, Beschl. v. 5.5.2001 – 2 BvR 413/00 = BeckRS 2001, 30178799.

²⁹ *Gieg*, in: KK-StPO, § 467 Rn. 10a.

³⁰ BGH, Beschl. v. 6.3.2019 – 3 StR 430/17 = BeckRS 2019, 4758.

³¹ BGH, Beschl. v. 15.12.2010 – 2 StR 566/10 = BeckRS 2011, 548.

³² IMT, Ur. v. 1.10.1946, S. 12, abrufbar unter: https://crimeofaggression.info/documents/6/1946_Nuremberg_Judgement.pdf (zuletzt abgerufen am 6.11.2020); ähnlich Carl Westphal am *NMT, USA v. Josef Altstoetter et al.*

³³ Tod am 11.3.2006, siehe *JStGH, Prosecutor v. Milošević*, Verfahrenskammer, Order terminating the proceedings v. 16.3.2006.

schichte des *ad hoc*-Strafgerichtshofs; auch weitere Angeklagte starben entweder vor dem Urteil³⁴ oder während die Berufung noch lief.³⁵ Auch an den anderen internationalen Strafgerichtshöfen einschließlich dem *Internationalen Strafgerichtshof für Ruanda* (RStGH), dem *Sondergerichtshof für Sierra Leone* (SCSL)³⁶ und dem *Internationalen Strafgerichtshof* (IStGH) verstarben Angeklagten vor Abschluss der Verfahren.³⁷ Nach dem Tod von *Rasim Delić*³⁸ als die Berufungsverhandlung drei Monaten lief, erklärte die Berufungskammer des Tribunals das erstinstanzliche Urteil für rechtskräftig.³⁹ Die Berufungskammer des JStGH behauptete, dass die Unschuldsvermutung nicht für erstinstanzlich Verurteilte gelte, weil die Berufung vor dem JStGH kein *de novo* Verfahren sei, indem der Ankläger zweifelsfrei die Schuld des Täters beweisen müsse.⁴⁰ Es handele sich hier um einen Rechts- oder Tatsachenirrtum (Artikel 25 Abs. 1 JStGH-Statut), der zu einem Fehlurteil führen konnte. Dementsprechend ging die Berufungskammer davon aus, dass der Verstorbene rechtskräftig verurteilt wurde. Diese Ansicht ist verschiedenen Rechtssystemen nicht fremd. Im anglo-amerikanischen System ist auch die Fortsetzung des Berufungsverfahrens trotz des Todes des Beschwerdeführers immer noch möglich, wenn besondere Umstände das verlangen. Sonst bleibt die Verurteilung rechtskräftig.⁴¹

Dem Angeklagten bzw. dessen Erben die Verfahrenskosten aufzuerlegen, ist im Falle der Verfahrenseinstellung auch international bekannt.⁴² Weder der RStGH noch der JStGH kennen eine Entschädigung für ehemaligen Beschuldigten, wenn das Verfahren eingestellt wird. So bliebe es auch bei der Kostentragung für die Verwandtschaft der Verstorbenen. Eine Ausnahme gilt am IStGH,

wo der Antragsteller eine Entschädigung nach Artikel 85 IStGH-Statut erhalten kann, wenn dessen Voraussetzungen erfüllt sind.⁴³ Nach zehnjährigem Verfahren sprach die Berufungskammer des IStGH⁴⁴ am 6. Juni 2018 den ehemaligen Vizepräsident der Demokratischen Republik Kongo *Jean-Pierre Bemba* frei und hob das erstinstanzliche Urteil von 2016 auf.⁴⁵ 2019 stellte der ehemalige Angeklagte den Antrag auf Entschädigung nach Artikel 85 Abs. 3 IStGH-Statut.⁴⁶ Die Vorverfahrenskammer beschloss, dass der Antragsteller nicht nachweisen konnte, dass es in seinem Fall zu einem schwerwiegenden und offenkundigen Fehlurteil gekommen sei.⁴⁷

Aus völkerrechtlicher Perspektive ist die Entschädigung der notwendigen Auslagen des Angeklagten teilweise auch umstritten. Art. 9 Abs. 5⁴⁸ und Art. 14 Abs. 6 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbPR)⁴⁹ sehen Voraussetzungen für die Entschädigung der lebenden Personen, bzw. schon in solchen Fällen vor, in denen ein Sachurteil erlassen wurde, sei es der Freispruch oder die Verurteilung. Die Kostendeckung von im Verfahren Verstorbenen wird völkerrechtlich expliziert nicht geregelt.

IV. Kostentragung durch die Staatskasse

Zur Entscheidung der eingangs gestellten Frage nach der Pflicht der Erben die Verfahrenskosten zu tragen, ist es wichtig, die Verfahrenseinstellung wegen des Todes des Angeklagten von den anderen Einstellungsgründen zu unterscheiden. Im Todesfall ist es nicht mehr möglich, die Einzelheiten des Falles mit dem Angeklagten im Detail zu untersuchen.⁵⁰ Ein Verfahren gegen einen Verstorbenen

³⁴ Siehe z.B. *JStGH*, Prosecutor v. Alagic, Verfahrenskammer, Order terminating the proceedings v. 24.3.2003; *JStGH*, Prosecutor v. Talic, Verfahrenskammer, Order terminating the proceedings v. 12.6.2003.

³⁵ *JStGH* bestätigte am 29. November 2017 in Den Haag die vorherige Verurteilung v. *Slobodan Praljak* zu 20 Jahren Haft, nach der Urteilsverkündung trank *Praljak* das Gift und starb, siehe BBC News, *Slobodan Praljak suicide: War criminal 'took cyanide' in Hague court*, 1.12.2017, abrufbar unter: <https://www.bbc.com/news/world-europe-42204587> (zuletzt abgerufen am 3.6.2020).

³⁶ *SCSL*, Prosecutor v. Samuel Hinga Norman et al., Decision on Registrar's Submission of Evidence of Death of Accused Samuel Hinga Norman and Consequential Issues v. 21.5.2007.

³⁷ Siehe z.B. *RStGH*, Prosecutor v. Musabyimana, Verfahrenskammer, Order Terminating the Proceedings v. 20.2.2003; *IStGH*, Prosecutor v. Lukwiya (Kony), Vorverfahrenskammer, Decision to Terminate the Proceedings v. 12.7.2007; *IStGH*, Prosecutor v. Odhiambo (Kony), Vorverfahrenskammer, Decision Terminating proceedings v. 10.9.2015; *IStGH*, Prosecutor v. Jerbo, Verfahrenskammer, Public Redacted Decision Terminating the Proceedings v. 4.10.2013; *SCSL*, Prosecutor v. Sankoh, Verfahrenskammer, Withdrawal of Indictment v. 8.12.2003.

³⁸ Tod am 16.4.2010.

³⁹ Siehe *JStGH*, Prosecutor v. Delić, Berufungskammer, Beschl. v. 29.6.2010, § 15.

⁴⁰ Siehe *JStGH*, Prosecutor v. Delić, Berufungskammer, Beschl. v. 29.6.2010, § 14.

⁴¹ Siehe z.B. *Commonwealth Law Bulletin*, Volume 30, S. 174; *Supreme Court of Canada*, R. v. Smith, 2004 1 S.C.R. 385, 2004 SCC 14, § 16, § 50; vgl. auch mit *Supreme Court of Victoria*, Court of Appeal, R. v. Rimon (dec'd) 2003 VSCA 136; 6 VR 553, *Supreme Court of New South Wales*, Court of Appeal, re the conviction of Frederick Lincoln McDermott, 2013 NSWCCA 102; 303 ALR 143.

⁴² Siehe z.B. Art. 426 Abs. 2 schweizerische StPO (wegen des Verhaltens des Beschuldigten): wird das Verfahren eingestellt oder die beschuldigte Person freigesprochen, so können ihr die Verfahrenskosten ganz oder teilweise auferlegt werden, wenn sie rechtswidrig und schuldhaft die Einleitung des Verfahrens bewirkt oder dessen Durchführung erschwert hat.

⁴³ Siehe näher *Staker/Nerlich*, in: Triffterer/Ambos, The Rome Statute of the International Criminal Court, 3. Aufl. (2015), § 85 Rn. 4-6; vgl. *IStGH*, Prosecutor v. Ngudjolo, Verfahrenskammer, Decision on the "Requête en indemnisation en application des dispositions de l'article 85(1) et (3) du Statut de Rome v. 16.12.2015; *IStGH*, Vorverfahrenskammer, Prosecutor v. Bemba, Decision on Mr Bemba's claim for compensation and damages v. 18.5.2020.

⁴⁴ *IStGH*, Prosecutor v. Bemba, Berufungskammer, Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute" v. 8.6.2018; siehe *Petrossian*, in: Abraham/Bublitz/Geneuss/Krell/Wegner, Verletzte im Strafrecht, 2020, S. 147.

⁴⁵ *IStGH*, Prosecutor v. Bemba, Verfahrenskammer, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute v. 21.3.2016.

⁴⁶ Vgl. *IStGH*, Prosecutor v. Bemba, Vorverfahrenskammer, Second Public Redacted Version of "Mr. Bemba's claim for compensation and damages" v. 19.3.2019.

⁴⁷ Vgl. *IStGH*, Vorverfahrenskammer, Prosecutor v. Bemba, Decision on Mr Bemba's claim for compensation and damages v. 18.5.2020, § 52.

⁴⁸ Unrechtmäßige Inhaftierung.

⁴⁹ Sowie auch die Art. 5 Abs. 5 EMRK und Art. 3 EMRK Prot. 7; siehe auch *Schabas*, The European Convention on Human Rights: A Commentary, 2015, S. 306.

⁵⁰ Vgl. *in absentia* Verfahren siehe *Safferling*, International Criminal Procedure, 2012, S. 396 ff.; *EGMR*, Grädinar v. Moldawien, Urt. v. 8.4.2008 – 7170/02, §§ 90-104; *BGH*, Beschl. v. 8.6.1999 – 4 StR 595-97 = NJW 1999, 3644; vgl. *EuGH*, Urt. v. 13.2.2020 – C-688/18, BeckRS 2020, 1130.

widerspricht der Natur und den Grundsätzen der Strafprozessordnung.⁵¹ Im Falle der anderen Verfahrenseinstellungsgründe hat die Person immer noch die Möglichkeit, sich auf irgendeine Weise zu dem Fall zu äußern.

1. Sinn und Zweck des Strafverfahrens

In der Strafrechtstheorie ist das Ziel der Strafjustiz die Prävention und die Reduzierung von Straftaten durch Bestrafung, was als utilitaristischer Ansatz bekannt ist.⁵² Im Gegensatz dazu sieht ein anderer Ansatz den Zweck der Strafjustiz in der Bestrafung einer Person, die ein Verbrechen begangen hat, was als retributiver (auch restaurativer) Ansatz bezeichnet wird.⁵³ Die Kriminalisierung bestimmter Handlungen gilt daher dem Schutz bestimmter, für die Gemeinschaft wichtiger Rechtsgüter.⁵⁴ Die Verletzung dieser Rechtsgüter schadet nicht nur dem Einzelnen, sondern der gesamten Gesellschaft, unter deren Schutz er steht. Es ist daher die Pflicht des Staates, den Schutz der Rechtsgüter zu kontrollieren. Wenn der Staat diesen Schutz nicht gewährleistet, muss er alle erforderlichen Maßnahmen ergreifen, um den Täter zu bestrafen und so die wiederholte Begehung eines Verbrechens im Konkreten oder im Generellen zu vermeiden.

Das Ziel des Strafverfahrens ist es, zu entscheiden, ob der mutmaßliche Täter bestraft werden kann und soll oder nicht.⁵⁵ Wird der Angeklagte freigesprochen oder das Strafverfahren gegen ihn eingestellt, hat es der Staat bzw. die Anklagebehörde versäumt, ihre Funktion ordnungsgemäß zu erfüllen und ist zur Entschädigung verpflichtet (vgl. §§ 464 ff. StPO, vgl. § 2 und § 7 des Gesetzes über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen [StrEG]).⁵⁶ Schafft es der Staat nicht, das Verfahren gegen den Angeklagten ordnungsgemäß zu beenden, weil dieser verstirbt, ist das ebenfalls das Versäumnis des Staates. Infolgedessen ist der Staat nach § 467 Abs. 1 StPO zur Entschädigung bzw. Übernahme der notwendigen Kosten des Angeklagten verpflichtet.

Eine Ausnahme von der staatlichen Pflicht, die Verfahrenskosten zu übernehmen, ist gem. § 467 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 StPO nur möglich, wenn die Verurteilung allein wegen eines Verfahrenshindernisses ausbleiben musste. Allerdings soll auch hier die staatliche Verantwortlichkeit weiterhin gelten. Wenn auch die Verurteilung nur wegen des Verfahrenshindernisses nicht erfolgen konnte, steht, hypothetisch gesehen, auch dieses Ergebnis noch nicht endgültig fest, weil der Verstorbene, wenn er noch am Leben wäre noch Rechtsmittel einlegen könnte und deswegen die Entscheidung noch nicht rechtskräftig ist. Wenn

der Angeklagte im Verfahren nach Eintritt der Schuldspruchreife verstorben ist, hat er keine Möglichkeit mehr, die Schuldspruchreife materiell anzufechten und somit die Verurteilung zu Fall zu bringen. Dementsprechend ist das Ziel der Strafprozessordnung nicht nur die Verurteilung oder die Nichtverurteilung des Angeklagten, sondern ein Sachurteil unter Einhaltung der prozessualen Regeln.⁵⁷ Wenn der Staat erst versäumt, das Rechtsgut zu schützen, und es ihm später nicht mehr möglich ist, wiederhin den mutmaßlichen Täter bzw. den Angeklagten ordnungsmäßig zu bestrafen, weil er nach Eintritt der Schuldspruchreife gestorben ist, ist es nicht möglich, die entstandenen Kosten dem Verstorbenen aufzuerlegen und der staatlichen Verantwortlichkeit so zu entkommen.

2. Recht auf Leben

Das Leben des Menschen ist das höchste Rechtsgut (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG). Jeder hat das Recht auf Leben, unabhängig davon, ob die Person ein mutmaßlicher Straftäter ist oder nicht. Auch im Strafprozess hat das Leben des Menschen höchste Priorität. Allerdings wirkt sich jedes Strafverfahren auf die Gesundheit des Angeklagten aus und kann auf eine gewisse Weise seinen Tod beschleunigen. Zusätzliche Belastungen und Erschwerisse kommen wegen des Alters oder des gesundheitlichen Zustands des Angeklagten in Betracht. Wenn aber der gesundheitliche Zustand des Beschuldigten und alle wesentlichen Umstände des Einzelfalles berücksichtigt und gegeneinander abgewogen werden, kann das Verfahren möglicherweise gemäß § 204 StPO⁵⁸ gar nicht eröffnet werden.⁵⁹

Ist der Angeklagte trotz seines hohen Alters oder gesundheitlich angeschlagenen Zustandes verhandlungsfähig, steht er/sie unter dem besonderen Schutz⁶⁰ des Staates. Der Staat übernimmt mit § 204 StPO gleichsam das Risiko für das Wohlergehen des Angeklagten. Dementsprechend ist der Staat verpflichtet, sich um den Angeklagten zu kümmern. Erleidet der Angeklagte während des Verfahrens Schäden, ist der Staat erklärungspflichtig.⁶¹ Es ist die Pflicht des Staates, alle Maßnahmen für die Vermeidung des Todes des Angeklagten zu ergreifen. Diese Pflicht wächst natürlich mit der Einflussmöglichkeit seitens des Staates und gilt in besonderem Maße, wenn sich der Angeklagte als Untersuchungshäftling unmittelbar in der Obhut des Staates befindet. Es ist aber in jedem Fall relativ schwierig zu beurteilen, ob der natürliche Tod des Angeklagten durch die Durchführung des Verfahrens beschleunigt wurde. Aus diesem Grund ist es unabhängig davon, wie weit die Schuldspruchreife des Verfahrens gediehen ist, fragwürdig, die notwendigen Auslagen dem Angeschuldigten bzw. dessen Erben aufzuerlegen.

⁵¹ Darüber hinaus ist es selbstverständlich, dass es nicht möglich ist, eine verstorbene Person zu bestrafen; jede Bestrafung eines Toten würde seine Würde verletzen, siehe *EGMR*, Magnitskiy et al. v. Russland, Urt. v. 27.8.2019 – 32631/09 und 53799/12, § 281.

⁵² Siehe *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts, 1832, §§ 12-13.

⁵³ *Von Liszt*, Der Zweckgedanke im Strafrecht, Aufsätze und Vorträge, 1905, S. 176; vgl. *lex talionis* in *Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 1798, § 49 ff.

⁵⁴ Vgl. BVerfGE 120, 224 = NJW 2008, 1137 (1138), Rn. 35.

⁵⁵ *Krey/Heinrich*, § 20.

⁵⁶ Vgl. *Schaefer*, NJW-Spezial 2009, 344.

⁵⁷ *Radtke*, GA 2012, 187 (192 ff.).

⁵⁸ Oder das Verfahren muss nach § 205 StPO vorübergehend eingestellt werden.

⁵⁹ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 6.10.2009 – BvR 1724/09 = BeckRS 2009, 39528; BVerfG, Beschl. v. 20.9.2001 – 2 BvR 1349/01 = NJW 2002, 51.

⁶⁰ Nicht nur weil seine Rechte während des Strafprozesses massiv beschränkt sind, sondern auch weil sein gesundheitlicher Zustand besonders betroffen ist.

⁶¹ *EGMR*, Slimani v. Frankreich, Urt. v. 27.7.2004 – 57671/00, §§ 27-28; *EGMR*, Kats et al. v. Ukraine, Urteil v. 18.12.2008 – 29971/04, § 104.

3. Unschuldsvermutung

Die zentrale Frage der Verfahrenskostenübernahme ist die Unschuldsvermutung des Angeklagten.⁶² Der EGMR hat mehrmals darauf aufmerksam gemacht, dass die Unschuldsvermutung verletzt sein kann, wenn zur Schuld des Angeklagten vor dem rechtskräftigen Endurteil von Justizseite, aber etwa auch in den Medien, Behauptungen veröffentlicht werden.⁶³

Nachweis der Schuld des Angeklagten ist Aufgabe der Anklagebehörde unter Beachtung des Grundsatzes *in dubio pro reo*. Mit der Verurteilung wird der Angeklagte bestraft und muss dementsprechend für die Verfahrenskosten aufkommen. Im Gegensatz dazu trägt der Staat alle Kosten, wenn der Angeklagte freigesprochen wird.⁶⁴ Im Todesfall während des Verfahrens entsteht eine Schwierigkeit bei der Kostenübernahme, wenn die Schuld noch nicht *in dubio pro reo* bewiesen werden, die Unschuldsvermutung in diesem Sinne also widerlegt werden konnte. Der EGMR geht davon aus, dass die Entscheidung nach § 467 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 StPO über die Kostenübernahme *per se* Art. 6 Abs. 2 EMRK nicht verletzt.⁶⁵ Problematisch ist es nur dann, wenn diese Entscheidung eine Schuldfeststellung beinhaltet.⁶⁶ In diesem Kontext unterscheidet sich der erhebliche oder hinreichende Tatverdacht von der Schuldfeststellung. Zu beachten ist hier die verwendete Formulierung in der Entscheidung und die Beschreibung des Tatverdachts im Einzelfall.⁶⁷ Wenn die Verurteilung auch aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen zweifelhaft bleibt, kann die Bestimmung nach § 467 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 StPO nicht angewendet werden, weil die Entscheidung für den Angeklagten auf einem nicht geklärten Verdacht basiert.⁶⁸

Zwar verstößt die Entscheidung, dem Angeklagten Verfahrenskosten aufzuerlegen, nicht gegen die Unschuldsvermutung in engeren Sinne, aber es kann eine Problematik in der Hinsicht entstehen, dass die Entscheidung über die Verfahrenskosten allein aufgrund des schwerwiegenden Verdachts der Schuld des Angeklagten erfolgt, ein Umstand, der im Falle eines Freispruches gerade nicht bestehen würde.⁶⁹ Übernehmen die Hinterbliebenen bzw. die Erben des Angeschuldigten die Verfahrenskosten bloß

wegen eines schwerwiegenden Verdachts, so entsteht die Frage, ob dadurch nicht die Schuld bzw. ein unrechtmäßiges Verhalten des Angeklagten angenommen wird.⁷⁰ Anders liegt der Fall, wenn die Verfahrenskosten aufgrund des prozessualen Verschuldens des Angeklagten entstehen; dann liegt das Risiko für die Nichtbeendigung des Verfahrens nämlich nicht mehr beim Staat, sondern bei ihm/ihr.⁷¹

V. Fazit

Der Sinn und Zweck des Gesetzes ist die Vermeidung der Kostenübernahme durch die Staatskasse wegen des Todes des schuldsspruchreifen Angeklagten, weil die Öffentlichkeit es in diesem Fall nicht tolerieren würde, wenn die Gemeinschaft die Kosten übernehmen müsste.⁷² Obwohl das auf der einen Seite selbstverständlich sein kann, kann allerdings *post mortem* der Ruf des Verstorbenen durch die Kostenübernahme wegen der Schuldspruchreife auch nicht verletzt werden. Wenn der Angeklagte schuldsspruchreif gestorben ist, so kann er/sie kein Rechtsmittel gegen den bestehenden Verdacht einlegen. Dementsprechend wird die Entscheidung nicht rechtskräftig. Wenn aber die Kosten von den Hinterbliebenen übernommen werden, ist es ziemlich fragwürdig, ob der Nachlass damit die negative Entscheidung annimmt und das „unrechtmäßige Verhalten“ des Angeklagten akzeptiert. Der Staat trägt im Prinzip die Pflicht, das Verfahren in einer angemessenen Zeit durchzuführen, aber nicht zum Nachteil der Gesundheit des Angeklagten. Ist dies aber der Fall, so trägt der Staat dafür die Verantwortung. Im Gegensatz steht natürlich die Pflicht des Staates, das Verbrechen zu bestrafen. So muss zwischen diesen beiden Maximen im Einzelfall eine präzise Abwägung vorgenommen werden. Das Gesetz hatte einen klaren Bezug zu NS-Gewaltverbrechen und wird seine zielgerichtete „Mission“ bald abschließen, weil physisch kaum noch jemand wegen NS-Verbrechen strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann. Daher besteht die Notwendigkeit, die Norm zu überdenken. Es stellt sich die Frage, ob die Norm „angeklagtenfreundlicher“ reformiert werden oder weiterhin als Ausnahme gelten soll. Angesichts der genannten Argumente ist es vorzugswürdig, eine angeklagtenorientierte Reform durchzuführen.

⁶² BVerfG, Beschl. v. 26.3.1987 – 2 BvR 589/79, 2 BvR 740/81, 2 BvR 284/85 = BVerfGE 74, 358 (370).

⁶³ EGMR, Cleve v. Deutschland, Urt. v. 15.1.2015 – 48144/09, § 32; EGMR, Rushiti v. Österreich, Urt. v. 21.3.2001 – 28389/95, § 31; EGMR, Nölkenbockhoff v. Deutschland, Urteil v. 25.8.1987 – 10300/83, § 37.

⁶⁴ Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 467 Rn. 17; Barrot, ZJS 2011, 701 ff.

⁶⁵ EGMR, Demjanjuk v. Deutschland, Urt. v. 24.1.2019 – 24247/15, § 43.

⁶⁶ EGMR, Nölkenbockhoff v. Deutschland, Urteil v. 25.8.1987 – 10300/83, § 37; vgl. BVerfG, Beschl. v. 5.5.200 – 2 BvR 413/00, Rn. 13-17.

⁶⁷ Steuer, NLMR 2019, 45 (46 f.); Schabas, 2015, S. 306.

⁶⁸ Gollwitzer, MRK und IPbPR, 2005, Art. 14 IPbPR Rn. 143; vgl. Stuckenberg, Untersuchung zur Unschuldsvermutung, 2012, S. 138.

⁶⁹ Vgl. Hilger, in: LR-StPO, § 467 Rn. 60.

⁷⁰ Vgl. Esser, in: LR-StPO, Art. 14 IPbPR Rn. 511.

⁷¹ Vgl. § 467 Abs. 2 StPO, § 5 Abs. 2 StrEG; siehe auch EGMR, Engert v. Deutschland, Bericht v. 9.10.1985 – 10282/83, §§ 21-22.

⁷² Protokoll der 5. Wahlperiode, 173. Sitzung des BT v. 10.5.1968, S. 9250.

„Der Rechtsstaat braucht den freien Blick ins Gesicht“ Maskerade in der Hauptverhandlung?

von Dr. Martin Heuser und
Prof. Dr. Jan Bockemühl*

Abstract

Bis vor kurzem drehte sich die juristische Debatte um die Verhüllung des Gesichts im Sitzungssaal ausschließlich um die Frage, ob jemand gezwungen werden darf, seine Gesichtsverhüllung im Interesse einer funktionierenden Rechtspflege abzunehmen. Dies mündete schließlich in die mit dem „Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens“ zum 13.12.2019 in Kraft getretene Regelung des § 176 Abs. 2 GVG, wonach nunmehr ein grundsätzliches Verbot der Gesichtsverhüllung im Sitzungssaal besteht. Gesundheitspolitik bedingt hat sich die Debatte mit Auftreten des Coronavirus SARS-CoV-2 jüngst jedoch sogleich in ihr Gegenteil gewendet. Daher fragt es sich jetzt, ob mit der erst kürzlich modernisierten Regelung eine Person auch gezwungen werden darf, eine Gesichtsverhüllung im Sitzungssaal aufzusetzen. Der Beitrag gibt einen Überblick über die Rechtslage im Strafprozess.

Until now, the legal debate surrounding the covering of the face in the boardroom revolved exclusively around the question of whether someone should be forced to remove their covering in the interests of a functioning administration of justice. This ultimately led to the regulation of Section 176 (2) GVG (Courts Constitution Act), which came into force on December 13, 2019 with the „Law on the Modernization of Criminal Procedure“, according to which there is now a general ban on covering the face in the courtroom. Due to health policy reasons, the direction of the debate recently turned into its opposite with the appearance of the SARS-CoV-2 coronavirus. Therefore, the question now arises whether the recently modernized regulation may also force a person to put on a face covering in the courtroom. The article gives an overview of the legal situation in criminal proceedings.

I. Von der Enthüllung zur Verhüllung

Seit Ende des vergangenen Jahres 2019 enthält § 176 Abs. 2 S. 1 GVG in Fortanknüpfung der bereits bis anhin bestehenden Rechtslage für alle am Verfahren beteiligten Personen ein Verbot der Gesichtsverhüllung während der gesamten Sitzung, und zwar nach seinem Wortlaut unabhängig von jeglichem religiösen Zusammenhang. Nichtsdestotrotz entstand die Vorschrift bekanntlich aus dem politischen Bestreben, religiöse Gesichtsverhüllungen wie

die Burka oder den Niqab aus dem Gerichtssaal zu verbannen. Eingeführt wurde das neuartige Verbot dabei allerdings auf relativ leisen politischen Sohlen im Zusammenhang mit dem dagegen insgesamt eher laut beworbenen „Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens“¹ vom 10. Dezember 2019. Kurz zuvor hatten indessen bereits die Bundesländer Nordrhein-Westfalen und Bayern einen insoweit ähnlichen Entwurf eines „Gesetzes zum Verbot der Gesichtsverhüllung während der Gerichtsverhandlung“ durch den Bundesrat in den Bundestag eingebracht,² der von den damaligen Justizministern beider Länder in der Plenardebatte des Bundesrates mit den eindrucksvollen Worten beworben wurde:³

„Gesichtsverhüllungen sind mit der Wahrheitsfindung nicht vereinbar und deshalb im Gerichtssaal tabu.“ (Peter Biesenbach)

„Der Rechtsstaat braucht den freien Blick ins Gesicht. Eine offene auch nonverbale Kommunikation ist Eckpfeiler einer effektiven Verhandlungsführung und damit unverzichtbar.“ (Winfried Bausback)

Dabei hatte bei Verabschiedung der Vorschrift des § 176 Abs. 2 GVG wohl niemand der politisch Verantwortlichen ernsthaft gedacht, dass solche Worte bereits wenige Monate nach der durchgeführten „Modernisierung“ des Strafprozesses geradezu anachronistisch anmuten würden. Denn angesichts des mit „Corona“ 2020 allgemeingemeinschaftlich etablierten Imperativs der Infektionsverhinderung und der teils mit nahezu religiösem Eifer propagierten Befürwortung einer Maskenpflicht im öffentlichen Raum ist von einem „freien Blick ins Gesicht“ vor deutschen Gerichten zwischenzeitlich oft nur noch sehr wenig zu erkennen. Vielmehr prägt seit geraumer Zeit die sog. „Mund-Nasen-Bedeckung“ (MNB) das Bild der Öffentlichkeit.

Ganz in diesem Sinne erachtet beispielsweise das Bayerische Staatsministerium für Justiz eine Maskenpflicht im Gerichtssaal für möglich: „In Sitzungssälen entscheiden die Richterinnen und Richter in richterlicher Unabhängigkeit, ob im Einzelfall aus Gründen des Gesundheitsschutzes eine Mund-Nasen-Bedeckung zu tragen ist.“⁴ Und

* Dr. Martin Heuser ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Int. Strafrecht und Rechtsphilosophie der Universität Regensburg; Prof. Dr. Jan Bockemühl ist Honorarprofessor ebendort sowie Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht in der Kanzlei Bockemühl & Fischer mit Sitz in Regensburg.

¹ BGBl. I 2019, S. 2121 ff.

² BR-Drs. 408/18; BR-Drs. 408/1/18; BT-Drs. 19/6287; teils krit. dazu auch Leitmeier, ZRP 2018, 246 ff.

³ BR-PIPr. 970, S. 273-275.

⁴ Online abrufbar unter: https://www.justiz.bayern.de/service/corona/Umgang_Justiz.php (zuletzt abgerufen am 30.9.2020).

dementsprechend positionieren sich folglich auch die einzelnen Gerichte, etwa das *LG Regensburg*:

„Grundsätzlich gilt in öffentlichen Gerichtsverhandlungen für die Verfahrensbeteiligten das Vermummungsverbot gemäß § 176 Abs. 2 Gerichtsverfassungsgesetz. Die Kommunikation 'von Angesicht zu Angesicht' ist ein zentrales Element im rechtsstaatlichen Gerichtsverfahren. Allerdings können die Vorsitzenden als sitzungspolizeiliche Maßnahme Ausnahmen von dem Vermummungsverbot gestatten und auch eine Bedeckungspflicht aus Gründen des Gesundheitsschutzes im Gerichtssaal anordnen.“⁵

Folglich stellt sich mittlerweile insbesondere die Frage, ob es angesichts des eindeutigen Verbots der Gesichtsverhüllung im Gerichtssaal (§ 176 Abs. 2 GVG) zugleich sogar ein sitzungspolizeiliches Gebot der Gesichtsverhüllung geben kann. Dem geht der Beitrag für den Strafprozess nach:

II. Verbot der Gesichtsverhüllung für Richter und Staatsanwälte

Für einige Bereiche des bürgerlichen Lebens hat der Bundesgesetzgeber mit dem im Juni 2017 in Kraft getretenen „Gesetz zu bereichsspezifischen Regelungen der Gesichtsverhüllung“⁶ ausdrückliche Vorschriften über ein Verbot der Gesichtsverhüllung erlassen, z.B. für Beamte in Ausübung ihres Dienstes (§ 61 Abs. 1 BBG, § 34 S. 4 BeamStG). Auf Länderebene existieren teils entsprechende Regelungen. So regelt beispielsweise in Bayern das „Gesetz über Verbote der Gesichtsverhüllung“⁷ vom Juli 2017 entsprechende Verbote, etwa für Beamte (Art. 75 Abs. 1 BayBG) oder Richter, Staatsanwälte sowie ehrenamtliche Richter (Art. 2 Abs. 1, 11 Abs. 2 S. 3, 15 S. 3 BayRiStAG i.V.m. Art. 75 BayBG) in Ausübung ihres Dienstes. Zur Begründung heißt es insoweit:⁸

„Unser freiheitlich-demokratisches Gesellschaftsverständnis ist geprägt von einer offenen Kommunikationskultur. Ein kommunikativer Austausch findet nicht nur durch Sprache, sondern auch durch Blicke, Mimik und Gestik statt. Er bildet die Grundlage unseres zwischenmenschlichen Miteinanders und ist Basis unserer Gesellschaft und der freiheitlichen demokratischen Grundordnung. Eine Verhüllung des Gesichts widerspricht dieser Kommunikationskultur. [...] Die Mimik ist ein wesentlicher Teil der Körpersprache. Sie vermittelt nonverbale Inhalte insbesondere durch Augen und Mund. Im Sinne einer offenen Kommunikation ist es erforderlich, dass das Gesicht (zwischen Kinn und Stirn) unverhüllt bleibt. [...] Beamtinnen und Beamte sind als Repräsentanten des Staates [...] in besonderer Weise zu Neutralität und offener Kommunikation gegenüber den Bürgerinnen und Bürgern verpflichtet. [...] Das Vertrauen in ihr Amt und damit letztlich in die Neutralität und Integrität ihres Handelns kann nur dann gewährleistet werden, wenn Beamtinnen

und Beamte dem Bürger mit freiem Gesicht gegenüber treten [...]. [...] Das Vertrauen in die rechtlich gewünschte und zugleich unabdingbar notwendige Kontaktoffenheit eines Amtsträgers wäre erschüttert, wenn der Amtsträger [...] sein Gesicht gegenüber dem Bürger verhüllt. Der Amtsträger ist im Dienst Vertreter der öffentlichen Gewalt, nicht Privatperson. Als ihr Vertreter muss er die Offenheit ermöglichen, die die öffentliche Gewalt für sich selbst verbürgen muss. [...] Nur ein unverhülltes Gesicht während der Ausübung des Dienstes ermöglicht einen angemessenen persönlichen Kontakt.“

III. Inhalt und Umfang des § 176 Abs. 2 GVG

Zu dieser allgemeinen Regelung des Verbots der Gesichtsverhüllung für Richter und Staatsanwälte in Ausübung ihres Dienstes gesellt sich nun seit Dezember 2019 ein speziell für Verfahrensbeteiligte geltendes Verbot der Gesichtsverhüllung in der Gerichtsverhandlung (§ 176 Abs. 2 S. 1 GVG), das über § 180 GVG auch für richterliche Amtshandlungen außerhalb der Sitzung entsprechende Geltung beansprucht, sodass das Verbot im Strafverfahren z.B. auch für ermittlungsrichterliche Tätigkeiten, bei richterlicher Tätigkeit in Haftsachen, in Vollstreckungssachen oder beim ersuchten Richter anzuwenden ist.

1. Grundsatz: Verbot der Gesichtsverhüllung (§ 176 Abs. 2 S. 1 GVG)

Speziell für die Gerichtsverhandlung statuiert § 176 Abs. 2 S. 1 GVG das Verbot der Gesichtsverhüllung als allgemeinen Grundsatz, sodass der „freie Blick ins Gesicht“ den gesetzlichen Normalfall darstellen sollte.

a) Geltungsbereich des Verbots

Das zum allgemeinen Grundsatz erhobene Verbot der Gesichtsverhüllung in § 176 Abs. 2 S. 1 GVG erstreckt sich in zeitlicher Hinsicht auf die „Sitzung“. Nach Auffassung des Gesetzgebers meint dies „die gesamte Dauer der gerichtlichen Verhandlung im Sinne des § 169 GVG vom Aufruf der Sache bis zur vollständigen Verkündung des Urteils“ und zeitlich darüber hinaus sogar auch schon „die Öffnung des Gerichtssaals“ vor der Sitzung sowie ferner die Zeit nach der Verkündung des Urteils, „die das Gericht braucht, um [...] den Sitzungssaal zu verlassen“.⁹

In persönlicher Hinsicht gilt das im GVG speziell für die Gerichtsverhandlung geregelte Verbot der Gesichtsverhüllung mit den Verfahrensbeteiligten insbesondere für (ehrenamtliche) Richter, Staatsanwälte, Protokollführer, Beschuldigte, Verteidiger, Nebenkläger, Sachverständige, Zeugen, Dolmetscher und alle sonstigen Verfahrensbeteiligte, nicht aber bloße Zuschauer¹⁰ oder etwa auch Vorführungsbeamte.

⁵ Online abrufbar unter: <https://www.justiz.bayern.de/media/images/behoerden-und-gerichte/landgerichte/regensburg/corona-info.pdf> (zuletzt abgerufen am 30.9.2020).

⁶ BGBl. I 2017, S. 1570.

⁷ BayGVBl. Nr. 12/2017, S. 362.

⁸ BayLT-Drs. 17/16131, S. 5 f.

⁹ BT-Drs. 19/14747, S. 43.

¹⁰ Für Zuschauer gilt vor dem Hintergrund der §§ 176 Abs. 1, 178 Abs. 1 S. 1 GVG, dass sie beim Tragen einer Kopfbedeckung bzw. Gesichtsverhüllung identifizierbar bleiben müssen (*BVerfG*, NJW 2007, 56 f. [Rz. 20]).

Sachlich umfasst das – gegen die Motivation des Trägers der Gesichtsverhüllung indifferente – Verbot „sämtliche Formen der Gesichtsverhüllung“.¹¹ In den Gesetzesmaterialien findet sich dementsprechend die folgende Definition und Abgrenzung: „Gesichtsverhüllung meint dabei die Verwendung von Textilien und anderen Gegenständen, die dazu dienen, das Gesicht oder Teile desselben zu verdecken. Erfasst sind mithin etwa Verhüllungen des Gesichts durch eine Maske, eine Burka, eine Sonnenbrille, eine Sturmhaube, einen Motorradhelm oder auch einen Verband, den eine Person zur Behandlung einer physischen Verletzung im Gesicht trägt. Nicht erfasst sind dagegen die natürliche Gesichtsbehaarung, kleinere Pflaster, Brillen mit durchsichtigem Glas oder Bedeckungen nur des Haares oder nur des Halsbereichs, die den Bereich des Gesichts, also die Fläche zwischen Stirn und Kinn, freilassen.“¹²

Auch eine gewöhnliche MNB zur intendierten Verhinderung der Ausbreitung von SARS-CoV-2/COVID-19 fällt demnach unter den Begriff der Gesichtsverhüllung, da sie als textiler Gegenstand dazu dient, Teile des Gesichts zwischen Stirn und Kinn – Nase und Mund – zu verdecken. Nicht nachvollziehbar ist daher die teils vertretene Ansicht, die eine MNB nicht von § 176 Abs. 2 S. 1 GVG erfasst sehen möchte.¹³ Denn vor dem Hintergrund des folgenden Schutzzwecks der Norm unterscheiden sich religiöse und medizinische Gesichtsmasken nicht:

b) Verbotsbegründende Schutzzwecke

„Schutzzweck ist die Wahrung der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege, die aus dem Rechtsstaatsprinzip des Artikels 20 Absatz 3 Grundgesetz (GG) abgeleitet wird. Hier geht es insbesondere um die Aufrechterhaltung der Ordnung der gerichtlichen Verhandlung und damit auch um die Sicherung ihrer Funktionsfähigkeit sowie ihrer Kontrolle. Näher präzisiert ist die Wahrung der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege durch die ausdrücklich genannten Zwecke der *Identitätsfeststellung* und der *Beweiswürdigung*. Diese beiden Zwecke sind aus folgenden Gründen *verbotsbegründend*: Die Identität der bei der Verhandlung beteiligten Personen muss in einem Gerichtsverfahren verlässlich überprüft werden können. In aller Regel erfolgt, [...], eine Identitätsfeststellung durch Vorlage der Personaldokumente, verbunden mit einem visuellen Abgleich durch den Vorsitzenden, [...]. [...] Von daher ist ein unverhülltes Gesicht in der Regel zur Identitätsfeststellung erforderlich. Im Rahmen der Beweiswürdigung kann es ebenfalls darauf ankommen, den Gesichtsausdruck eines Verfahrensbeteiligten zur Bewertung und gegebenenfalls Interpretation seiner Aussage heranzuziehen. Auch hierfür ist ein unverhülltes Gesicht die Voraussetzung. Die Beurteilung der Glaubwürdigkeit einer Person und damit verbunden auch der Glaubhaftigkeit einer Tatsachenbehauptung ist insbesondere dann, wenn die

Person ihr Gesicht gänzlich verhüllt, nicht zuverlässig möglich. Die offene, auch nonverbale Kommunikation ist zudem ein zentrales Element von Gerichtsverhandlungen.“¹⁴

c) Durchsetzung des Verbots der Gesichtsverhüllung

Da eine MNB während der Gerichtsverhandlung also – vorbehaltlich einer etwaig einschlägigen Ausnahme – grundsätzlich nicht getragen werden darf,¹⁵ hat der Vorsitzende im Rahmen seiner sitzungspolizeilichen Ordnungsgewalt (§ 176 Abs. 1 GVG), ggf. durch Androhung von Ordnungsmitteln (§§ 177, 178 GVG), darauf hinzuwirken, dass nicht mit aufgesetzter Maske verhandelt wird: „Es ist Aufgabe des Vorsitzenden, auf die Einhaltung des Verbots hinzuwirken.“¹⁶ Sofern es darüber hinaus erforderlich sein sollte, die sich dem Verhüllungsverbot verweigernde Person aus dem Sitzungszimmer zu entfernen, wird der Vorsitzende im Falle des Beschuldigten, eines Zeugen oder Sachverständigen eine Entscheidung des Gerichts herbeiführen müssen (§ 177 S. 2 Alt. 2 GVG).¹⁷

Dabei haben allerdings weder der Vorsitzende noch das Gericht eine sitzungspolizeiliche Handhabe gegen den sich einer Enthüllung seines Gesichts verweigernden Verteidiger oder Nebenklagevertreter, da dieser jeweils nicht von dem in § 177 GVG genannten Personenkreis umfasst ist.¹⁸

Insbesondere in umgekehrter Richtung wird der Verteidiger gegen einen gesichtsverhüllten Richter jedoch eine Entscheidung des Gerichts gemäß § 238 Abs. 2 StPO herbeiführen, sofern der Vorsitzende seiner sitzungspolizeilichen Aufgabe der Durchsetzung des Verhüllungsverbots in Entsprechung zu § 176 Abs. 1, 2 S. 1 GVG nach vorheriger Beanstandung der Sitzungsleitung nicht nachkommen sollte. Denn insoweit sich ein Richter durch die Verhüllung seines Gesichts während der Hauptverhandlung als Repräsentant des Staates einer offenen Kommunikation mit den übrigen Verfahrensbeteiligten verweigert, liegt zugleich eine schwerwiegende Störung der Hauptverhandlung vor (§ 261 StPO). Schließlich erfolgt die prozessuale Beweisaufnahme im Inbegriff der Hauptverhandlung, mit dem Ziel einer entsprechenden Beweiswürdigung, mittels eines Verfahrensakts, der insgesamt auf eine zwischenmenschliche Kommunikation angelegt ist. Zwischenmenschliche Kommunikation, einschließlich der zu ihr gehörigen Mimik und Gestik, ist jedoch nicht ungestört möglich, sofern die an ihr Beteiligten ihr Gesicht in der Partie zwischen Stirn und Kinn ganz oder teilweise verhüllen; ganz abgesehen von akustischen Wahrnehmungsproblemen für andere Personen, die ein MNB

¹¹ BT-Drs. 19/14747, S. 43.

¹² BT-Drs. 19/14747, S. 43.

¹³ Dafür aber z.B. *Windau*, LTO v. 11.3.2020, online abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/coronavirus-gerichtsverhandlungen-atemschutzmasken-termin-verlegen-schriftliches-verfahren/> (zuletzt abgerufen am 30.9.2020).

¹⁴ BT-Drs. 19/14747, S. 43 f. (Hervorhebungen der Verf.).

¹⁵ So zutreffend auch *auf der Heiden*, NJW 2020, 1023 (1024). Für Zuschauer dürfte vor dem Hintergrund des oben (Fn. 10) Gesagten übrigens dasselbe gelten.

¹⁶ BT-Drs. 19/14747, S. 43.

¹⁷ Zur zweifelhaften Zweckmäßigkeit dieser Vorgehensweise *Mitsch*, KriPoZ 2020, 99 (100, 102).

¹⁸ S.u. Fn. 55.

gewöhnlich unwillkürlich verursacht.¹⁹ Eine Verhüllung des Gesichts widerspricht folglich der strafprozessualen Kommunikationskultur, da die Verfahrensbeteiligten durch sie nicht die Offenheit an den Tag legen, die die öffentliche Gewalt für sich verbürgen muss.

Verhandelt der gesichtsverhüllte Richter nach erfolgter Beanstandung gleichwohl weiter, so ist dieser die Verteidigung wesentlich erschwerende Umstand (vgl. § 338 Nr. 8 StPO) im Übrigen geeignet, die Besorgnis der Befangenheit zu begründen (§ 24 StPO). Denn wenn ein Richter dem Angeklagten in der zwischenmenschlichen Kommunikation, die letztlich über eine Verurteilung entscheidet, nicht mit freiem Gesicht gegenübertritt, erschüttert dies regelmäßig das Vertrauen in das Amt des Richters und die Integrität seines Handelns nachhaltig, da sich der Richter auf diese Weise der strafprozessualen Form der Kommunikation verweigert, während er über den Angeklagten zu Gericht sitzt. Verlangt die StPO von dem Angeklagten nämlich, der prozessual gewonnenen Wahrheit spätestens mit der Verkündung des Urteils ins Gesicht zu sehen, so verlangt eine rechtsstaatliche Gerichtsverfassung im Verhältnis von urteilendem Richter und Angeklagtem, dass sie einander bei der prozessualen Ermittlung der dem Urteil zugrunde zu legenden Wahrheit ins Gesicht sehen können.²⁰ Im Interesse der Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege sowie ihrer Kontrolle wird der Verteidiger einen sich verhüllenden Richter also mit einem Befangenheitsantrag zu bedenken haben.

2. Ausnahme: Erlaubnis der Gesichtsverhüllung (§ 176 Abs. 2 S. 2 GVG)

Mit dem grundsätzlichen Verbot eines MNB für die Verfahrensbeteiligten während der Gerichtsverhandlung wird „in Zeiten von Corona“ die Frage virulent, ob eine MNB aus gesundheitlichen Gründen wenigstens ausnahmsweise getragen werden darf.

a) Zur Erlaubnis im Allgemeinen

Hierauf enthält § 176 Abs. 2 S. 2 GVG eine Antwort. Ausweislich dieser Vorschrift kann der Vorsitzende nämlich Ausnahmen vom Verbot der Gesichtsverhüllung gestatten, wenn und soweit die Erkennbarkeit des Gesichts weder zur Identitätsfeststellung noch zur Beweiswürdigung notwendig ist. Eine generelle Erlaubnis zum Tragen eines MNB in der Gerichtsverhandlung kann aber auch hiernach – selbst im gesundheitlichen Interesse der Verfahrensbeteiligten – gerade nicht angeordnet werden.²¹

Denn eine solche generelle und daher vom konkret-individuellen Einzelfall abgelöste Erlaubnis, ohne den erforderlichen Rekurs auf die konkreten Notwendigkeiten der Identitätsfeststellung und Beweiswürdigung, würde eben diesen Anforderungen des gesetzlichen Ausnahmetatbestandes nicht gerecht.

Und dies ist auch sachgerecht. Denn der auf Enthüllung der Wahrheit gerichtete Strafprozess erfordert eben im Inbegriff der Hauptverhandlung eine von Offenheit – und damit gerade nicht von Verhüllung – geprägte Kommunikationskultur, die durch Gesichtsmasken jedoch nicht unerheblich gestört würde.²² Schließlich ist die Kommunikation „von Angesicht zu Angesicht“ ein zentrales Element im rechtsstaatlichen Gerichtsverfahren:²³ „Nonverbale Kommunikation und insbesondere der Gesichtsausdruck eines Gesprächsbeteiligten bilden den Hintergrund, vor dem seine verbalen Äußerungen interpretiert werden. Sie sind bestimmend für die Gesprächsatmosphäre. Entzieht sich jemand einseitig der nonverbalen Kommunikation, wie dies durch die Verhüllung des Gesichts geschieht, kann dies für die übrigen Gesprächsbeteiligten verunsichernd wirken. Sie können die Reaktion der verschleierten Person auf ihre Äußerungen nicht einschätzen. Dies kann [...] dazu führen, dass Parteien zurückhaltender in der Äußerung des eigenen Rechtsstandpunktes sind.“²⁴

Sehr anschaulich hat das Erfordernis einer offenen Kommunikation für den Gerichtsprozess auch der damalige Bayerische Justizminister *Winfried Bausback* in einer Plenardebatte des Bundesrates zum Entwurf eines „Gesetzes zum Verbot der Gesichtsverhüllung während der Gerichtsverhandlung“ geschildert: „Kolleginnen und Kollegen, machen Sie einmal die Probe aufs Exempel! Überlegen Sie sich, wie es gewirkt hätte, wenn Kollege *Biesenbach* mit einem [...] Tuch hier vor Ihnen gestanden hätte und Sie sich weder von seiner Mimik noch von seiner Gestik ein Bild hätten machen können. Noch viel mehr gilt dies vor Gericht, wo es um die akribische, gewissenhafte Suche nach Wahrheit geht. [...] Wie soll ein Gericht im Falle einer Verschleierung beurteilen, ob die Zeugin plötzlich rot oder ganz blass wird, ob sie zu schwitzen beginnt oder unsicher in die Richtung eines Dritten blickt? Wie soll das Gericht ein gerechtes Urteil fällen, wenn es seine Erkenntnisse nicht auf Zeugen stützen kann, die es von Angesicht zu Angesicht gesehen und erlebt hat, weshalb es auch keinen Eindruck von der Glaubwürdigkeit hat? Unsere Richterinnen und Richter benötigen und wünschen sich deshalb das ausdrückliche Verbot der Gesichtsverhüllung in Gerichtsverhandlungen.“²⁵

¹⁹ A.A. jedenfalls für den Zivilprozess *Zschieschak*, in: Schmidt, CO-VID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2. Aufl. (2020), § 14 Rn. 72: „Jedenfalls das Tragen eines Mundschutzes beeinträchtigt [...] die Ausübung der Parteirechte nicht, denn eine Kommunikation ist problemlos möglich.“

²⁰ Vgl. auch *Schmoller*, in: GS Mayer-Maly, 2011, S. 439 (456).

²¹ Zutreffend beispielsweise die Verfügung des LG München II v. 2.7.2020 – W5 KLS 64 Js 22724/19, S. 10 f., betreffend die auf 181 Termine angesetzte Hauptverhandlung gegen den ehemaligen Chef der Firma Audi im sog. Diesel-Skandal, abrufbar unter: https://www.justiz.bayern.de/media/images/behoerden-und-gerichte/oberlandesgerichte/muenchen/presse2020/sicherungsverf%C3%BCgung_i._d._strafverfahren_gg_rupert_s._u._3_a._audi_aktuell.pdf (zuletzt abgerufen am 30.9.2020).

²² *Kulhanek*, in: MüKo-StPO, 2018, § 176 GVG Rn. 17: „unverzichtbar“.

²³ Vgl. auch *Wickern*, in: LR-StPO, 26. Aufl. (2010), § 176 GVG Rn. 16, § 178 GVG Rn. 5.

²⁴ BR-Drs. 408/18, S. 5.

²⁵ BR-PIPr. 970, S. 275.

Eine Ausnahme vom Verbot der Gesichtsverhüllung während der Gerichtsverhandlung, z.B. die Gestattung zum Tragen eines MNB „in Zeiten von Corona“, ist daher allenfalls in geprüften und glaubhaft gemachten Einzelfällen möglich. Die Verhüllung des Gesichts von Verfahrensbeteiligten einer Gerichtsverhandlung kann mit der gesetzlichen Regelung des § 176 Abs. 2 GVG nämlich niemals die Regel, sondern stets nur die Ausnahme sein.²⁶ Die Beurteilung des Vorsitzenden bei Prüfung des Ausnahmezustandes hat sich demnach streng an den verbotsbegründenden Schutzzwecken der Ermöglichung der Identitätsfeststellung sowie der Beweiswürdigung zu orientieren und dabei der prozessualen Rolle des jeweiligen Verfahrensbeteiligten hinreichend Rechnung zu tragen.²⁷ „Ausnahmen kommen also in Betracht, wenn im konkreten Fall die Sicherstellung der Identität der Person und der Beweiswürdigung durch die Verhüllung nicht beeinträchtigt ist.“²⁸

Lediglich in diesem tatbestandlich vorgegebenen Rahmen können dann gesundheitliche Gründe des Maskenträgers in der Ermessensausübung des Vorsitzenden zum Tragen kommen. Die ausnahmsweise Gestattung zum Tragen eines MNB setzt damit nicht nur tatbestandlich voraus, dass weder Identitätsfeststellung noch Beweiswürdigung ein unverhülltes Gesicht notwendig machen, sondern auf Seiten der Rechtsfolgen darüber hinaus auch, dass die gesundheitlichen Gründe das allgemeine Erfordernis einer offenen Verhandlungsführung überwiegen.²⁹ „Der Anwendungsbereich für derartige eng auszulegende Ausnahmen dürfte in der Praxis kaum relevant sein, weil die Wahrheitserforschungspflicht regelmäßig vorgeht.“³⁰ Die bloße Berufung auf einen „virusbedingte[n] Ausnahmezustand“ reicht folglich nicht aus,³¹ weil eine – ohne die erforderliche Glaubhaftmachung einer konkreten Gesundheitsgefährdung – lediglich abstrakt behauptete Gesundheitsgefahr die strafprozessuale Wahrheitserforschungspflicht in einem konkreten Fall gewiss nicht überwiegt. Erachtet das Gericht die von der Verhandlung ausgehende Gesundheitsgefahr als auch für im Rahmen eines allgemeinen Lebensrisikos nicht mehr vertretbar, so hat es nicht an eine das Leben gefährdende Verhandlung, sondern schlicht an Vertagung zu denken.

Dabei ist an dieser Stelle ergänzend daran zu erinnern, aus welchem Grund der einstige Gesetzesantrag der Länder Nordrhein-Westfalen und Bayern eine ausdrückliche Ausnahme wegen medizinischer Gründe gerade eben nicht für notwendig erachtete: „Für die in der Praxis seltenen Fälle, in denen solche Gründe für eine Verhüllung des Gesichts angeführt werden mögen [...], bietet das Prozessrecht bereits hinreichende Möglichkeiten, um der jeweiligen Situation angemessen Rechnung zu tragen [...]. Im Falle einer Ausnahmeregelung müsste der Vorsitzende jeweils vor

Beginn der Verhandlung prüfen, ob die medizinische Indikation, etwa durch ein aussagekräftiges (fach-)ärztliches Attest, hinreichend glaubhaft gemacht ist oder nicht. Gerade dieses Konfliktpotential wird durch die Verbotsregelung vermieden.“³²

b) Zur Erlaubnis im Besonderen

Eingedenk des referierten Maßstabes gilt für die einzelnen Verfahrensbeteiligten das Folgende:

aa) Zeugen, Sachverständige und Nebenkläger

Eine ausdrückliche Ausnahmebestimmung zu dem durch den Schutzzweck der Identitätsfeststellung begründeten Verbot der Gesichtsverhüllung während der Hauptverhandlung findet sich in § 68 Abs. 3 S. 3 StPO.³³ Hiernach darf ein Zeuge während der Vernehmung sein Gesicht ausnahmsweise verhüllen, wenn ihm bei Besorgnis von Gefahr für Leben, Leib oder Freiheit für sich oder eine andere Person nach § 68 Abs. 3 S. 1 StPO gestattet wurde, Angaben zur Person nicht zu machen.³⁴ Schon an diesen hohen Hürden ist ersichtlich, dass an die Gestattung einer Verhüllung des Gesichts für Zeugen keine zu geringen Anforderungen zu stellen sind, da eine zu großzügige Erlaubniserteilung die tatbestandlichen Unterschiede zwischen der für alle Zeugen geltenden Bestimmung des § 68 Abs. 1 StPO sowie der nur für wenige Zeugen geltenden Bestimmung des § 68 Abs. 3 StPO nivellieren würde. Dies muss umso mehr gelten, als die Verhüllung des Gesichts nicht nur die Feststellung der Identität verunmöglicht, sondern darüber hinaus auch die Beweiswürdigung erschwert und beschränkt. Schließlich ist der Zeuge grundsätzlich uneingeschränkt zum Erscheinen und zur Aussage im Strafprozess verpflichtet (§ 48 Abs. 1 StPO). Eine Verhüllung des Gesichts während der Vernehmung kommt somit außerhalb des Anwendungsbereichs von § 68 Abs. 3 StPO bzw. vergleichbarer Vorschriften nicht in Betracht. Ein Verstoß dürfte insofern mit der Revision angreifbar sein (§§ 68 Abs. 1, 69 Abs. 1 S. 1, 244 Abs. 2, 261, 337 ggf. i.V.m. § 338 Nr. 8 StPO).³⁵

Eine Ausnahme vom Verbot der Gesichtsverhüllung gemäß § 176 Abs. 2 S. 2 GVG ist für Zeugen folglich grundsätzlich nur vor und nach ihrer Vernehmung – d.h. außerhalb ihrer Mitwirkungspflicht – möglich, da andernfalls insbesondere eine uneingeschränkte Beweiswürdigung bei Vernehmung zur Sache (§ 69 StPO) nicht möglich wäre. Nicht zuletzt im Bereich der Vernehmung des zur Aussage verpflichteten Zeugen liegt schließlich der – bereits referierte – verbotsbegründende Kern des Verbots der Gesichtsverhüllung.³⁶

²⁶ Zutreffend auch *Meßling*, in: Schlegel/Meßling/Bockholdt, COVID-19 – Corona – Gesetzgebung – Gesundheit und Soziales, 2020, § 20 Rn. 67; *Mitsch*, KriPoZ 2020, 99 (101 f.).

²⁷ *Walther*, in: BeckOK-GVG, 8. Ed. (1.8.2020), § 176 GVG Rn. 20a.

²⁸ Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 63. Aufl. (2020), § 176 GVG Rn. 23.

²⁹ BT-Drs. 19/14747, S. 44.

³⁰ BT-Drs. 19/1628, S. 9.

³¹ Undifferenziert a.A. allerdings *Zschieschak*, in: Schmidt (Fn. 19), Rn. 71.

³² BR-Drs. 408/18, S. 5.

³³ Siehe außerdem noch § 10 Abs. 1 S. 3 ZSHG.

³⁴ Mit Recht krit. zu dieser Regelung *Fischer*, JoJZG 2019, 10 f.

³⁵ Vgl. auch Meyer-Goßner/Schmitt, § 176 GVG Rn. 16 unter Hinweis auf Art. 6 Abs. 3 lit. d) EMRK.

³⁶ BT-Drs. 19/14747, S. 43 f., siehe ferner schon *Michael/Dunz*, DÖV 2017, 125 (128 f.); *Nestler*, HRRS 2016, 126 (132 ff.); *Mitsch*, KriPoZ 2020, 99 (101 f.).

Aber auch vor und nach der mitwirkungspflichtigen Vernehmung des Zeugen dürfte ihm die Gestattung zum Tragen einer MNB aus gesundheitlichen Gründen jedenfalls nicht nach § 176 Abs. 2 S. 2 GVG erteilt werden. Zwar droht den beiden verbotsbegründenden Schutzzwecken außerhalb der Vernehmungssituation insofern regelmäßig keine Beeinträchtigung durch Gesichtsverhüllung des Zeugen mehr. Jedoch würde es am Überwiegen des gesundheitlichen Interesses des Zeugen fehlen. Denn die MNB dient nicht vornehmlich dem Selbst-, sondern dem Fremdschutz.³⁷ Ist das Tragen einer MNB jedoch den übrigen Verfahrensbeteiligten nicht gestattet, so käme die individuelle Gestattung zum Tragen einer MNB dem Zeugen selbst bei dieser Sachlage noch nicht einmal mittelbar zugute, sodass es an einem überwiegenden gesundheitlichen Interesse des Zeugen fehlt.

Richtigerweise endet mit seiner Entlassung jedoch bereits die Stellung des Zeugen als eine am Verfahren beteiligte Person, sodass er nicht länger dem Verbot des § 176 Abs. 2 S. 1 GVG unterfällt und folglich als Zuhörer lediglich noch der allgemeinen Sitzungspolizei des Vorsitzenden gemäß § 176 Abs. 1 StPO unterliegt. Insofern gilt das Vorstehende, wonach das Tragen einer MNB mangels überwiegenden Interesses auch bei Beendigung der Mitwirkungspflicht des Zeugen nicht gestattet werden kann, lediglich für den als Zeugen zu vernehmenden oder vernommenen Nebenkläger.³⁸

Für Sachverständige dürfte im Rahmen ihrer strafprozessualen Mitwirkungspflicht im Übrigen dasselbe gelten wie für Zeugen.

bb) Angeklagte

Im Hinblick auf den Angeklagten erscheint die ausnahmsweise Gestattung zum Tragen einer MNB während der Hauptverhandlung zwar etwas weniger bedenklich.³⁹ Allerdings gewährt auch der Grundsatz des *nemo tenetur* kein Recht auf Gesichtsverhüllung.⁴⁰ Schließlich macht es das Erfordernis der Verhängung einer schuldangemessenen Strafe erforderlich, dass sich das Gericht einen persönlichen Eindruck von dem Angeklagten verschafft, da ihm sonst sowohl strafschärfende als auch strafmildernde Umstände entgehen können.⁴¹

cc) Richter und Staatsanwälte

Durch die speziellere Regelung des § 176 Abs. 2 GVG werden für die Zeit der Hauptverhandlung die für (ehrenamtliche) Richter und Staatsanwälte allgemein ohnehin schon geltenden Verhüllungsverbote⁴² mitsamt ihren Ausnahmetatbeständen verdrängt. Eine MNB zum Schutz vor

Infektionskrankheiten⁴³ darf folglich auch von diesem Personenkreis während der Hauptverhandlung nicht unter Berufung auf individuelle gesundheitliche Gründe getragen werden. Denn auch insoweit fehlt es jedenfalls im Rahmen der nach § 176 Abs. 2 S. 2 GVG zu treffenden Ermessensentscheidung am Überwiegen dieser Gründe, nachdem eine MNB nicht dem Selbst-, sondern lediglich dem Fremdschutz dient. Im Übrigen dürften aber regelmäßig auch schon die tatbestandlichen Voraussetzungen dieser Ausnahmegestattung nicht gegeben sein. Letztlich würde die Gesichtsverhüllung bei dem betroffenen Personenkreis die Verteidigung durch die damit bewirkte Störung der Hauptverhandlung in einem wesentlichen Punkt beschränken.⁴⁴ „Schließlich setzt auch eine effektive Verteidigung des Angeklagten in gewissem Maß voraus, die Reaktion der Berufs- und Laienrichter auf bestimmte Prozessvorgänge an deren Mienenspiel ermessen zu können. [...] Die Vorstellung, der Angeklagte würde einer Richterbank aus verummten Personen gegenüber sitzen, die [...] völlig anonym Recht sprechen, erschiene geradezu beängstigend.“⁴⁵ Um nicht zu sagen, kafkaesk. Denn: „Die Kommunikation 'von Angesicht zu Angesicht' ist ein zentrales Element im rechtsstaatlichen Gerichtsverfahren auch dann, wenn der Sachverhalt vollständig aufgeklärt ist und nur noch Rechtsfragen zu erörtern sind.“⁴⁶

dd) Verteidiger und Nebenklagevertreter

Nichts anderes dürfte jedenfalls mangels Selbstschutz beim Tragen einer MNB im Ergebnis auch für Rechtsanwälte in ihrer Beteiligung an der strafprozessualen Hauptverhandlung gelten. Auch für sie gilt letztlich: „Die offene, auch nonverbale Kommunikation ist [...] ein zentrales Element von Gerichtsverhandlungen.“⁴⁷

3. Pflicht zur Gesichtsverhüllung?

Mit dem grundsätzlichen Verbot zur Verhüllung des Gesichts in der Gerichtsverhandlung (§ 176 Abs. 2 S. 1 GVG), von dem nur in sehr engen Grenzen im Einzelfall eine Ausnahme zulässig ist (§ 176 Abs. 2 S. 1 GVG), ist eine durch den Vorsitzenden gegenüber den Verfahrensbeteiligten angeordnete Pflicht zum Tragen einer MNB schlechterdings unvereinbar.⁴⁸ Denn eine solche Pflicht zur Verhüllung wäre (deonto-)logisch das kontradiktorische Gegenteil des Verbots und mithin auch nicht von der dem Vorsitzenden zustehenden Befugnis zur Gestattung einzelner Ausnahmen in der (deonto-)logischen Verbotssphäre gedeckt. Denn die Pflicht zur Gesichtsverhüllung stellt nicht etwa eine zulässige Ausnahme von diesem Verbot im Sinne einer Erlaubnis, sondern eben sein kontradiktorisches Gegenteil außerhalb der Sphäre des

³⁷ Robert-Koch-Institut, Was ist beim Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung in der Öffentlichkeit zu beachten?, Stand: 7.9.2020: „Das Tragen einer MNB trägt dazu bei, andere Personen vor feinen Tröpfchen und Partikeln die man z.B. beim Sprechen, Husten oder Niesen ausstößt, zu schützen (Fremdschutz). [...] Der Eigenschutz durch MNB ist bisher wissenschaftlich nicht belegt.“, online abrufbar unter: https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/NCOV2019/FAQ_Mund_Nasen_Schutz.html (zuletzt abgerufen am 30.9.2020).

³⁸ Vgl. auch BT-Drs. 19/14747, S. 44.

³⁹ Zehetgruber, GVRZ 2020, 24 (Rn. 48).

⁴⁰ Michael/Dunz, DÖV 2017, 125 (129); Schmoller (Fn. 20), S. 439 (443 ff.); a.A. aber Mitsch, KriPoZ 2020, 99 (101).

⁴¹ Vgl. zu solchen mit der Mimik verbundenen Strafzumessungsgründen etwa BGH, NJW 2004, 239 f.

⁴² S.o. unter II.

⁴³ Ausdrücklich als Ausnahme erwähnt zu Art. 75 BayBG in BayLT-Drs. 17/16131, S. 6.

⁴⁴ S.o. unter III. 1. c).

⁴⁵ Schmoller (Fn. 20), S. 439 (457); siehe auch Mitsch, KriPoZ 2020, 99 (100).

⁴⁶ BT-Drs. 19/6287, S. 8.

⁴⁷ BT-Drs. 19/14747, S. 43 f.; a.A. insoweit wohl Mitsch, KriPoZ 2020, 99 (102).

⁴⁸ Zutreffend Meßling, in: Schlegel/Meßling/Bockholdt (Fn. 26), Rn. 67.

Verbots dar. Der Vorsitzende hat nach alledem auf die Einhaltung des Verbots und nicht etwa auf seine Desavouierung hinzuwirken.⁴⁹

Eine Pflicht der Verfahrensbeteiligten zur Gesichtsverhüllung während der Gerichtsverhandlung kann nach geltender Rechtslage daher weder im Grundsatz noch im Einzelfall angeordnet werden. Die teils mit einer solchen Verpflichtung einhergehende Gerichtspraxis „in Zeiten von Corona“⁵⁰ ist somit schlechterdings gerichtsverfassungs- und rechtswidrig. Der Rückgriff auf die Generalklausel des § 176 Abs. 1 GVG ist dem Vorsitzenden nämlich durch die spezielle Regelung in § 176 Abs. 2 GVG verwehrt. Im Übrigen hat der Gesetzgeber auch „in Zeiten von Corona“ offenbar noch keinen Änderungsbedarf gesehen.⁵¹ Selbst bei nachweislich stark infektiösen Verfahrensbeteiligten hat man in Zeiten vor Corona außerdem eine Teilnahme dieser Beteiligten nicht unter Verhüllung, sondern unter besonderen Vorkehrungen der räumlichen Unterbringung im Verhandlungssaal für rechtmäßig erachtet.⁵² Es galt damals noch der Grundsatz, dass es zur Anordnung sitzungspolizeilicher Regelungen eines konkreten Anlasses bedarf, sodass ein allgemeines Misstrauen oder der bloße Verdacht einer Störung insofern noch nicht genügen.⁵³ Die flächendeckende Anordnung zum Tragen einer MNB beruht aber schlechterdings auf nichts anderem als der bloßen Unterstellung einer in der durch die Anordnung verpflichteten Person bestehenden Infektionsgefahr.

Gegen die die Verfahrensbeteiligten verpflichtende Anordnung zum Tragen einer MNB in der Gerichtsverhandlung bzw. eine Verhandlung mit MNB hat die Verteidigung also einen Beschluss des Gerichts gemäß § 238 Abs. 2 StPO herbeizuführen.⁵⁴ Denn mit Blick auf die verbotsbegründenden Schutzzwecke des Verhüllungsverbots betrifft ein solches Vorgehen des Vorsitzenden regelmäßig auch die auf die Beweisaufnahme bezogene Verhandlungsleitung. Das Gericht läuft somit erhebliche Gefahr, in der Revision aufgehoben zu werden, wenn es sich in dem von ihm zu fassenden Beschluss über den Einwand unzulässigen Prozessierens hinwegsetzen sollte. Denn betroffen von diesem Vorgehen sind nicht nur die Wahrheitsermittlung, sondern auch die prozessualen Rechte der Verfahrensbeteiligten, sodass es sich nicht zuletzt auch als unzulässige Beschränkung der Verteidigung entpuppen kann.

Im Übrigen steht dem Gericht eine sitzungspolizeiliche Handhabe gegen den sich des Tragens einer MNB verweigenden Verteidiger oder Nebenklagevertreter gemäß §§ 177-178 GVG nicht zu.⁵⁵ Ob die sitzungspolizeiliche Gewalt nach diesen Vorschriften gegen die darin dagegen allerdings genannten Verfahrensbeteiligten (Nebenkläger, Beschuldigte, Zeugen, Sachverständige) jedoch eine Befugnis des Vorsitzenden bzw. des Gerichts zur gewaltsamen Verhüllung bei Maskenverweigerung in sich schließt, bleibt zweifelhaft. Denn zur Aufrechterhaltung der Ordnung kann das Gericht diese Personen lediglich aus dem Sitzungszimmer entfernen sowie zur Ordnungshaft abführen (§ 177 GVG), sodass etwa im Falle des Angeklagten ohne ihn zu verhandeln wäre, soweit die übrigen Voraussetzungen dafür gegeben wären (§ 231b Abs. 1 StPO).⁵⁶ Eine gewaltsame Verhüllung sieht die Vorschrift des § 177 GVG also ebenso wenig vor wie die des § 178 GVG. Denn nach dieser Vorschrift ist bei Ungebühr lediglich die Verhängung von Ordnungsgeld oder Ordnungshaft vorgesehen, nicht aber die Zwangsmaskierung. Sie müsste also lediglich – zweifelhaft – auf § 176 Abs. 1 GVG gestützt werden.

IV. Strafverteidigung mit offenem Visier

Die vorstehenden Überlegungen zeigen, dass die mitunter wohl aus überbordender Angst und teils auch aus Hysterie ergriffenen Schutzmaßnahmen gegen SARS-CoV-2/COVID-19 bereits jetzt eine Erosion des Strafverfahrens sowie der Gerichtsverfassung zur Folge haben. Denn jedenfalls noch Ende letzten Jahres – 2019 – erschien es dem Gesetzgeber offenbar völlig undenkbar, dass eine strafprozessuale Hauptverhandlung *lege artis* unter verhüllten Verfahrensbeteiligten geführt werden könnte. Strafverteidigung mit offenem Visier kann daher in diesen Tagen nicht nur eine engagierte Verteidigung des Beschuldigten, sondern auch eine solche der Grundfesten unseres Strafverfahrens sowie der Gerichtsverfassung leisten, und zwar, indem sie *contra legem* prozessierende Spruchkörper gelegentlich an noch immer geltendes Prozessrecht erinnert. Dabei bleibt jedoch abzuwarten, ob sich der Gesetzgeber dem Erfordernis einer offenen Verhandlungskultur im Strafprozess nicht doch noch „pandemiebedingt“ – bei nächstbesten sich ihm bietender Gelegenheit einer allfälligen „Modernisierung“ – kurzerhand entledigt. In diesem Sinne gilt: Wehret den Anfängen!

⁴⁹ Dies verkennt die Autorenphalanx, die gegenwärtig einer gesetzlichen Möglichkeit zur Anordnung einer Pflicht zum Tragen einer MNB das Wort zu reden sucht: *Deuring*, GVRZ 2020, 22 (Rn. 57); *Rau*, in: Schmidt, COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2. Aufl. (2020), § 19 Rn. 86; *Windau* (Fn. 13); *Zehetgruber*, GVRZ 2020, 24 (Rn. 48); *Zschieschak*, in: Schmidt (Fn. 26), Rn. 71.

⁵⁰ Frühzeitig ist z.B. der Fall eines Hagener Amtsrichters bekannt geworden, dessen Anordnung *auf der Heiden*, NJW 2020, 1023 (1024) mit Recht als „reichlich überzogen“ bezeichnet hat.

⁵¹ So fehlt etwa eine Neuregelung des § 176 Abs. 2 GVG im sog. Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht vom 27.3.2020, BGBl. I 2020, S. 569.

⁵² Siehe Kissel/Mayer, GVG, 9. Aufl. (2018), § 176 Rn. 15.

⁵³ *Kulhanek*, in: MüKo-StPO, § 176 GVG Rn. 14.

⁵⁴ "Unzulässig und nicht zur Entscheidung anzunehmen ist dagegen eine unmittelbar gegen die Anordnung erhobene Verfassungsbeschwerde eines Prozessbevollmächtigten für seine eigene Person aus Art. 12 Abs. 1 GG: *BVerfG*, Beschl. v. 28.9.2020 – 1 BvR 1948/20."

⁵⁵ Eine gesetzlich nicht vorgesehene Ausnahme hiervon betraf aber den Fall eines Rechtsanwalts, der 1934 beim *RG* den „deutschen Gruß“ verweigert hatte, Kissel/Mayer, § 176 Rn. 41 m.w.N.; zum Problem auch *Kirch-Heim*, NSTZ 2014, 431 ff.; zur Gefahr einer „Maulkorb“-Regelung schon *Knapp*, AnwBl 1975, 372 (377).

⁵⁶ Es droht dabei der absolute Revisionsgrund aus § 338 Nr. 5 (i.V.m. §§ 230 Abs. 1, 231b Abs. 1 S. 1) StPO.

AUSLANDSBEITRAG

Analyse über das Phänomen des Betrugs von besonderer Art in Japan Kriminologische und dogmatische Untersuchung über die Aufgabe in der heutigen Gesellschaft

von Prof. Akihiro Onagi*

Abstract

In diesem Beitrag skizziert der Autor überblicksweise das soziale Problem des Betrugs von besonderer Art in Japan. Dieses neue Betrugsphänomen wird dabei sowohl von der kriminologischen als auch von der dogmatischen Hinsicht beleuchtet. Insbesondere die zunehmende Alterung der Bevölkerung und der Konzentration des Reichtums auf diese Gruppe der Älteren bildet den Bezugspunkt für dieses moderne Kriminalitätsfeld. Die neuere Rechtsprechung offenbart zugleich die dogmatischen Schwierigkeiten dieses Problembereiches.

In this issue the author intends to outline the overview of the social problem of special fraud in Japan. Then, this problem will be dealt with from both a criminological and a criminal-theoretical aspects. In particular, it has the criminal case also shows the difficulty of interpretation of criminal law on this problem area.

I. Einleitung

Den Lesern ist sicherlich bekannt, dass der weltweite Einfluss der deutschen Strafrechtswissenschaftler groß ist. Dies wird durch die Vielzahl der ausländischen Teilnehmer bei der deutschsprachigen Strafrechtslehrtagung bestätigt, denen die dortige Diskussion über Dogmatik und Gesetzgebung für ihr Heimatland wichtig erscheint. Japan ist auch eines jener Länder, die durch die deutsche Strafrechtswissenschaft nachhaltig beeinflusst sind. Der Autor hat bereits in mehreren wissenschaftlichen Beiträgen diesen Anknüpfungspunkt erläutert. Besonders wurde in seinem Beitrag „Auslegung als eine Bekämpfungsmethode Antisozialer Organisationen im Rahmen des Betrugstatbestandes in Japan“ in der Festschrift für Franz Streng im Jahre 2017 geschildert¹, dass der Schadensbegriff im japanischen Betrugstatbestand doch anders interpretiert wird als in Deutschland, trotz der sehr ähnlichen gesetzgeberischen Struktur: Hierbei wird das Interesse des Verkäufers im großen Umfang berücksichtigt, dass er – konkret gesagt – auf keinen Fall mit einem Mitglied der Antisozialen-Organisation den Kaufvertrag abschließen will. Im Ergebnis kann der Schaden bereits angenommen werden, wenn der Käufer seine Mitgliedschaft in solch einer Organisation verheimlicht hat, obwohl die Leistung

voll bezahlt wird. Dies ist auch eine Methode zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität, deren Bekämpfung beide Staaten vor eine unübersichtliche Aufgabe stellt und die industrialisierten Staaten am schwersten belastet.

In der vorliegenden Arbeit soll die Problematik des Betruges in Bezug auf ein besonderes Kriminalitätsphänomen interessieren, welches heutzutage gesellschaftlich, sowohl in Deutschland als auch in Japan, sehr problematisch ist: der sog. „Betrug von besonderer Art“. Hierbei handelt es sich um eine Begehungsform, in welcher der Täter das Opfer typischerweise telefonisch täuscht und das Opfer dem Täter Geld gibt. Ein typischer Fall ist der „Enkeltrick“. Jedoch sind die Begehungsformen sehr unterschiedlich und mannigfaltig. Im Folgenden wird zunächst das Phänomen des Betruges, dann die neuere Rechtsprechung in der japanischen Judikatur und schlussendlich die kriminalpolitische Aufgabe erläutert.

II. Kriminologische Analyse

1. Wandel der Anzahl der Betrugstaten in der Kriminalstatistik

§ 246 des Japanischen Strafgesetzbuches von 1907 regelt den Betrug wie folgt:

„Wer durch Täuschung einen anderen veranlasst, ein Vermögensstück zu übergeben, wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft. Das gleiche gilt auch für denjenigen, der auf die im obigen Absatz erwähnte Weise sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil verschafft.“²

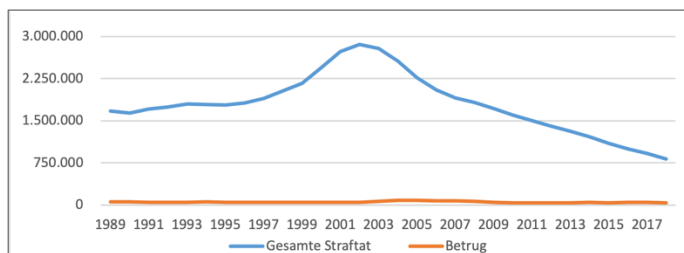
Außerdem regelt § 246 bis Jap. StGB den sog. Computerbetrug, in dem die Datenverarbeitung manipuliert wird.

Nach der japanischen Kriminalstatistik stellen Betrugstaten etwa 3% aller erfassten Straftaten dar (ausgenommen sind Straßenverkehrsdelikte). Die folgende Grafik zeigt den Wandel aller erfassten Straftaten (ausgenommen Straßenverkehrsdelikte) und des Betruges seit dem Jahr 1989.

* Prof. Onagi ist ordentlicher Professor für Strafrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Hokkaido, Sapporo, Japan.

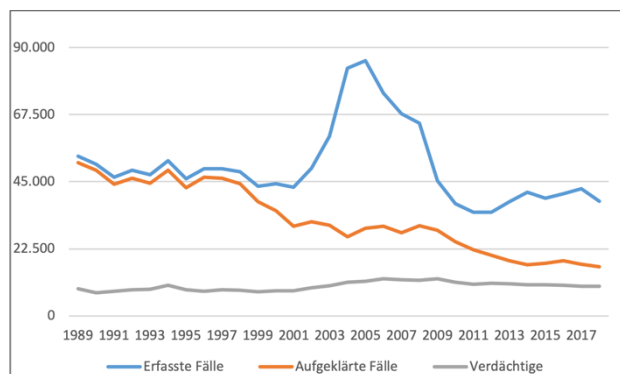
¹ Onagi, in: FS Streng, 2017, S. 717.

² Nach der Übersetzung in: Saito/Nishihara, Das abgeänderte japanische Strafgesetzbuch vom 10. August 1953, Sammlung außerdeutscher Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung Nr. 65, 1954, S. 35.



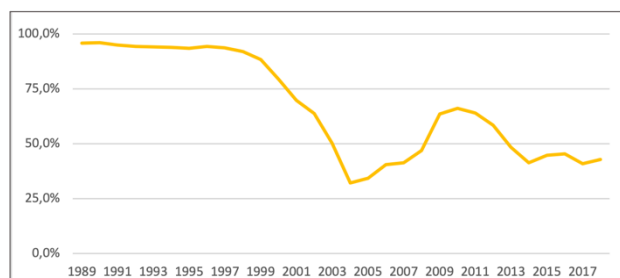
Grafik 1: Erfasste Fälle der gesamten Straftaten und des Betrugs (Quelle: Japanische Kriminalstatistik 2019)

Wenn man jedoch den Wandel des Betruges selbst genau betrachtet, fällt auf, dass die erfassten Fälle der Betrugs-taten ab 2004 deutlich vermehrt auftreten und die aufgeklärten Fälle eindeutig gesunken sind.



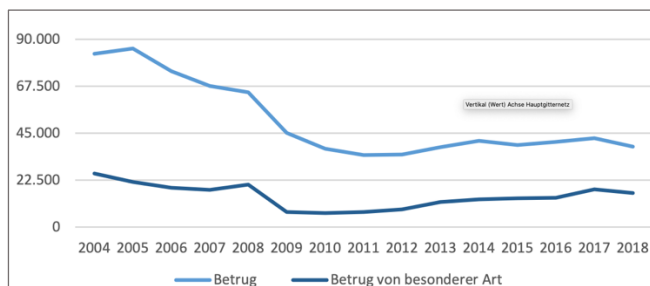
Grafik 2: Erfasste und aufgeklärte Fälle des Betrugs und die Anzahl der Verdächtigen (Quelle: Japanische Kriminalstatistik 2019)

Insbesondere zwischen 2004 bis 2008 war die Aufklärungsquote sehr schlecht (Grafik 3). Gerade in dieser Zeit ist der „Betrug von besonderer Art“ ein großes Problem geworden und wurde vielfach in der Berichterstattung der Massenmedien aufgegriffen. Die japanische Kriminalstatistik führt dieses Kriminalphänomen seit dem Jahr 2004 gesondert auf. Somit ist ein zahlenmäßiger Vergleich zwischen dem klassischen Betrug und dem „modernen“ Betrug möglich.



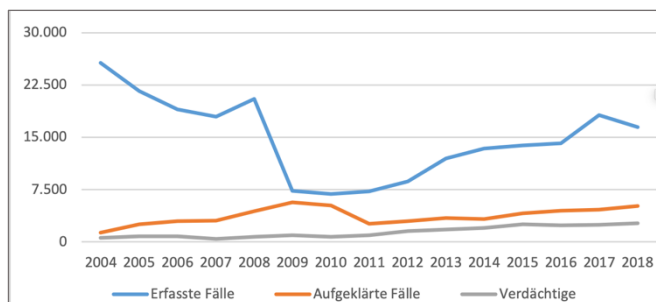
Grafik 3: Aufklärungsquote (Quelle: Japanische Kriminalstatistik 2019)

Grafik 4 zeigt beide Betrugstypen im quantitativen Vergleich. Hieraus lässt sich ersehen, dass der Betrug von besonderer Art relativ zur Gesamtzahl des klassischen Betruges immer bedeutsamer geworden ist, d.h. der Anteil des betrugsstrafrechtlichen Sondertypus hat sich im Rahmen der gesamten Betrugsfälle seit etwa 10 Jahren erheblich vergrößert.

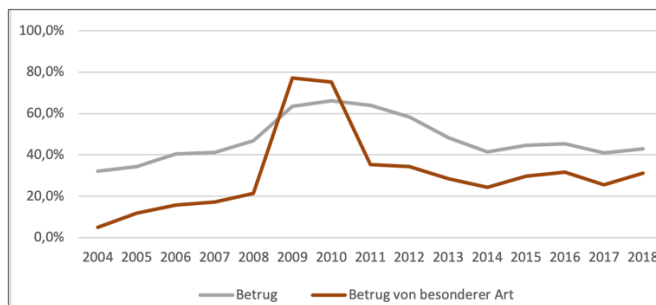


Grafik 4: Erfasste Fälle des Betrugs und des Betrugs von besonderer Art (Quelle: Japanische Kriminalstatistik 2019)

Inzwischen ist die Polizei bereit, auf diese Art von Kriminalität zu reagieren. Zu Beginn war die Anzahl der erfassten Fälle sehr hoch, aber durch die Kampagne der Massenmedien ging die Verbreitung der Kriminalität zurück und es wurden viele Fälle aufgrund erhöhter Anstrengungen der Ermittlungsbehörde aufgeklärt (Grafik 5). Trotzdem ist aufgrund der steigenden Raffinesse der Betrugs-maschinen die Kluft zwischen den Zahlen der erfassten und aufgeklärten Fälle noch groß. Die Aufklärungsquote der Betrugs-taten dieser Art ist im Vergleich mit dem klassischen Betrug generell deutlich niedriger. Eine Ausnahme stellen hier einzig die Jahre 2009 und 2010 dar (Grafik 6).

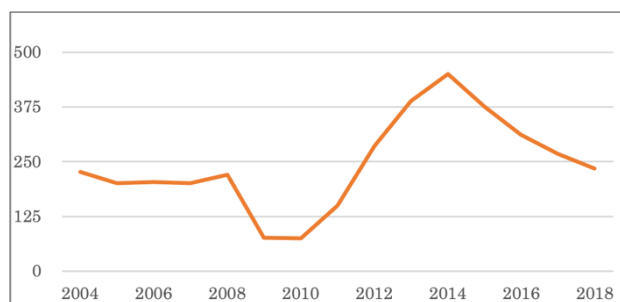


Grafik 5: Erfasste und aufgeklärte Fälle und die Anzahl der Verdächtigen (Quelle: Japanische Kriminalstatistik 2019)



Grafik 6: Aufklärungsquote (Quelle: Japanische Kriminalstatistik 2019)

Blicken wir nun auf die Schadenssumme: Diese ist zwar in den Jahren 2009 und 2010 relativ zum vorherigen Stand gesunken, doch ist das Niveau noch immer hoch (Grafik 7). Das Opfer gibt typischerweise bei dem vor der Pforte stehenden Boten Bargeld in Höhe von 50.000 Euro ab.



Grafik 7: Schadenssumme in Millionen Euro (Quelle: Japanische Kriminalstatistik 2019)

2. Neuere Situation um den Betrug von besonderer Art

Bis jetzt ist hier in diesem Aufsatz nur die Bezeichnung „Betrug von besonderer Art“ verwendet worden. Hinter dieser Kollektivbezeichnung verbirgt sich eine Vielzahl unterschiedlichster Betrugsarten. Die Japan Police Agency (nationale Polizei) definiert diesen Sonderbereich des Betruges dahingehend, dass der Täter das Opfer durch ein Telefongespräch o.Ä. täuscht und es dann etwa zu einer Überweisung auf ein bestimmtes Konto verleitet und der Täter schließlich das Geld annimmt.³ Hierbei ist zu beachten, dass in diese Kategorie der Diebstahl mit eingerechnet wird: Der Täter tauscht die Bankkarte des Opfers mithilfe eines Tricks gegen eine schon vorbereitete falsche Karte aus. Dieser Typus des Betruges ist seit etwa drei Jahren sehr verbreitet.⁴

	Erfasste Fälle	Aufklärung	Verdächtige	Aufklärungsquote	Schadenssumme Mio. Euro
Gesamt	16,496	5,159	2,686	31.3	234
Betrug durch falsche Mitteilung	16,314	5,026	2,609	30.8	228
Sog. Einzeltrick	9,145	3,401	1,904	37.2	103
Rechnungsbetrug	4,844	1,271	626	26.2	102
Betrug zur Darlehensgarantie	421	167	30	39.7	5
Betrug zur Rückvergütung aus Behörde	1,904	187	49	9.8	18
Andere	182	133	77	73.1	6

Tabelle 1: Statistik in Bezug auf den Betrug von besonderer Art im Jahr 2018 (Quelle: Japanische Kriminalstatistik 2019)

Wie die Tabelle 1 zeigt, ist der sog. Einzeltrick in quantitativer Betrachtung eine bedeutsame Begehungsform. Der Rechnungsbetrug wird heutzutage hauptsächlich via Internet begangen.

3. Senioren als Opfer

Bekanntlich ist Japan, wie die westeuropäischen Staaten, ein Land mit einer überalterten Bevölkerung. Die Alterspyramide von Japan bildet eine Zwiebelform bzw. Urnenform. Die Alterung der Bevölkerung setzt sich immer weiter fort. Nach der Angabe der Bank of Japan, also der jap. Zentralbank, beläuft sich die Gesamtsumme der individuellen Vermögen auf 1500 Billionen Euro. 80 Billionen Euro davon sind Bargeld in Privathaushalten⁵, 450 Billionen Euro sind Spargelder und 390 Billionen Euro sind Festgelder bei der Bank.⁶ Der größte Teil dieser Finanzaktiva gehört Senioren. Nach der Angabe des Symposiums über FinTech im Sept. 2019 besitzt die Altersgruppe über 65 Jahre 50 % davon, und die Altersgruppe über 55 Jahre sogar 72 %.⁷

Entsprechend bilden die Senioren ein attraktives Ziel für Straftäter. Tabelle 2 zeigt die Statistik in Bezug auf den Betrug von besonderer Art. Als Senioren gelten hierbei alle Personen der Altersgruppe von über 65 Jahren. Bei einer näheren Betrachtung wird deutlich, wie häufig die Senioren Opfer eines solchen Betruges werden.

	Erfasste Fälle	Opfer im Seniorenalter	Quote
2013	11,998	9,294	77.5%
2014	13,392	10,573	79.0%
2015	13,824	10,641	77.0%
2016	14,154	11,062	78.2%
2017	18,212	13,196	72.5%

Tabelle 2: Opferstatistik in Bezug auf den Betrug von besonderer Art (Quelle: Japanische Kriminalstatistik 2019)

Im polizeilichen „White Paper 2020“ wird unter dem Stichwort „Alterung und polizeiliche Aktivität“ geschildert, dass die erfassten Fälle und die entstandene Schadenssumme des Betrugs von besonderer Art im hohen Bereich liegt, etwa 80 % der Opfer Senioren sind und die Bekämpfung eine dringende Aufgabe ist, während die Alterung der Bevölkerung sich weiter fortsetzt.⁸ Die Polizei führt eine Aufklärungskampagne mit Betonung auf eine Verstärkung der Familienbindung durch.⁹

III. Dogmatische Analyse

Der Betrug von besonderer Art beinhaltet mehrere dogmatische Problematiken im Rahmen des Strafrechts wie z.B. Versuchsbeginn, untauglicher Versuch, Vorsatz, Teilnahme usw. Im folgenden Teil werden einige Judikate aus der neueren Rechtsprechung vorgestellt und kurz kommentiert.

³ <https://www.npa.go.jp/safetylife/sci/ki31/ruiki.html> (zuletzt abgerufen am 12.10.2020).

⁴ Zum konkreten Fall siehe unten III. 4.

⁵ Dies wird in Japan als „Schrankspargeld“ bezeichnet.

⁶ <https://www.boj.or.jp/statistics/sj/sj.htm> (zuletzt abgerufen am 12.10.2020).

⁷ <https://lovetechn-media.com/eventreport/20190920finsum08/> (zuletzt abgerufen am 12.10.2020).

⁸ Auch in der Schweiz sind Telefonbetrüger als falsche Polizisten aktiv. Siehe dazu: https://www.blick.ch/news/schweiz/telefonbetrueger-wollte-an-ihr-geld-zuercher-rentnerin-serviert-falschen-polizisten-ab-id16039640.html?fbclid=IwAR0ybe9spUVSb5JN_sfzOFzcSv5Sn62fMfbjzad0OLnJap-BVP0FuR1LSsM (zuletzt abgerufen am 12.10.2020).

⁹ Jap. Polizeiliches White Paper 2020, S. 1.

1. Versuchsbeginn¹⁰

In der Entscheidung des *Jap. Obersten Gerichtshofs* vom 22.3.2018¹¹ wird die Frage aufgeworfen, ob mit der Tausführung des Betrugs bereits begonnen wurde, obwohl von dem Opfer noch kein Geld gefordert wurde. Dem lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Am 8.6.2016 übergab das Opfer dem sich als Arbeitskollegen des Neffen vorstellenden Unbekannten Bargeld in Höhe von 1 Millionen Yen, also etwa 80.000 Euro, nachdem der sich als Neffe des Opfers ausgebende Unbekannte das Opfer telefonisch davon überzeugt hatte, das Bargeld für sein Geschäft dringend zu benötigen. Am nächsten Tag rief der sich als Polizist ausgebende Unbekannte das Opfer an und erzählte, dass er einen Verdächtigen am Bahnhof festgenommen habe und dieser ihm den Namen des Opfers mitgeteilt habe. Dieser falsche Polizist fragte nun das Opfer, ob es gestern betrogen worden sei. Weiter sagte er dem Opfer, dass es besser wäre, alle Gelder vom Bankkonto abzuheben, und er bat das Opfer, mit ihm zusammenzuarbeiten, um den Täter festzunehmen und die bereits bezahlte 1 Millionen Yen zurückzuholen. Am Abend wies der Unbekannte den Angeklagten an, das Bargeld vom Opfer anzunehmen und dabei die Rolle des Kommissars zu spielen. Er wurde jedoch von einem Polizisten festgenommen, noch bevor er an der Wohnung des Opfers ankam.

Das *LG Nagano* hat den Angeklagten wegen des versuchten Betruges mit der festgestellten Tatsache verurteilt, dass zusätzlich zur oben genannten Tatsache das Opfer geglaubt hat, in seinem Telefonat als Gesprächspartner einen echten Polizisten vor sich zu haben und seiner Anweisung Folge leisten zu müssen. In dem vorliegenden Sachverhalt hat das Opfer das Geld von dem Konto abgehoben. Demgegenüber hat das *OLG Tokio* das Urteil der 1. Instanz aufgehoben und den Angeklagten freigesprochen, weil die Täuschungshandlung sich auf die Verfügung richten muss, hier aber die Anweisung zur Abhebung des Geldes von dem Konto nur als eine Forderung zur Vorbereitung der Verfügung zu klassifizieren sei, jedoch keine Forderung der Verfügung als solche darstelle. Folglich liege hier keine Täuschung vor und mithin auch keine gegenwärtige konkrete Gefahr eines Schadens. Der *Oberste Gerichtshof* hat jedoch den Freispruch der 2. Instanz aufgehoben und die Folgerungen der 1. Instanz beibehalten mit der folgenden Begründung:

„Das Erzählen von mehreren Lügen ist im Rahmen des Tatplans mit der Absicht ausgeführt worden, das Opfer zu täuschen, das Bargeld abzuheben und dies dem sich als Polizisten ausgegebenen übergeben zu lassen. Der Inhalt der Lügen ist eine elementare Voraussetzung im Hinblick auf die Übergabe des Geldes. (...) Schon in der Phase, in der diese Serienlügen dem Opfer unterbreitet worden sind,

wurde mit der Ausführung des Betrugs begonnen, obwohl hier keine konkrete Forderung bzgl. der Verfügung des Geldes vorlag.“

Hier hat der *Oberste Gerichtshof* klargestellt, dass nicht erst in der konkreten unmittelbaren Täuschung zur Verfügung, sondern schon in der Reihe von vorbereitenden Täuschungen der Versuchsbeginn anzunehmen ist. Schon die im Telefongespräch liegende Täuschung ist danach der maßgebliche Moment des Ansetzens.

2. Strafbarkeit des Teilnehmers im Rahmen der Lockstrategie

Der Beschluss des *Japanischen Obersten Gerichtshofs* vom 11. Dezember 2017¹² hat die Strafbarkeit des versuchten Betruges des Teilnehmers zum Gegenstand, nachdem die Ermittlungsbehörde die sog. „Lockstrategie“ ausgeführt hat:

Der Unbekannte C versuchte den O zu täuschen, indem er diesem vorspielte, dass O aufgrund einer vertragswidrigen Handlung gegenüber A Schulden in Höhe von 1,5 Millionen Yen, also etwa 12.000 Euro, habe und diese nun zu begleichen seien. Jedoch entlarvte O diese Lüge und beriet sich mit der Polizei, die nunmehr eine Lockstrategie entwarf. In deren Umsetzung schickte O, in Absprache mit der Polizei, das leere Paket, also ohne Geld, an die angewiesene Adresse ab. Der Angeklagte X wusste nicht, dass dies Teil einer polizeilichen Lockstrategie war. Er wurde erst nach der Absendung des Pakets von C entgeltlich beauftragt, das Paket anzunehmen, in dem Bewusstsein, dass es möglicherweise eine Beute des Betrugs ist. Tatsächlich erhielt der Angeklagte X das Paket.

Das *LG Fukuoka* sprach den Angeklagten mit der Begründung frei, dass die Kausalität zwischen Täuschung und Verfügung (Abgabe des Pakets) nicht bestehe und ein Betrug daher nicht bejaht werden könne. Demgegenüber hat das *OLG Fukuoka* den Angeklagten mit der Begründung schuldig gesprochen, dass ein durchschnittlicher Mensch die hier ausgeführte Lockstrategie nicht erkennen konnte, somit dieser Umstand für die Gefährlichkeit nicht mitberücksichtigt werden dürfe und deswegen die Gefährlichkeit des Betrugs doch anzunehmen sei.

Der *Oberste Gerichtshof* hat die Revision des Verteidigers abgelehnt und folgendes beschlossen: „Nach der Täuschung eines Teilnehmers hat der Angeklagte aufgrund der Verschwörung mit anderen durch die Annahme des Pakets im Rahmen des gesamten Tatplans teilgenommen, ohne sich der polizeilichen Lockstrategie dabei bewusst zu sein. Unabhängig von der Ausführung der Lockstrategie ist der Angeklagte wegen der Teilnahme des versuchten Betrugs inklusive der unbeteiligten Vortat schuldig.“

¹⁰ Zum gesamten Problem des Tatbeginns in der japanischen Judikatur in deutscher Sprache siehe: *Yamanaka*, Einführung in das japanische Strafrecht, 2018, S. 250.

¹¹ *OGH Keishu*, Bd. 72, Nr. 1, S. 82. Zum englischen Text siehe: https://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=1574 (zuletzt abgerufen am 12.10.2020); siehe auch *Yamanaka* (Fn. 10), S. 351 Fn. 38.

¹² *OGH Keishu*, Bd. 71, Nr. 10, S. 535. Zum englischen Text siehe: https://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=1556 (zuletzt abgerufen am 12.10.2020).

Hier handelt es sich um die Strafbarkeit des versuchten Betrugs im Rahmen der sog. Lockstrategie. Noch genauer betrachtet gibt es hierbei zwei Probleme, um eine Strafbarkeit zu bejahen: die sukzessive Teilnahme und die Strafbarkeit im Rahmen der Lockstrategie. Die h.M. nimmt an, dass der Angeklagte den irrumbefangenen Zustand des A ausgenutzt und das Paket im Bewusstsein des möglichen Betrugs angenommen hat, so dass hier die sukzessive Teilnahme anzunehmen ist.¹³ Der OGH hat dagegen das zweite Problem zwar nicht erörtert, jedoch anscheinend die Strafbarkeit als Selbstverständlichkeit angesehen.

3. Feststellung des Vorsatzes durch die Umstände

a) Entscheidung des Japanischen Obersten Gerichtshof vom 11.12.2019¹⁴

Die Schwerpunkte sind hier der Vorsatz und die Verschwörung, wenn der Angeklagte das gelieferte Paket des Opfers angenommen hat und weiter an den Auftraggeber verschickt.

Der Angeklagte hat die Aufgabe, als Empfänger das Paket anzunehmen. Er wurde jedoch von G beauftragt, zum angewiesenen unbewohnten Zimmer des Wohnhauses zu gehen, dort als Bewohner das Paket anzunehmen und es zu einem anderen Ort zu transportieren. Nach Angaben des Angeklagten gibt es noch weitere Personen, welche die Pakete abholen oder vor dem Zugriff der Polizei beschützen sollen, dass das versprochene Honorar jeweils 100.000 bis 150.000 Yen (etwa 800 bis 1.200 Euro) betrage und die Gefahr bestehe, von der Polizei festgenommen zu werden. Der Angeklagte ist nach der jeweiligen Anweisung zu verschiedenen unbewohnten Zimmern der Wohnhäuser gegangen, hat jeweils unter verschiedenen Namen Pakete angenommen und diese an dem angewiesenen Ort abgelegt oder es einer weiteren Person übergeben. Das tatsächliche Honorar war jeweils nur 10.000 Yen, also etwa 80 Euro und etwa 2.000 Yen, also etwa 16 Euro, als Kostenerstattung für die Fahrt mit den öffentlichen Verkehrsmitteln.

Das LG Kagoshima hat den Vorsatz des Angeklagten und eine Verschwörung angenommen, und ihn somit wegen des Betruges verurteilt. Das OLG Fukuoka verneinte dagegen die beiden Punkte und sprach den Angeklagten frei. Der Oberste Gerichtshof hat jedoch die Berufung als unbegründet verworfen und damit die Schlussfolgerung der 1. Instanz bestätigt:

„Der Angeklagte ist nach der Anweisung des G zum unbewohnten Zimmer gegangen, hat als Empfänger das zu liefernde Paket angenommen und einer weiteren Person übergeben. Zudem hat der Angeklagte an jeweils verschiedenen Orten und als jeweils verschiedene Empfänger mehrmals Pakete angenommen, jedes Mal das Honorar von 10.000 Yen erhalten und war sich folglich dessen bewusst, an einer Straftat teilzunehmen. Dies genügt um da-

von ausgehen zu können, dass der Angeklagte sich darüber im Klaren war, dass die Pakete im Rahmen von Straftaten geliefert wurden und er davon ausgehen konnte, dass er an einer solchen Straftat teilnimmt, unabhängig davon, ob eine solche Masche durch Massenmedien in der Gesellschaft bekannt geworden ist oder nicht. (...) Es gibt ferner keine plausiblen Argumente, die gegen eine Kenntnis über die Umstände sprechen. (...) Es ist folglich anzunehmen, dass der Angeklagte sich mit der Teilnahme an einem Betrug abgefunden hat. Es fehlt ihm entsprechend nicht am Vorsatz, und eine Verschwörung mit den Mittätern ist anzunehmen.“

b) Entscheidung des Japanischen Obersten Gerichtshof vom 14.12.2019¹⁵

Auch hier ist das Hauptthema der Vorsatz und die Verschwörung für eine Fallkonstellation, in welcher der Angeklagte das gelieferte Paket vom Opfer annahm und weiter an den Auftraggeber verschickte.

Der Angeklagte wurde von C gebeten, die gelieferten Pakete anzunehmen und es dem Mofa-Kurier zu übergeben. C versprach dem Angeklagten als Honorar 5.000 bis 10.000 Yen (etwa 40 bis 80 Euro) für jedes Paket. Der Angeklagte hatte aber Bedenken, ob dieses Angebot des C in Verbindung mit einer Straftat steht und befragte ihn deshalb über den Inhalt der Pakete. C erwiderte, dass es nur Zeitschriften, Unterlagen und ähnliches enthalte und die Arbeit absolut legal sei. Der Angeklagte nahm diesen Auftrag dann an, nachdem er wegen seiner angespannten finanziellen Situation Geld verdienen wollte. Er erhielt von C die Daten für das Postfach, einige Kopien von Führerscheinen als Identitätsnachweise und das Prepaid-Handy, verbunden mit der Anweisung, dieses Handy für den jeglichen Kontakt zu gebrauchen. Kurz vor der Lieferung sollte er den Anruf von der anweisenden Person bekommen, das Paket aber nicht öffnen. Der Angeklagte erhielt schließlich nach Anweisung von C und einer anderen Person zu verschiedenen Tagen jeweils ein Paket, das er der anweisenden Person meldete und 5 Min. später einem vorbeikommenden Mofa-Kurier übergab. Dafür erhielt er, wie vereinbart, einige Tage später von C das Honorar.

Das LG Chiba hat den Vorsatz des Angeklagten und eine Verschwörung angenommen und ihn somit wegen des Betrugs schuldig gesprochen. Das OLG Tokio verneinte dagegen den Vorsatz und sprach den Angeklagten frei. Der Oberste Gerichtshof verwarf schließlich die Berufung als unbegründet und bestätigte damit die Schlussfolgerung der 1. Instanz mit folgender Begründung:

„Mehrere Male hat der Angeklagte im Auftrag des C das gelieferte Paket als Empfänger angenommen, dieses danach sofort an eine weitere Person übergeben und dafür ein hohes Honorar erhalten. Allein diese Tatsache rechtfertigt die Annahme, dass die Ausführung des Auftrages des C für eine Mittäterschaft ausreicht und der Angeklagte auch erkannt hat, dass die Möglichkeit besteht, an einem sol-

¹³ So Tadaki, Besprechung zu wichtigen Rechtsprechungen, Jurist, Jg. 2019, Nr. 1531, S. 153.

¹⁴ OGH Keishu, Bd. 72, Nr. 6, S. 672.

¹⁵ OGH Keishu, Bd. 72, Nr. 6, S. 737.

chen Betrug teilzunehmen. (...) Es gibt ferner keine plausiblen Argumente, die gegen eine Kenntnis über die Teilnahme an der Straftat sprechen. (...) Dem Sachverhalt entsprechend ist festzustellen, dass der Angeklagte im Bewusstsein der möglichen Teilnahme an einer Straftat das Paket angenommen hat. Ihm fehlte es folglich nicht an einem Vorsatz, und es war eine Verschwörung mit dem Mittäter anzunehmen.“

In beiden Fällen geht es um die Feststellung des Vorsatzes. Dafür muss zumindest *dolus eventualis* vorliegen. Es ist jedoch schwierig, dem Mittäter einen solchen Vorsatz nachzuweisen, der nur das Paket annimmt und dessen Inhalt nicht kennt. Der *OGH* hat hierbei die Besonderheiten der Tatumstände betont und den Angeklagten für schuldig befunden. Dabei hat der *OGH* geprüft, ob es weitere Umstände gibt, die das Indiz ausschließen könnten.

4. Unterscheidung zwischen Diebstahl und Betrug

Seit etwa drei Jahren ist ein neuer Typus des Betruges von besonderer Art sehr verbreitet. Die generelle Methode läuft wie folgt ab: Der Täter gibt sich telefonisch fälschlicherweise als Polizist bzw. Bankangestellter aus und teilt dem Opfer mit, dass seine Bankkarte missbraucht wurde und er nun bei dem Opfer zu Hause vorbeikommen würde. Der falsche Polizist bzw. der falsche Bankangestellte bittet das Opfer, die Bankkarte und einen Zettel mit der notierten Geheimzahl in einen Umschlag zu stecken und zu Hause sicher aufzubewahren. Zusätzlich bittet er das Opfer, dessen persönliches Siegel mitzubringen, um den Umschlag aus Sicherheitsgründen zu versiegeln. Im Moment der kurzen Abwesenheit des Opfers tauscht der Täter diesen Umschlag mit einem äußerlich gleichen, aber inhaltlich abweichenden Umschlag aus. Das Opfer wird die Tat erst später bemerken, wenn es die neue gesicherte Karte tatsächlich gebrauchen möchte.

Bei der Entscheidung des *Landgerichts Osaka* vom 10.10.2019¹⁶ geht es um die Unterscheidung zwischen Diebstahl und Betrug. Dabei hat sich der Angeklagte telefonisch als Polizist bzw. als Beamter des Finanzamts ausgegeben, bei seinen Opfern die Sorge vor einem möglichen Verlust ihrer Spargelder hervorgerufen und ihr Vertrauen gewonnen. Der von dem Angeklagten angewiesene Mittäter hat daraufhin die Wohnung der Opfer besucht und unter diesem Vorwand versucht, die Bankkarte und die vom Täter mitgebrachte Falschkarte auszutauschen. In diesem Fall war der Mittäter schon vor dem Eintritt in die Wohnung von einem Polizisten festgenommen worden.

Der Staatsanwalt hat den Angeklagten wegen des versuchten Betrugs angeklagt. Das *LG Osaka* hat dagegen nur den versuchten Diebstahl bejaht. Zum versuchten Betrug hat sich das *LG Osaka* wie folgt geäußert:

„Der Angeklagte hat das Opfer zwar getäuscht, aber diese Lüge hatte nur den Zweck, die Aufmerksamkeit des Opfers für kurze Zeit abzulenken, um die Bankkarte im Umschlag austauschen zu können. Diese Täuschung bezog sich eben nicht auf eine tatsächliche Verfügung über die

Karte. (...) Die Täuschung der Opfer durch die telefonischen Gesprächspartner ist unentbehrlich für die Durchführung diverser Hausbesuche, um dort den Austausch der Karten sicherer und leichter durchführen zu können. Wenn das Opfer durch den Inhalt des Gesprächs bereits vollständig in die Irre geführt wird, existiert normalerweise kein großes Hindernis mehr zur Verwirklichung des Plans, so dass dieser wichtige Teil des Gesamtplans beendet ist. (...) Daraus lässt sich schließen, dass die Täuschung der Telefongesprächspartner bzw. das einsatzbereite Warten des Angeklagten eng verbunden mit dem vom Angeklagten geplanten Umtausch ist. Im Zeitpunkt der Täuschung der Opfer durch die Telefongesprächspartner wurde die objektive Gefährlichkeit sprunghaft erhöht, so dass bereits ab diesem Zeitpunkt der Beginn der Tatausführung zu Recht zu bejahen ist.“

Problematisch ist, ob man schon im Zeitpunkt der Täuschung durch die telefonischen Gesprächspartner die objektive Gefährlichkeit und somit den Beginn der Tatausführung bejahen kann. Die Annahme des Staatsanwalts, die Bewertung als versuchter Betrug erleichterte den Tatnachweis und damit die Annahme einer Strafbarkeit des Angeklagten (weil der Täter mit dem Telefongespräch das Opfer nachweislich getäuscht hat), ist für das Gericht inakzeptabel, wenn sich die Tat in Wahrheit als Diebstahl darstellt. Auf jeden Fall wird sich die Diskussion über den Beginn der Tatausführung des Diebstahls noch weiter fortsetzen.

IV. Kriminalpraktische Probleme

Ein großes Problem ist, den Hintermann zu fassen und solche kriminellen Organisationen aufzulösen. In der Regel wird nur derjenige Mittäter festgenommen, der das Paket annimmt bzw. transportiert. Auch die Nutzung des Handys verstärkt die Anonymität. Der am Tatort handelnde Mittäter kennt nur die Stimme der anweisenden Person und hat keinerlei weitere Kenntnis über die dahinterstehende Organisation. Außerdem sind diese Mittäter des Öfteren Kinder oder Jugendliche.¹⁷ In der Strafanstalt werden sie im Rahmen der Erziehung dazu bestimmt, nach der Entlassung den verursachten Schaden mit dem erhaltenen Honorar auszugleichen. Dies ist in der Realität allerdings kaum möglich, da sie selbst häufig nur wenige hundert Euro für ihre Dienste von dem Hintermann erhalten haben. Vor diesem Hintergrund sind auch sie in gewisser Weise von dem Hintermann getäuscht worden und bleiben schlussendlich auch als Opfer einer solchen kriminellen Organisation zurück.

V. Schlusswort

In diesem Beitrag habe ich versucht, den Betrug von besonderer Art als soziales Problem von erheblicher praktischer Relevanz zu beleuchten. Im Hintergrund sind hierfür mehrere Faktoren ursächlich: die Diskrepanz zwischen Reichen und Armen, der Verlust an familiärer Bindung und die zunehmende Isolierung des Einzelnen, die Ano-

¹⁶ *LG Osaka*, Urt. v. 10.10.2019, LEX-DB 25566238 (=Datenbank für Jap. Rechtsprechung).

¹⁷ Es gab ein TV-Drama „Kinderbetrüger“, das in Japan schockierend ausgestrahlt wurde.

nymität der organisierten Mittäter im Rahmen des Tatablaufs mit Hilfe moderner Kommunikationsmittel wie Handy usw. Und wegen dieser Anonymität der Mittäterschaft ist die Option der strafprozessualen Absprache nicht effektiv. Der Lauschangriff und die GPS-Fahndung sind theoretisch nützlich, jedoch in der Praxis fraglich und schwierig. Effektiv sind diese Maßnahmen nur, wenn die Bankangestellte die Täterperson anspricht, die sich vor dem Geldautomat befindet und per Handy telefoniert, um eine Anweisung zur Überweisung zu erhalten. Weil dies

inzwischen wirklich effektiv geworden ist, um die betrügerische Überweisung zu verhindern, ist die Paketsendung häufiger geworden. Um diese zu verhüten, ist es nun der Postangestellte, der die Kunden davor warnt, Bargeld in Päckchen zu verschicken. Außerdem wird im Fernsehen häufiger ein Werbespot gesendet, der aufzeigt, dass der Betrug von besonderer Art verbreitet ist. Die beste Präventionsmaßnahme ist jedoch eine Stärkung der familiären Bindungen.

BUCHBESPRECHUNGEN

Ingke Goeckenjan/Jens Puschke/Tobias Singelnstein (Hrsg.): Für die Sache – Kriminalwissenschaften aus unabhängiger Perspektive.

Festschrift für Ulrich Eisenberg zum 80. Geburtstag

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2019, Duncker & Humblot, ISBN: 978-3-428-15288-9, S. 783, Euro 199,90.

Nachdem schon die Festschrift für *Ulrich Eisenberg* zum 70. Geburtstag von *Mitsch* als „Fundgrube interessanter Aufsätze zu Themen, deren Vielfalt ein breites Spektrum von Interessen der Leserschaft zu befriedigen geeignet ist“ gelobt wurde,¹ kann man sich diesem Lob auch für die Festschrift zum 80. Geburtstag nahtlos anschließen. Der Facettenreichtum wird schon durch die unterschiedlichen Kapitel Kriminologie, Jugendstrafrecht, Vollzug, Strafverfahren und Strafrecht, Strafrechtswissenschaft und Gesetzgebung deutlich, die mit Aufsätzen namhafter Kollegen der Kriminalwissenschaften besetzt sind. 51 Beiträge vielfältigster Art sind Inhalt der Festschrift² und es würde selbst den Rahmen einer Online-Zeitschrift sprengen, an dieser Stelle auf alle einzelnen Aufsätze einzugehen. Daher werden exemplarisch einige derjenigen Beiträge herausgehoben, die einen kriminalpolitischen Bezug haben oder auf neuere Forschungsarbeiten eingehen.

Kölbel beschäftigt sich im Kapitel Kriminologie unter dem Titel „Sexualstrafgesetzgebung, Kriminalpolitik und Strafrechtsaffinität in der Kriminologie“ mit dem seit dem 4. StrRG aus dem Jahr 1973 kontinuierlichen Ausbau des Sexualstrafrechts (S.61 ff.). Die Entwicklung wird zunächst sehr übersichtlich in Form einer Tabelle dargestellt, um im Anschluss der Kriminologie der Strafgesetzgebung und der Rolle des Kriminologischen Forschungsinstituts Niedersachsen nachzugehen. Deutlich positioniert sich der Autor zum neuen § 177 StGB und bezeichnet den Paragraphen als „Belegstück für die gelegenheitsabhängige politische Interaktion gesellschaftlicher und legislatorischer Akteursgruppen“ (S. 77).

Der Beitrag von *Gräfin von Galen* und *Beth* in dem Kapitel zum Jugendstrafrecht übt Kritik an der herrschenden Rechtsprechung zu Diversionsentscheidungen nach §§ 45, 47 JGG (S. 201 ff.) und nennt die durch die Rechtsprechung geprägte Rechtslage bzgl. eines Rechtsbehelfs gegen Verfahrenseinstellungen nach den genannten Paragraphen „höchst unbefriedigend“ (S. 211). Kritisiert wird die Auffassung, dass der Betroffene bei einer Verfahrenseinstellung nicht beschwert sei und ihm keine Rechtsbehelfe

zustünden. Als Lösung schlagen die Autoren vor, im Gesetz ein Zustimmungserfordernis bei Einstellungen nach §§ 45, 47 JGG zu verankern. Dadurch würde der Betroffene in die Entscheidung einbezogen und wäre bei

Fehlen der Zustimmung beschwert. Um den unverteidigten Betroffenen in der Hauptverhandlung keinem Druck auszusetzen, solle die Zustimmung zur Einstellung als Teil notwendiger Verteidigung vorgesehen werden (S. 212).

Höynck kritisiert in ihrem Beitrag die vorbehaltlose Anwendung der Neuregelungen der Vermögensabschöpfung im Jugendstrafrecht als weiteren Schritt der „feindlichen Übernahme“ des Jugendstrafrechts (S. 245 ff.). Während es bereits eine Vielzahl an (kritischen) Aufsätzen zum neuen Vermögensabschöpfungsrecht gibt, ist doch ein Blick auf die Schnittstelle von Vermögensabschöpfung und Jugendstrafrecht eher selten. Schon von daher lohnt die Lektüre. Die Verfasserin kommt zu dem Fazit, dass die vorbehaltlose Übernahme des neuen Vermögensabschöpfungsrechts im Jugendstrafrecht dem Erziehungsgedanken widerspricht. Daher sei de lege lata in jedem Einzelfall zu prüfen, ob ihre Anwendung im Einklang mit dem Erziehungsgedanken stehe. De lege ferenda bedürfe es zumindest gesetzgeberischer Korrekturen, die jugendadäquate Ermessensspielräume für den gesamten Bereich der Vermögensabschöpfung ausdrücklich eröffnen (S. 257).

Der Aufsatz von *Bung* widmet sich im Kapitel „Vollzug“ dem „Geheimnis des Gefängnisses“ (S. 288 ff.). Es sei ein Rätsel, dass sich diese Institution so hartnäckig am Leben halte, obwohl ihre schädlichen Auswirkungen, ihre Dysfunktionalität und ihre desozialisierende Wirkung kein Geheimnis seien (S. 288). Geheimnis des Erfolgs des Gefängnisses sei das Desinteresse an Fragen des Strafvollzugs (S. 296). Dabei ist über Sinn und Wirksamkeit von Gefängnissen eine wiederaufkeimende Diskussion festzustellen. 2015 ist das Buch von *Maelicke* „Das Knastdilemma“ erschienen, 2020 widmet *Galli* sich in seinem Buch „Weggesperrt“ der Frage, warum Gefängnisse niemanden nützen – um nur einige wenige Beispiele zu nennen. Gleichwohl, und da ist *Bung* sicher Recht zu geben,

¹ *Mitsch*, NJW 2009, 2266.

² Inhaltsverzeichnis abrufbar unter: https://www.duncker-humblot.de/_files_media/leseproben/9783428552887.pdf (zuletzt abgerufen am 2.10.2020).

fehlt es trotz dieser gewichtigen Stimmen an einer politischen Auseinandersetzung. Insofern ist es notwendig, immer wieder den Diskurs anzustoßen, um so auch die kriminalpolitische Diskussion in die politischen Reihen zu tragen.

Burghardt mahnt in seinem Beitrag die kostenrechtliche Ungleichbehandlung von Sicherungsverwahrung und Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus an (S. 297 ff.). Während mit Ausnahme von Sachsen-Anhalt alle Bundesländer in den neu geschaffenen Gesetzen über den Vollzug der Sicherungsverwahrung klargestellt haben, dass ein Kostenbeitrag von den in der Sicherungsverwahrung untergebrachten Personen zu ihrer Unterbringung und Verpflegung nicht zu erheben ist, wird in der großen Mehrzahl der Bundesländer weiterhin grundsätzlich ein Kostenbeitrag zur Unterbringung und Verpflegung im psychiatrischen Krankenhaus erhoben. Die dadurch bedingte kostenrechtliche Ungleichbehandlung, so *Burghardt*, sei verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen. Daher schlägt er vor, dass die Landesgesetzgeber de lege ferenda dem derzeit bereits in Berlin, Rheinland-Pfalz, Schleswig-Holstein und Bayern gewählten Modell folgen und auf die Erhebung eines Kostenbeitrags zur Unterbringung und Verpflegung in einem psychiatrischen Krankenhaus verzichten.

Im Kapitel „Strafverfahren“ stellen die Autoren *Duttge* und *Klaffus* die Frage „Quo vadis, deutsches Strafprozessrecht?“ (S. 393 ff.). Hier gelingt es den Verfassern, auf engstem Raum nicht nur die Reformziele und -wege der Expertenkommission nachzuzeichnen, sondern auch Grundfragen einer „echten“ StPO-Reform nachzugehen. Sie kritisieren, dass es im Ansatz verfehlt war, eine Kommission in einem so engen Zeitrahmen von zwei Jahren mit der Unterbreitung von ad-hoc-Gesetzesvorschlägen zu beauftragen. Es sei daher Aufgabe einer gesamten Strafrechtswissenschaft, die Kriminalpolitik über gewisse Grunderfordernisse einer zielführenden Nutzung wissenschaftlicher Erkenntnisse zum Wohle der Gesellschaft aufzuklären (S. 407). In diesem Sinne wäre es sicher auch zielführend, wenn sich die Kriminalpolitik mit den facettenreichen Beiträgen der hiesigen Festschrift von *Eisenberg* dezidiert auseinandersetzen würde.

Momsen und *Washington* widmen sich in ihrem Aufsatz den Wahrnehmungsverzerrungen im Strafprozess und vergleichen dazu die Beweisprüfung im Zwischenverfahren der StPO mit US-amerikanischen Alternativen (S. 453 ff.). Sie kommen zu dem Ergebnis, dass die Struktur des Zwischenverfahrens im deutschen Strafprozess eine hohe Anfälligkeit für Wahrnehmungs- und daraus folgende Bewertungsfehler zeigt. Allerdings sei trotz der günstigeren Strukturen auch das amerikanische Verfahren erheblichen Verzerrungsfaktoren ausgesetzt. Strukturelle Schwächen des deutschen Strafprozesses könnten durch eine personelle Trennung von Eröffnungs- und Hauptverhandlungsgericht verringert werden. Als weniger ressourcenintensive Maßnahme könne man eine schriftliche Prognose im Hinblick auf die Verwertbarkeit der von der Anklage in Bezug genommenen Beweise im Eröffnungs-

beschluss etablieren. Aufgrund der eigenständigen Verzerrungseffekte im Ermittlungsverfahren wäre zudem eine generelle Begründung von Einstellungsentscheidungen nach §§ 153 ff. StPO wünschenswert, um die bis dahin weitgehend informelle Beweiswürdigung überprüfen zu können. Eine eigenständige, unabhängige Überprüfung der Ermittlungen durch die Verteidigung müsse darüber hinaus ermöglicht werden, so dass eine frühe Verteidigung gewährleistet sei.

Das fünfte und letzte Kapitel widmet sich der Rubrik „Strafrecht, Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung“. *Basdorf* beschäftigt sich in seinem Beitrag mit der Sicherungsverwahrung neben der lebenslangen Freiheitsstrafe (S. 607 ff.). Er spricht sich für eine Klarstellung bzw. Modifizierung des rechtlichen Instrumentariums der Sicherungsverwahrung aus. So sei in § 66 StGB zu verdeutlichen, dass die Anordnung von Sicherungsverwahrung nur neben der Verhängung zeitiger Freiheits- inklusive Gesamtfreiheitsstrafe zulässig ist. In § 68f Abs. 1 S. 1 StGB solle der Fall der Aussetzung des Strafrests bei lebenslanger Freiheitsstrafe für Führungsaufsicht kraft Gesetzes aufgenommen und § 358 Abs. 2 S. 3 und § 373 Abs. 2 S. 2 StPO dahin ergänzt werden, dass das Verschlechterungsverbot „im Falle der Aufhebung einer Verurteilung zu lebenslanger Freiheitsstrafe der Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung“ nicht entgegenstehe. Trotz dieser Forderungen ist der Autor pessimistisch, was deren Umsetzung betrifft: dies sei „wahrscheinlich illusorisch“. Daher müsse man das Nebeneinander von Lebenslang und Sicherungsverwahrung wohl weiter „ertragen“ (S. 615).

Fünfsinn und *Krause* gehen de lege lata und de lege ferenda der Frage nach, inwieweit Plattformen zur Ermöglichung krimineller Handlungen im Internet strafrechtlich erfasst werden (S. 641 ff.). De lege lata machen sie deutlich, dass auch das neue Kriminalitätsphänomen des Betriebens krimineller Plattformen im Internet grundsätzlich mit den traditionellen Kategorien von Täterschaft und Teilnahme erfasst werden kann. Ansatzpunkt für eine Strafbarkeit sei aber im Wesentlichen das konkrete Verkaufsgeschäft zwischen Dritten und nicht etwa das abstrakte Betreiben einer Plattform im Internet. Konkrete Verkaufsgeschäfte könnten aber in der Praxis der Strafverfolgungsbehörden nur selten festgestellt werden (S. 650). Spektakuläre Ermittlungserfolge und Verurteilungen von Betreibern illegaler Handelsplattformen lassen jedoch bezweifeln, dass diese praktischen Schwierigkeiten tatsächlich bestehen. Die de lege ferenda Ausführungen der Autoren sind recht knapp und beschränken sich letztlich auf die Feststellung, dass die Ergänzung bestehender Rechtsvorschriften weder dem seitens der Praxis erforderlichen Reformbedarf des Strafrechts im Hinblick auf die vielfältigsten Herausforderungen der digitalen Gesellschaft noch den dogmatischen Anforderungen gerecht werden (S. 651). Zuzustimmen ist den Autoren sicherlich darin, dass es aufgrund der schnellen technischen Entwicklung der Internetkriminalität dringend einer umfassenden Reform des Internetstrafrechts bedarf (S. 652 f.).

Dem Einzelfall als Gesetzgebungsmotiv spürt *Hillenkamp* in seinem Beitrag nach (S. 655 ff.). Es geht darin um ad-hoc-Reaktionen des Gesetzgebers auf die „schnelllebige Medialisierung von relevanten Ereignissen“, die zu neuen Strafvorschriften oder der Abschaffung bestehender Normen aufgrund von Einzelfällen führt (S. 656). Wohl rechtshistorisch bekanntestes Beispiel ist der aufgrund des *Duchesne*-Falls konzipierte heutige § 30 Abs. 2 StGB. *Duchesne* hatte sich gegenüber dem Erzbischof von Paris angeboten, ein Attentat auf *Bismarck* zu verüben – strafbar war eine solche Ankündigung seinerzeit nicht. *Hillenkamp* zeigt im historischen Abriss weitere Beispiele auf, um sich dann mit „einem Sprung in die Gegenwart“ dem 2015 geschaffenen Straftatbestand der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung gem. § 217 StGB zu widmen (S. 663 f.). Das *BVerfG* gab im Februar 2020 dem schon zuvor kritischen Blick des Verfassers auf die Strafnorm Recht und erklärte diese für verfassungswidrig (KriPoZ 2020, 116 ff.). Daneben wird noch das ad-hoc-Gesetzgebungsverfahren zur Aufhebung des § 103 StGB sowie die „reflexhafte Einzelfallreaktion“ zur Modifizierung des § 219a StGB in den Blick genommen (S. 668). Die unkoordinierte und wenig konzeptionsgetragene Einzelfallgesetzgebung wird insgesamt kritisiert und zu reflektierter, von Sachverstand und kriminologisch fundiertem Hintergrund geprägter Gesetzgebung geraten (S. 669). Dem kann sich nur angeschlossen und dem Gesetzgeber mit auf den Weg gegeben werden, die kriminalpolitische Diskussion in den Kriminalwissenschaften insgesamt in den Blick zu nehmen, bevor vorschnell mit Einzelfallgesetzgebung auf medienwirksame Ereignisse reagiert wird.

Puschke widmet sich in seinem Beitrag „Sicherheitsgesetzgebung ohne Zweck“ der Vorratsdatenspeicherung als „Prototyp einer verfehlten neuartigen Sicherheitsarchitektur“ (S. 695 ff.). Nachdem er im Überblick den Wandel der Sicherheitsarchitektur in Deutschland aufgezeigt hat, nimmt er dezidiert die Vorratsdatenspeicherung in den Blick und beleuchtet die hierzu ergangene Rechtsprechung. Er kommt zu dem Ergebnis, dass die Vorratsdatenspeicherung entgegen den Bekundungen der Ermittlungsbehörden nur begrenzte Aufklärungspotentiale liefert. Allerdings dürfe nicht bei einer Überprüfung zur Effektivität und Effizienz von Maßnahmen stehengeblieben werden. Vielmehr seien sozialwissenschaftliche und kriminologische Zusammenhänge von Herrschaftsstrukturen, Diskriminierung und Labeling in die Überlegungen miteinzubeziehen. Dadurch werde deutlich, dass bspw. Konstrukte wie der des sog. „Gefährders“ außerhalb der Aufgabe des Sicherheitsrechts lägen und zudem ein kaum vertretbares Fehler- und Missbrauchspotential aufwiesen. Sie dürften nicht zur Grundlage eines eingriffsintensiven Sicherheitsrechts gemacht werden.

Neben dieser Auswahl kriminalpolitischer Aufsätze gibt es auch eine Reihe von Beiträgen zur empirischen Forschung – ganz im Sinne eines Plädoyers für eine evidenzbasierte Kriminalpolitik. So stellt *Goeckenjan* eine geplante empirische Untersuchung zu Straftaten gegen Geflüchtete vor (S. 31 ff.). Sie stellt hier erheblichen Forschungsbedarf fest und benennt als methodische Wege neben der Aus-

wertung von Statistiken und Daten über die Hellfeldkriminalität auch die Dunkelfelduntersuchungen. Die bisherigen Untersuchungen deuteten darauf hin, dass jedenfalls die Organisation und Gestaltung der Unterbringungssituation von Geflüchteten erheblichen Einfluss auf deren Viktimisierungsrisiko im Aufnahmeland Deutschland haben dürfte (S. 47).

Lindemann stellt seine laufende Studie ViReO – Viktimisierung, Recht und Opferschutz vor, in der es um die Viktimisierung von Menschen mit schweren psychischen Erkrankungen geht (S. 79 ff.). In diesem Bereich existierten – ganz im Gegensatz zum angloamerikanischen Raum – in Deutschland nur sehr wenige einschlägige Forschungsarbeiten. Allerdings sei aufgrund dieser Studien anzunehmen, dass die Viktimisierungserfahrungen von psychisch Kranken häufiger und schwerer sind als die Erfahrungen in der gesunden Kontrollgruppe (S. 92). Da der Rechtsanspruch auf Beiordnung eines psychosozialen Prozessbegleiters ein junges Institut sei, existierten noch keine systematischen Erkenntnisse hierüber. Daher sei die Erarbeitung empirischer Aussagen zu den Erfahrungen, die schutzbedürftige Zeugen, Verfahrensbeteiligte und Gerichte mit psychosozialer Prozessbegleitung gemacht hätten, ein bislang uneingelöstes Forschungsdesiderat. Gleiches gelte für die Umsetzung des Anspruchs von Straftatopfern mit psychischer Behinderung auf gleichberechtigten und wirksamen Zugang zur Justiz aus Art. 13 UN-BRK. Das Projekt ViReO soll zur Schließung dieser Forschungslücken beitragen und konkrete Handlungsempfehlungen entwickeln.

Strafeinstellungen in der Bevölkerung und Möglichkeiten ihrer Messung betrachten *Singelstein* und *Habermann* in ihrem Aufsatz, dessen Grundlage Daten aus dem von DFG und ANR geförderten Forschungsprojekt „Strafkulturen auf dem Kontinent“ sind (S. 125 ff.). Die Stichprobe in Deutschland umfasste ca. 3000 Befragte (S. 134), die sich zu ihren punitiven Einstellungen anhand von konzipierten Fallvignetten äußern sollten (S. 135). Es stellte sich beispielsweise heraus, dass die punitive Einstellung stark vom Bildungsniveau aber auch Alter abhängig ist (S. 146). Zudem sind die Punitivitätswerte umso höher, je eher die Befragten an eine Kriminalitätssenkende Wirkung harter Strafen glauben. Es zeigten sich aber – abweichend zu anderen Studien – weder Geschlechtsunterschiede noch einkommensabhängige Divergenzen in den Einstellungen. Es wird konstatiert, dass die Frage der Punitivität weiterer Forschung bedarf, die auch methodisch weiterentwickelt werden muss.

Das von *Willems* und *Meier* vorgestellte Forschungsprojekt beschäftigt sich mit Jugenddelinquenz und Desistance – also mehrfach straffälligen Jugendlichen zwischen Jugendhilfe und Justiz (S. 177 ff.). Die Studie verfolgte einen multiperspektivischen Ansatz, an dessen Ausgangspunkt 30 qualitative biografisch orientierte Interviews mit Jugendlichen zwischen 15 und 18 Jahren standen, die sich gerade im Jugendarrest oder Jugendstrafvollzug befanden. 10 Fälle waren dann Bestandteil einer tiefergehenden Analyse mit zusätzlichen Interviews mit den Fachkräften der Kinder- und Jugendhilfe sowie aus anderen beteiligten

Institutionen. Zudem fand eine Aktenanalyse statt und es wurden in Fokusgruppen Experten der Fachpraxis in die Diskussion und Analyse mit einbezogen (S. 178). Die Jugendlichen nannten als Faktoren eines erfolgreichen Abbruchs delinquenten Verhaltens die individuelle altersbedingte Entwicklung, eine feste Partnerschaft oder berufliche Stabilität (S. 183). Es wurde deutlich, dass bei den interviewten Jugendlichen und analysierten Fällen eine Bearbeitung des Hauptproblems des Jugendlichen teilweise nicht erfolgte, was insbesondere daran lag, dass dieses nicht sorgfältig identifiziert worden sei. Um eine Problemeskalation frühzeitig zu erkennen, sei eine frühe Zusammenarbeit mit den Schulen erforderlich, die allerdings häufig ausblieb. Nur wenn Angebote und Hilfen passend zu den Bedarfen ausgerichtet seien, könne verhindert werden, dass Jugendliche Maßnahmen der Jugendhilfe abbrächen (S. 184).

Der Beitrag von *Höffler* widmet sich den Jugendlichen im Maßregelvollzug (S. 225 ff.) und weist auf eine unübersichtliche und eher schwache Datenlage auf diesem Gebiet hin (S. 230). Daher führte sie eine eigene Abfrage in den für den Maßregelvollzug zuständigen Ministerien

durch, wobei Ministerien aus dreizehn Bundesländern beantwortet haben (S. 234). Diese Abfrage hat „deutliche Lücken in der Versorgungslandschaft“ aufgezeigt (S. 240). Kernproblem seien die relativ niedrigen Fallzahlen.

Nachgedacht werden sollte über eine geeignete Entwicklungsumgebung für die Jugendlichen, in die Lockerungsmaßnahmen gut und sinnvoll eingebettet werden können. Erforderlich sei darüber hinaus ein Forschungsprojekt, um auch die Behandlungskonzepte zu erfassen und zu evaluieren.

Neben den Beiträgen mit kriminalpolitischen Einschlag und Beiträgen zu Forschungsprojekten und Forschungsbedarfen finden sich noch vielfältigste Beiträge zu klassischen Themen, jeder die Lektüre wert, so dass diese Festschrift nicht nur eine Sammlung hochkarätiger rechtswissenschaftlicher Aufsätze bietet, sondern auch vielfältigste Anregungen, in die kriminalwissenschaftliche Auseinandersetzung einzutauchen. Insofern kann eine klare Kaufempfehlung der Festschrift ausgesprochen werden.

Steffen Rittig: Der medienrechtliche Auskunftsanspruch gegen Strafverfolgungsbehörden

Voraussetzungen und Grenzen des medienrechtlichen Auskunftsanspruchs der Presse, des Rundfunks, der elektronischen Presse und des Films gegen die Staatsanwaltschaft, die Polizei und andere strafverfolgend tätige Behörden unter besonderer Berücksichtigung verfassungsrechtlicher, strafprozessualer und datenschutzrechtlicher Fragestellungen

von Prof. Dr. Dr. Markus Thiel

2019, Cuvillier Verlag, Göttingen, ISBN: 978-3-7369-7033-5, S. 450, Euro 99,95.

Informationsbegehren gegenüber Behörden können auf der Grundlage unterschiedlicher normativer Regelungen erhoben werden. Neben die Rechte, die etwa durch die Informationsfreiheitsgesetze des Bundes und der Länder gewährt werden, treten presse- bzw. medienrechtliche Ansprüche. Mit diesen beschäftigt sich die rechtswissenschaftliche Dissertation von *Steffen Rittig*, die unter Betreuung von *Dieter Dörr* entstanden und im Wintersemester 2018/2019 vom Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften der Johannes Gutenberg-Universität Mainz angenommen worden ist. Angesichts der Fülle der in diesem thematischen Kontext zu behandelnden Aspekte hat sich der Verfasser auf solche Ansprüche beschränkt, die sich gegen Strafverfolgungsbehörden richten, also namentlich die Staatsanwaltschaften und die Polizeibehörden. Diese thematische Fokussierung ist geschickt, gibt sie doch Gelegenheit, den Besonderheiten der sicherheitsbehördlichen Tätigkeit – namentlich der häufigen „Drittbetroffenheit“ Privater bei der Informationsweitergabe an die Medien – Rechnung zu tragen und anhand dieses Referenzgebiets ein eigenes Lösungsmodell für solche „Dreieckskonstellationen“ zu entwickeln.

Der Gegenstand der Arbeit wird in einem den eigentlichen Ausführungen vorangestellten Abschnitt grob konturiert (S. 1 f.). Im 1. Kapitel erörtert der Verfasser die „Grundlagen“ für seine weiteren Überlegungen – nach einer bündigen Begriffsbestimmung der „Medien“, die – vor allem was die einbezogenen „Internetdienste“ angeht – noch differenzierter hätte ausfallen können, werden die Gewährleistungsinhalte der „Kommunikationsfreiheiten“ referiert (S. 4 ff.), wobei der Verfasser in gelungener Weise umstrittene Einzelfragen diskutiert, ohne sich zu sehr in für den weiteren Verlauf der Arbeit (zunächst) unergiebigem grundrechtsdogmatischen Feinheiten zu verirren.

Überzeugend sind die Erwägungen zum Verhältnis der Freiheiten untereinander, namentlich der Presse- und Informationsfreiheit auf der einen, der Medienfreiheit auf der anderen Seite. Der Verfasser folgt dem institutionellen

Konzept des *BVerfG*, das der Medienfreiheit eine eigenständige, über die „Zusammenschau“ der übrigen Kommunikationsgrundrechte hinausreichende Bedeutung zuerkennt. Sodann werden die Relevanz der Medien für den freiheitlichen demokratischen Staat umrissen (S. 23 ff.) sowie der Begriff der „Strafverfolgungsbehörden“ definiert (S. 36 ff.), und es wird anschaulich beschrieben, weshalb die Presse gerade an deren Tätigkeit ein gesteigertes Informationsinteresse besitzt (S. 39 ff.).

Etwas unvermittelt setzt das 2. Kapitel zu den Rechtsgrundlagen „des“ Auskunftsanspruchs ein (S. 55 ff.). In gelungener Weise arbeitet der Verfasser einen solchen Anspruch der Presse unmittelbar aus den verfassungsrechtlichen Bestimmungen heraus. Nach eingehender Diskussion der widerstreitenden Auffassungen und der einschlägigen Rechtsprechung leitet er in einer detaillierten, gut nachvollziehbaren und argumentationsstarken Stellungnahme einen solchen Informationsanspruch unmittelbar aus der Pressefreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG her. Etwas unterbelichtet bleiben hinsichtlich der Anspruchsbegründung von dieser Ansicht divergierende Varianten; so wäre es durchaus von Interesse, Näheres zu der verfassungsrechtsdogmatischen Frage zu lesen, ob die Pressefreiheit allein Grundlage des subjektiven Rechts ist, oder ob das Demokratie- bzw. das Rechtsstaatsprinzip ergänzend herangezogen werden müssen (S. 93). Etwas bündig erscheinen auch die Darlegungen zu der Annahme, das Grundgesetz wolle keine Einzelfälle regeln, weshalb eine einfachgesetzliche Ausgestaltung der Anspruchsvoraussetzungen erforderlich sei. Das Verhältnis zwischen dem unmittelbar aus Verfassungsrecht erwachsenden Anspruch (dessen Voraussetzungen, Umfang und Reichweite dann auch aus dem Verfassungsrecht heraus zu konturieren wären) und der unterverfassungsrechtlichen Normierung bleibt im Detail ungeklärt, der aufwändig begründete Anspruch damit trotz seines Verfassungsrangs etwas konturlos. Es schließen sich entsprechende Abschnitte über den Rundfunk, die elektronische Presse und den Film an. Für nicht einfachgesetzlich geregelte Konstellationen nimmt der Verfasser im Sinne einer „Untermaßgrenze“ zumindest einen auf das Mindestmaß notwendiger Informationen beschränkten verfassungsunmittelbaren Anspruch an (S. 106). Den Bestand an einfachgesetzlichen

Bestimmungen und Verwaltungsvorschriften referiert er sodann ebenso wie „presse“- bzw. „rundfunkinterne“ Vorgaben (S. 107 ff.).

Im 3. Kapitel befasst sich der Verfasser mit der Ausübung des Auskunftsanspruchs (S. 131 ff.) und erörtert zunächst, wer bei den jeweiligen medialen Ausdrucksformen der Auskunftsberechtigte ist – auch hier unter Einbeziehung streitiger Einzelfragen, z.B. zum Begriff der „journalistischen Gestaltung“ (S. 141 ff.). Darüber hinaus finden sich anschauliche Erörterungen zur Frage, inwieweit Qualität, Seriosität oder politische Richtung des sich Äußernden Relevanz für die Anspruchsberechtigung haben können. Praktische Aspekte betreffen die Darlegungen zur Glaubhaftmachung der Anspruchsberechtigung, etwa durch die Vorlage eines Presseausweises. Als Anspruchsvoraussetzung erörtert der Verfasser im Anschluss das „Publikationsinteresse“ (S. 184 ff.). Unter der Überschrift „Adressatenauswahl“ werden die möglichen Anspruchsgegner dargestellt (S. 189 ff.); nach knappen Überlegungen zum Behördenbegriff werden erneut verschiedene rechtlich relevante Aspekte diskutiert – das Spektrum reicht dabei von der Rechtsgrundlage des Auskunftsanspruchs gegen Bundesbehörden bis zur Auswahl bei mehreren potenziellen „Adressaten“. Der Verfasser trennt dabei etwa gegen die Staatsanwaltschaft und gegen die Polizei gerichtete Ansprüche strikt, verlangt eine jeweils eigenständige Behandlung und hält die teilweise anderslautenden Verwaltungsvorschriften für gesetzeswidrig (S. 288). Überzeugend sind ferner die Ausführungen zur außergerichtlichen und zur gerichtlichen Geltendmachung des Auskunftsanspruchs (S. 204 ff.).

Das 4. Kapitel behandelt die Erfüllung des Auskunftsanspruchs (S. 237 ff.), namentlich – wiederum unter Aufgreifen einer Fülle an Gesichtspunkten – den eigentlichen Auskunftsgegenstand, die Form, die Frist und die Kosten der Auskunftserteilung (S. 257 ff., 298 f.), die (vom Anspruchsadressaten ggf. zu unterscheidende) Auskunftsstelle (S. 270 ff.) sowie den Gleichbehandlungsgrundsatz und die Neutralitätspflicht als materielle Leitlinien der Anspruchserfüllung (S. 292 ff.).

Grenzen des Auskunftsanspruchs können sich aus gesetzlichen Auskunftsverweigerungs- und -„verkürzungs“-Gründen ergeben (5. Kapitel, S. 301 ff.), deren Grundlagen, Voraussetzungen und Verhältnis zueinander der Verfasser nunmehr klärt. Sodann werden in anschaulicher Weise die einzelnen Gründe (bzw. „Typen“ von Gründen) dargelegt. Dabei handelt es sich um eines der „Kernstücke“ der Doktorschrift, in dem der Verfasser mit beachtlicher analytischer Akribie zu Werke geht. Die Ausführungen entfalten dabei erheblichen Nutzen über die eigentliche Thematik des medienrechtlichen Auskunftsanspruchs hinaus, da sich vergleichbare Beschränkungen etwa auch bei Ansprüchen nach den Informationsfreiheitsgesetzen des Bundes und der Länder finden lassen. Sie werden detailliert, differenziert, mit Heranziehung geeigneter Beispiele und unter Berücksichtigung landesspezifischer

Sonderregelungen untersucht. Dabei finden entsprechend der thematischen Ausrichtung auf Auskunftsansprüche gegen Strafverfolgungsbehörden in besonderer Weise Anwendungsbeispiele aus der staatsanwaltschaftlichen bzw. polizeilichen Praxis Beachtung – beispielhaft genannt werden können hier die Ausführungen zu Fragen zu Todesursachen, zum Fundort bei Leichen und zur Motivlage in Suizidfällen (S. 418 ff.). Angesichts aktueller Entwicklungen sind auch die Darlegungen zur Mitteilung des Namens von Behördenmitarbeitern interessant (S. 422 f.).

Namentlich für die in der Praxis mitunter schwierigen Abwägungsprozesse liefert der Verfasser im 5. Kapitel der Dissertation gut nachvollziehbare, sorgsam konstruierte Leitlinien. Er verdeutlicht, dass bei einer Betroffenheit Privater eine „einfache“ Abwägung des öffentlichen Informationsinteresses und des privaten Interesses an einer Auskunftsverweigerung nach dem Vorbild des privaten Presserechts aufgrund der Grundrechtsgebundenheit staatlicher Stellen unter Einschluss der grundrechtlichen Schutzpflichten nicht erfolgen dürfe (S. 371 ff., S. 408). Der Verfasser möchte diese Abwägung durch den Grundsatz ersetzt sehen, dass eine Behörde nur diejenigen Informationen an die Medien weitergeben dürfe, die diese auch selbst von den privaten Betroffenen verlangen könnten. Dieses Konstrukt ähnelt der Rechtsfigur der „hypothetischen Datenneuerhebung“, die dem sicherheitsbehördlichen Datenschutzrecht nicht erst seit der Novelle der europäischen Direktiven geläufig ist. Eine solche Sichtweise verkürzt den gegen die Sicherheitsbehörden gerichteten Auskunftsanspruch im Interesse eines weitreichenden Grundrechtsschutzes bei den „Informationsbetroffenen“ in durchaus beachtlicher Weise; so sollen z.B. identifizierende Auskünfte zur Intim- und Privatsphäre generell ausgeschlossen sein (S. 409 f.). Das entwickelte Modell ist jedenfalls gut durchdacht, verfassungsrechtlich fundiert begründet und in seinen anwendungspraktischen Folgerungen sachgerecht.

Die Doktorschrift schließt mit einer Zusammenfassung und einer Schlussbetrachtung (6. Kapitel, S. 437 ff.); sie wird durch ein umfangreiches Stichwortverzeichnis komplettiert.

Die von *Steffen Rittig* vorgelegte Dissertation ist gut nachvollziehbar geschrieben, klar strukturiert und inhaltlich weitestgehend überzeugend. Besonders stringent ist die Abfolge der Kapitel zu den Rechtsgrundlagen und den Voraussetzungen, zur (außer-)gerichtlichen Geltendmachung und zur Erfüllung des Auskunftsanspruchs einschließlich möglicher Auskunftsverweigerungs- und -„verkürzungs“-Gründe – man folgt gewissermaßen bei der Lektüre dem „Lebenszyklus“ eines subjektiven Rechts. Das vom Verfasser entwickelte, (zu Recht) „grundrechtszentrierte“ Alternativmodell zu presseprivatrechtlichen Abwägungsvorgängen wird dabei sicherlich Gegenstand weiterer wissenschaftlicher (und wohl auch gerichtlicher) Auseinandersetzungen sein.

TAGUNGSBERICHT

14. Güstrower Herbstgespräche – „Wenn Menschen sterben wollen“

von Rain Melanie Steuer*

„Der Arzt ist weder Techniker noch Heiland, sondern Existenz für Existenz, vergängliches Menschenwesen, im anderen, mit dem anderen und in sich selbst die Würde und die Freiheit zum Sein bringend und als Maßstab anerkennend.“ (Karl Jaspers, 1932)

Mit diesen Worten brachte der Psychiater und Philosoph Karl Jaspers bereits 1932 die Rolle des Arztes und damit das Zwischenmenschliche in der Medizin in bemerkenswerter Deutlichkeit auf den Punkt. Diesen Gedanken aufgreifend, fanden am 19. September 2020 die 14. Güstrower Herbstgespräche zum Thema „Wenn Menschen sterben wollen“ unter Einbeziehung der jüngsten Entscheidung des BVerfG zur (geschäftsmäßigen) Suizidassistenten vom 26.2.2020 (BVerfG, NJW 2020, 905 ff.) statt. Das BVerfG hat den 2015 eingeführten § 217 StGB für verfassungswidrig erklärt, mit der Begründung, dass durch die Regelung die Möglichkeiten einer assistierten Selbsttötung faktisch weitgehend entleert würden. Das Urteil veranschaulicht, dass bei der medizinischen Versorgung am Lebensende in zugespitzter Weise Fundamentaltwerte unserer Gesellschaft zusammentreffen: das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen, das gesamtgesellschaftliche Interesse an einem effektiven Schutz menschlichen Lebens, das ethische Selbstverständnis der Ärzteschaft, die sozialen Bindungen des Einzelnen innerhalb seiner Familie (in kulturell unterschiedlicher Ausprägung) und a priori die Menschenwürde. Im Rahmen dieser Online-Konferenz wurde die Thematik aus ärztlicher, ethischer, juristischer und gesellschaftlicher Perspektive aufgegriffen und anhand der substantiellen Werte Würde und Freiheit näher durchleuchtet, wobei insbesondere der praktischen Relevanz besondere Bedeutung beigemessen wurde.

Vor dem Hintergrund der aktuellen rechtspolitischen Debatten, die bislang jedenfalls kein widerspruchsfreies Gesamtkonzept erkennen lassen, und aufgrund der hochkarätigen Referenten wunderte es nicht, dass die vom Initiator der jährlich stattfindenden Güstrower Herbstgespräche, PD Dr. med. habil. Stefan G. Schröder (Chefarzt der Klinik für Allgemeinpsychiatrie und -psychotherapie am KMG Klinikum Güstrow), moderierte Veranstaltung mit rund 250 Teilnehmern aus unterschiedlichen Fachrichtungen auf breites Interesse stieß. „Leben in Autonomie und selbstbestimmtes Sterben sind Ausdruck der verfassungsrechtlich garantierten Menschenwürde und Maßstab allen

staatlichen Handelns.“ Mit diesen einleitenden Worten betonte die Ministerin für Soziales, Integration und Gleichstellung des Landes Mecklenburg-Vorpommern, Stefanie Drese, in ihrem Grußwort zu Beginn der Veranstaltung, dass die Entscheidung des BVerfG vom 26. Februar 2020 erst den Auftakt zu einer gesamtgesellschaftlichen Diskussion, in deren Mittelpunkt der Mensch als Subjekt mit seiner Würde stehe, bilde. Im ersten Vortrag des Tages unter dem Titel „Beihilfe zur Selbsttötung aus ethischer Sicht“ widmete sich sodann der Theologe Prof. Dr. em. Wilfried Härle, Universität Heidelberg, der Kernfrage, welche rechtlichen und organisatorischen Regelungen im hiesigen Kontext verantwortbar seien, und richtete den Fokus insoweit auf die Bedeutung von menschenwürdigem Sterben. Die steigende Lebenserwartung und der medizinische Fortschritt werfen mit Blick auf die unterschiedlichen Erscheinungsformen des Sterbens vielfältige Probleme auf, die vor allem das ärztliche Berufsethos, aber auch das Recht und überdies sozialwissenschaftliche Gesichtspunkte tangieren, so Härle, und verwies dabei auf das bestehende Spannungsverhältnis zwischen dem durch das Grundgesetz geschützten Lebensrecht (Art. 2 Abs. 2 GG) einerseits und dem Selbstbestimmungsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) andererseits. Nach kurzer Darstellung der aus seiner Sicht bestehenden Ambivalenz des Terminus Selbsttötung, skizzierte er die wissenschaftliche Suizidforschung, die sich nach dem 2. Weltkrieg von Wien aus entwickelt habe. Daran anknüpfend stellte er das Verhältnis von Suizidversuchen und erfolgreichen Suiziden dar und führte diesbezüglich erläuternd aus, dass die Gründe für Suizidgedanken meist tiefe existentielle Dimensionen annehmen würden. Seiner Auffassung nach sei der Suizidversuch inzident bereits auf ein Scheitern ausgelegt und stelle vielfach – ob bewusst oder unbewusst – einen Hilferuf oder „Schrei nach menschenwürdigem Leben“ dar, um die Umgebung auf sich aufmerksam zu machen. Generell könne man sagen, dass nur etwa 5% der Suizidversuche letztlich auch zum Tod führen würden. Dies unterstellt, wäre die Tätigkeit von „Sterbehilfevereinen“ geradezu kontraproduktiv, so Härle. Dennoch müsse (sozial)ethisch gesehen das Sterben grundsätzlich zugelassen werden, insbesondere wenn der Betroffene für sich zu dem Ergebnis käme, dass sein Zeitpunkt gekommen sei. Das medizinisch Mögliche dürfe nicht gegen den (selbstbestimmten) Willen des Sterbewilligen angewendet werden. Nach Auffassung von Härle erscheint ein

* Die Verfasserin ist wissenschaftliche Mitarbeiterin der Abteilung für strafrechtliches Medizin- und Biorecht, Georg-August-Universität Göttingen (Prof. Dr. Gunnar Duttge).

fließender Übergang von kurativer Medizin zur Palliativmedizin in Form eines Therapiewechsels sinnvoll.

Daran anknüpfend vertiefte *Prof. Dr. jur. Dr. h.c. mult. Paul Kirchhof* (Richter des Bundesverfassungsgerichts a.D. und Seniorprofessor *distinctus* der Universität Heidelberg) in seinem Vortrag „Verfassungsrechtlicher Lebensschutz und Selbstbestimmung des Menschen“ das bereits von *Härle* angesprochene Spannungsverhältnis zwischen diesen beiden essenziellen Werten anhand der Bundesverfassungsgerichtsentscheidung zu § 217 StGB. Dabei betonte er zunächst, dass das *BVerfG* keine Entscheidungen über die Sinnhaftigkeit und Qualität der menschlichen Existenz treffe, sondern die Verfassungsmäßigkeit bestimmter Normen beurteile. Die Entscheidung, das eigene Leben beenden zu wollen, könne zwar wohlbedacht, sorgfältig erwogen und damit Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts sein, die Wirklichkeit sei jedoch zumeist eine andere: Sich das Leben nehmen zu wollen, stelle sich vielfach als Hilferuf aufgrund von Depressionen, Liebeskummer, negativer Ereignisse, ... dar. So habe auch das *BVerfG* in seiner Entscheidung darauf verwiesen, dass in rund 90% der tödlichen Suizidhandlungen psychische Störungen vorliegen, in etwa 80-90% der gescheiterten Suizidversuche die Betroffenen ihren Entschluss als Fehlentscheidung bewerten würden. Insoweit seien Gesellschaft und Staat in die Pflicht genommen, Menschen, insbesondere auch Suizidwillige, zu schützen und ihnen aus ihrer Einsamkeit und Verzweiflung herauszuhelfen, sie gleichsam aber nicht in ihrer Freiheit zu beschränken. Das Recht selbst biete Hilfe zum Leben, nicht jedoch zum Sterben. Unterdessen werde kein Anspruch auf Suizidhilfe gegenüber einem anderen Menschen begründet, der diesen Anspruch erfüllen müsse. Die Gewissensfreiheit könne, so *Kirchhof*, einen Menschen hindern, bei einer Selbsttötung mitzuwirken, und gebe keine Herrschaft über das Leben anderer. Das geltende Recht verstehe den Suizid als Möglichkeit selbstbestimmten Sterbens, zugleich verpflichte es aber auch den Staat, das Leben des Suizidwilligen zu schützen. Der Gesetzgeber stehe nunmehr vor der Aufgabe, für den Sterbewilligen wie auch den Sterbehelfer Rechtssicherheit zu schaffen. Dazu gehöre u.a. auch, sich von alten Traditionen wie der Differenzierung zwischen aktiver und passiver Sterbehilfe zu verabschieden und den Fokus auf die Frage nach dem eigentlichen Auftrag des Arztes zu richten. Letztlich dürfe die Frage um Suizidbeihilfe nicht zur Endsozialisierung der Gesellschaft führen, daher sei es primäre Aufgabe des Rechts, einen klaren Rahmen vorzugeben, ergänzend müssten Beratungs-, Hilfs- und Begleitkonzepte entwickelt bzw. erweitert werden. Als möglichen Lösungsweg favorisierte *Kirchhof* ein „eigenes Gesetz zum Sterben“ außerhalb des Strafrechts, welches Entscheidungshilfen, aber auch eindeutige Voraussetzungen normiert. Dabei dürfe es aber keinesfalls eine Pflicht zur Mitwirkung an einer Selbsttötung eines anderen geben.

Prof. Dr. jur. Gunnar Duttge, Direktor der Abteilung für strafrechtliches Medizin- und Biorecht an der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen, warf in seinem Vortrag zum Thema „Braucht die Beihilfe zum Suizid strafrechtliche Grenzen?“ einen kritischen Blick

auf die weit verbreitete Ansicht, alles müsse mit Hilfe des Strafrechts geregelt werden. Nach anschaulicher Darstellung, worin denn die eigentliche strafrechtliche Zwecksetzung in Abgrenzung zum moralisch-religiösen Standpunkt bestehe, zeigte *Duttge* die Verfassungswidrigkeit des § 217 StGB („ein Paradebeispiel für illegitimen Paternalismus“) auf. Die wesentliche Zukunftsaufgabe bestehe nunmehr darin, Türen und Optionen nicht von vornherein mit dem Schwert des Strafrechts zu verschließen. Eine solche „Individualisierung“ sozialer Problemlagen, die einem Menschen das hoffnungsfrohe Weiterleben unmöglich zu machen drohen, wäre auch in besonderer Weise sachwidrig und unfair. Damit sei eine „prozeduralisierende Lösung“ im Sinne einer nicht von vornherein zweckwidrigen Tabuisierung vorprogrammiert, die zwei zentrale Ziele gleichermaßen optimierend anzustreben habe: Einerseits dürfe sie eine realistische Perspektive nicht vollständig verschließen, wenn „mündige“ Menschen kraft ihres freiverantwortlichen Entschlusses ihr Leben auf selbstbestimmte Weise beschließen wollen; andererseits müsse sie aus Gründen des hochrangigen Lebensschutzes eine effektive Evaluierung und Kontrolle gewährleisten, damit auch nur jene diesen Weg gehen, die sich tatsächlich „autonom“ und irreversibel hierzu entschlossen haben. Für die mutmaßliche (große) Mehrheit bedürfe es zugleich organisatorischer Vorkehrungen, dass suizidale Personen, die lediglich appellhaft suizidale Bestrebungen zeigen, professionell versorgt würden. Als Fazit lasse sich festhalten: Ebenso wie es keinen standardisierten Ausgang aus dem Leben gebe, dürfe sich auch die Fürsorge nicht in einer standardisierten Fürsorge erschöpfen. Ein rechtssicherer Rahmen, der angemessene Wege und Entscheidungen ermögliche, sei allerdings unverzichtbar.

Im Anschluss befasste sich der Medizinethiker *Prof. Dr. med. Giovanni Maio*, Universität Freiburg, mit der Frage, ob Beihilfe zum Suizid mit dem ärztlichen Standesethos vereinbar sei, und verwies insoweit auch auf die gesamtgesellschaftliche Verantwortung, die dieser Thematik immanent sei. Um diese Frage beantworten zu können, müsse man sich bewusstmachen, dass die Medizin nicht unfehlbar sei und es kein Leben um jeden Preis gebe; sie dürfe das Sterben nicht behindern. Elementares Grundverständnis der Medizin sei es, den Willen des Menschen zu respektieren, auch wenn dieser aus medizinischer Sicht unvernünftig erscheine, und damit auch den Tod hinzunehmen, nicht jedoch diesen herbeizuführen. Die Suizidbeihilfe als ärztliche Aufgabe zu sehen ist nach Auffassung von *Maio* zweifelhaft, denn das „ärztliche Können“ zeichne sich dadurch aus, dass der Arzt sein konkretes Ziel zu umschreiben vermag. Ärztliches Handeln knüpfe somit an eine vorherige ärztliche Indikationsstellung an. Die Suizidbeihilfe habe als primäres Sinnziel jedoch nur den Tod im Blick, mithin fehle es dem Grunde nach an einer Indikation, so dass der Wille eines Patienten nicht unproblematisch umgesetzt werden könne. Damit sei aber nicht gemeint, dass die ärztliche Suizidbeihilfe in jedem Fall als „unärztlich“ zu qualifizieren sei; Einzelfälle würden zeigen, dass diese durchaus auch stattfindet. Aber bedeutet dies im Umkehrschluss zugleich, dass sie deshalb auch in den ärztlichen Aufgabenbereich gehöre? Hier

müsse man differenziert vorgehen: Wenn Menschen ihren Lebensmut verlieren, so sei dies nicht allein Aufgabe des Arztes, sich diesen Menschen anzunehmen, vielmehr müsse man sich als Gesellschaft darum bemühen, ihnen neue Perspektiven zu eröffnen, so *Maio*. Viele Menschen fühlen sich im Kranksein entwertet und in unserer Gesellschaft nutzlos. Deshalb dürfe die Medizin hier nicht als Dienstleistungsgewerbe für einen assistierten Suizid angesehen werden, sondern müsse in dem fürsorglichen Engagement für diese Menschen liegen. Aus ärztlicher Sicht sei es erforderlich, sich für die Hintergründe zu interessieren, warum jemand aus dem Leben scheiden wolle; insofern liege die ärztliche Aufgabe vielmehr darin, sich für die Not anderer zu interessieren, ohne zu bevormunden. In diesem Sinne müsse die Suizidprävention weiter verstärkt werden. Abschließend hält *Maio* fest, dass (ärztliche) Beihilfe zum Suizid mitnichten eine triviale Aufgabe sei und keinesfalls zur Regel werden dürfe, sondern stets eine in jedem Einzelfall zu rechtfertigende Ausnahme bleiben müsse.

Der stellvertretende Direktor der psychiatrischen Universitätsklinik Innsbruck, *Prof. Dr. med. Eberhard A. Deisenhammer*, analysierte sodann rechtsvergleichend die Position der Psychiatrie im Rahmen des assistierten Suizids und positionierte sich zu deren stärkeren Beachtung im hiesigen Kontext. Das Recht auf Selbstbestimmung des Einzelnen habe in den vergangenen Jahrzehnten einen hohen Stellenwert erreicht. Dabei werde die Frage, ob ein selbstbestimmtes Leben auch die Möglichkeit beinhalte, Zeitpunkt und Form der Beendigung des Lebens selbst zu bestimmen, im philosophischen, medizinischen, juristischen und theologischen Diskurs – auch in Österreich – seit jeher kontrovers diskutiert. Der psychiatrischen Perspektive werde in diesem Zusammenhang jedoch nach wie vor zu wenig bis gar keine Bedeutung beigemessen, dabei sei deren Einbeziehung äußerst wichtig. Dies würden auch die „Euthanasia and assisted suicide“ (EAS) Fälle belegen, welche seit 2007 einen kontinuierlichen Anstieg verzeichnen. Am Beispiel der Niederlande erläuterte *Deisenhammer* die grundsätzlich festgelegten Kriterien für den sog. „Euthanasia and assisted suicide“, zeigte im Anschluss jedoch auch deren Fragwürdigkeiten, insbesondere aus psychiatrisch-psychotherapeutischer Sicht, auf. Die in den Debatten regelmäßig vorgenommene Unterscheidung zwischen „Suiziden in der Mitte des Lebens“ und „Suiziden angesichts einer schweren körperlichen Erkrankung“ sei, so *Deisenhammer*, aus psychiatrischer Sicht nicht haltbar. Insbesondere die der Psychiatrie wohl bekannten vielfachen Überschneidungen von Psyche und Körper würden bei einer derartigen Differenzierung übersehen. Eine schwere körperliche Erkrankung sei fast zwangsläufig mit einer emotionalen Reaktion verbunden, die eben die rationale Entscheidungsfähigkeit massiv beeinflussen könne, wie *Deisenhammer* am Beispiel einer depressiven Symptomatik verdeutlichte. Depressionen seien zwar in vielen Fällen gut behandelbar, werden aber generell zu selten, zu niedrigdosiert und nicht in der gebotenen Dauer behandelt; tatsächlich zeige sich ein Therapieerfolg teils erst nach einigen Wochen oder Monaten. Zudem stünden diese bei somatischen Mediziner*innen oft nicht im Fokus und würden somit zu spät oder gar nicht

erkannt. Auch gehe mit der Äußerung eines Sterbewunsches oft das Bedürfnis nach Auseinandersetzung und „Reibung“ („Recht auf Widerspruch“) einher. Der angeblich „freie Wille“ sei oftmals bedingt durch die (un)bewusste Motivation, der Familie nicht mehr zur Last fallen zu wollen. Mit Blick auf eine rationale Entscheidungsfindung müsste die Psychiatrie daher von vornherein stärker in die Problematik einbezogen werden, denn es sei zentrale Aufgabe psychiatrisch-psychotherapeutischen Handelns, Menschen bei der Bewältigung von Lebenskrisen zu unterstützen. Wie diese lediglich exemplarisch ausgewählten Beispiele zeigen, sei das möglichst frühzeitige Einbinden psychiatrisch-psychotherapeutischer Kompetenz daher unerlässlich.

Vermag eine zunehmend wirksamere Palliativmedizin Sterbehilfe überflüssig zu machen? Diesem Gedanken ging *Dr. med. Matthias Gockel*, Leitender Oberarzt der Abteilung Palliativmedizin des Vivantes-Klinikums Berlin-Friedrichshain, im letzten Vortrag des Tages unter dem Titel „Brauchen wir wirklich aktive Sterbehilfe oder reicht passive?“ nach. Statt der „klassischen“ Terminologie aktive – passive – indirekte Sterbehilfe bevorzuge er die Unterteilung in aktive und passive Sterbehilfe, wobei erstere die Tötung ohne und auf Verlangen des Betroffenen sowie den assistierten Suizid umfasse und letztere den Verzicht auf lebensverlängernde Maßnahmen bedeute. Aus seiner Sicht als Palliativmediziner, dessen Fokus auf schwerstkranke Menschen am Ende des Lebens gerichtet sei, stelle sich allerdings eher die Frage: „Reicht das Unterlassen lebensverlängernder Maßnahmen in allen Fällen oder gibt es Fälle, in denen die aktive Beendigung eines Lebens eine sinnvolle/wünschenswerte/notwendige Option ist?“ Der Wunsch nach assistiertem Suizid sei seiner Erfahrung nach im Bereich der Palliativmedizin ein seltenes, im Einzelfall jedoch sehr relevantes Thema. In den meisten Fällen sei ein konsequenter Verzicht auf lebensverlängernde Maßnahmen ausreichend. Allerdings fehle es (noch) an einer flächendeckenden Infrastruktur. Vorhandenes oder drohendes Leiden könne insoweit oftmals (aber nicht immer) ein Motiv darstellen, wenn es an ausreichenden palliativmedizinischen Optionen mangle. Mit Blick auf die im Rahmen dieser Veranstaltung aufgezeigte Problematik könne er sich ein sog. „Zentrum für Sterbewunsch“ als offiziellen Ansprechpartner für Menschen mit Sterbewunsch vorstellen, das multiprofessionell durch Vertreter der Psychiatrie, Palliativmedizin, Psychologie, Sozialarbeit, Seelsorge und Juristen besetzt ist. Ziel sei die bestmögliche Herstellung von Lebensqualität und Ermittlung des freien Willens. Die Option auf einen assistierten Suizid müsse dabei ebenfalls gewährleistet sein, soweit das fachlich Bestmögliche nicht ausreichend sei und dies dem freien Willen des Betroffenen entspreche. Hierdurch lasse sich jedenfalls vorhandenes Leiden reduzieren, vielleicht auf diesem Weg sogar eine Reduktion der Suizidzahlen erreichen, so *Gockel*.

An die Vorträge schlossen sich vier parallel laufende Online Workshops an, bei denen die Teilnehmer in kleineren Gruppen die Möglichkeit zum intensiven interdisziplinären Diskurs hatten.

Der erste Workshop wurde von *Prof. Dr. jur. Dr. h.c. mult. Paul Kirchhof* und *Prof. Dr. em. Wilfried Härle* geleitet und befasste sich mit dem Thema „Verfassungsrecht und Ethik“ im Kontext des Sterbenwollens. *Prof. Dr. jur. Gunnar Duttge* und *Prof. Dr. med. Giovanni Maio* leiteten den zweiten Workshop unter dem Aspekt „Strafrecht und Ethik“. Unter der Federführung von *Prof. Dr. med. Hans-Jörg Assion*, Ärztlicher Direktor der LWL-Klinik Dortmund und *Prof. Dr. Michael von Cranach*, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie in München, befasste sich ein weiterer Workshop mit „Suizidalität und Sterbehilfe“. Im Rahmen einer Autorenlesung gab *Dr. med. Matthias Gockel* im vierten Workshop Einblicke in seine Bücher „Sterben“ und „Sterbehilfe“. Die einzelnen Workshops zeichneten sich durch die Möglichkeit der aktiven Teilnahme aller Beteiligten aus, mit dem erfreulichen Resultat, interessanter und erhellender Debatten.

Die 14. Güstrower Herbstgespräche haben durch eine Bandbreite spannender Vorträge und anschließender

Workshop-Blitzlichter inklusive Diskussionsrunde für einen regen interdisziplinären Austausch und Diskurs gesorgt. Sie brachten eine Vielzahl aufschlussreicher Einsichten in Bezug auf die brisante und hochaktuelle Thematik „Wenn Menschen sterben wollen“ zutage. Die Veranstaltung trug insoweit auch ein Stück weit zur Aufklärung der Problematik bei. Angesichts der derzeit bestehenden rechtlichen Unsicherheiten und der Gefahr des Entstehens einer „Suizid-Kultur“ ist es nunmehr Aufgabe des Gesetzgebers, Sterbewilligen wie auch den Sterbehelfern hinreichende Rechtssicherheit zu verschaffen; konkrete gesetzgeberische Lösungen stehen jedoch bislang noch aus (vgl. Antwort der Bundesregierung auf eine kleine Anfrage der FDP zum aktuellen Stand: BT-Drs. 19/21373 – Anhang). Denkbar wäre – mit dem Segen des *BVerfG* – dass es am Ende doch wieder eine (auch) strafrechtliche Teillösung oder eben eine Einbeziehung des Strafrechts zumindest als Annex zu außerstrafrechtlichen Regelungen geben könnte.

FORSCHUNGSBERICHT


Master
Kriminalistik

 © Hochschule der Polizei
des Landes Brandenburg

Der Masterstudiengang Kriminalistik an der Hochschule der Polizei des Landes Brandenburg

von *Ltd. Kriminaldirektor a.D.*
*Prof. Ralph Berthel**

Franz von Liszt begründet Kriminalistik als Wissenschaftsdisziplin

Am 27. Oktober 1899 hatte *Franz von Liszt* im Rahmen seiner Antrittsvorlesung im Auditorium maximum der „Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin“¹ die Forderung erhoben, „der berufsmäßigen, praktisch-technischen Ausbildung der künftigen Kriminalisten ganz so wie der juristisch-logischen an der Universität, im akademischen Unterricht eine Grundlage zu geben“. Weiter führte er unter Bezugnahme auf *Hans Gross*² aus: „Aber damit das geschehen kann, muss erst die ganze Summe von Techniken, Erfahrungen und Fertigkeiten, die der kriminalistische Praktiker braucht, gesammelt, geordnet ins System gebracht werden. Für dieses System hat Hans Gross ... die Bezeichnung Kriminalistik in der Literatur eingeführt.“³

Damit gilt *v. Liszt*, der auch Mitinitiator der im gleichen Jahr gegründeten „Internationalen Kriminalistischen Vereinigung“ (IKV)⁴ war, als Begründer der Kriminalistik als Wissenschaftsdisziplin.⁵ Bereits im Jahr 1888 hatte *v. Liszt* in Marburg ein Kriminalistisches Seminar gegründet, dessen Arbeit er 1889 an der Universität Halle-Wittenberg fortgesetzt hatte. Die universitäre Kriminalistik in Deutschland erlebte seither eine wechselvolle und bisweilen widersprüchliche Geschichte. Zu den Tiefpunkten dieser Entwicklung gehörte zweifellos die nach dem Beschluss des Senats von Berlin vom 18. Dezember 1990 erfolgte Abwicklung der Sektion Kriminalistik der Humboldt-Universität zu Berlin „mangels Bedarfs“.⁶ 1994 war daraufhin der Lehr- und Forschungsbetrieb in der Krimi-

nalistik an der Alma Mater Berolinensis eingestellt worden. Danach fristete die Kriminalistik als Wissenschaftsdisziplin in Deutschland ein Schattendasein. In der Folge dieser fatalen Entscheidung des Berliner Senats war in der neuen Bundesrepublik Kriminalistik als Lehrfach viele Jahre ausschließlich noch an polizeilichen Bildungseinrichtungen, also den polizeilichen Akademien, Fachhochschulen bzw. Hochschulen der Länder und der Polizei-Führungsakademie bzw. Deutschen Hochschule der Polizei Münster, zu finden. Forderungen nach Verankerung eines grundständigen Kriminalistik-Studienganges in der Bildungslandschaft, wie sie etwa durch die Deutsche Gesellschaft für Kriminalistik (DGfK) erhoben wurden⁷, verhallten nicht nur in den Polizeien, auch an deutschen Universitäten, über viele Jahre.

Erst mit der Einrichtung des in Kooperation mit der DGfK entwickelten Studienganges „Kriminalistik“ am Institut für Kriminalistik – School of Criminal Investigation & Forensic Science (School CIfoS) im Wintersemester 2012 und den ab 2016 angebotenen Wahlmodulen Kriminologie oder Kriminalistik im Rahmen des Masterstudienganges „Kriminologie und Polizeiwissenschaft“ (heute: „Kriminologie, Kriminalistik und Polizeiwissenschaft“) an der Ruhr Universität Bochum erfolgte wieder eine Verankerung in der nichtpolizeilichen Hochschullandschaft der Bundesrepublik.

Brandenburg geht neue Wege

An der Hochschule der Polizei des Landes Brandenburg in Oranienburg haben am 1. Oktober 2020 nunmehr die

* Der Verfasser studierte Rechtswissenschaften an der Humboldt-Universität zu Berlin. Er war bis zu seinem Ausscheiden aus dem Polizeidienst in einer Vielzahl von kriminalpolizeilichen Führungsfunktionen tätig. Er war Abteilungsleiter im Landeskriminalamt Sachsen, u.a. zuständig für die Bekämpfung von Wirtschafts- und organisierter Kriminalität sowie Dozent für Kriminalistik an der Polizei-Führungsakademie in Münster. Von 2005 bis 2013 leitete er die Hochschule der Sächsischen Polizei. Er ist Modulverantwortlicher und Dozent an der Ruhr-Universität Bochum (Kriminologie, Kriminalistik und Polizeiwissenschaft) sowie an der Hochschule der Polizei des Landes Brandenburg (Masterstudiengang Kriminalistik).

¹ Von 1828 bis 1945 trug die Berliner Universität zu Ehren ihres Gründers, König Friedrich Wilhelm III, den Namen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin.

² Der österreichische Strafrechtler *Hans Gustav Adolf Gross* gilt als Begründer der Kriminalistik. Mit seinem 1893 in Graz bei Leuschner und Lubensky erschienenen zweibändige „Handbuch für Unter-

suchungsrichter“ legte er einen wesentlichen Grundstein für das systematische Erschließen des Gegenstandes und der Methode einer wissenschaftlichen Untersuchung von Straftaten.

³ *von Liszt*, ZStW 20 (1900), 164.

⁴ *Kesper-Biermann/Overath* (Hrsg.), Die Internationalisierung von Strafrechtswissenschaft und Kriminalpolitik (1870 – 1930). Deutschland im Vergleich, 2007, S. 86 ff.

⁵ Ausführlich zur Herausbildung der Kriminalistik als Wissenschaftsdisziplin: *Berthel*, Kriminalistik studieren in Deutschland – eine widersprüchliche Geschichte, der kriminalist, 7-8/2020, 13 ff.

⁶ Zur Kritik an der Entscheidung des Berliner Senats vgl. *Burghard*, Kriminalistik 1991, 530.

⁷ Die DGfK hatte sich dann auch in ihrem am 12.12.2003 verabschiedeten Wolfsburger Programm zu dem Ziel bekannt, die Kriminalistik interdisziplinär als eigenständiges Lehrgebiet im System der Kriminalwissenschaften universitär zu etablieren. Abrufbar unter: <https://www.kriminalistik.biz/%C3%BCber-uns/wolfsburger-programm/> (zuletzt abgerufen am 27.8.2020).

ersten 21 Studentinnen und Studenten eines völlig neu entwickelten Masterstudienganges Kriminalistik ihr Studium aufgenommen.

Dieser Tag bildete den vorläufigen Höhepunkt einer Entwicklung, die am 2. Februar 2018 durch einen Beschluss des Landtages Brandenburg eingeleitet worden war. In diesem Beschluss heißt es u.a.:

„Die Landesregierung wird aufgefordert,

- a) den bereits eingeschlagenen Weg der Spezialisierung an der Fachhochschule der Polizei des Landes Brandenburg weiter zu intensivieren und dabei ein besonderes Augenmerk auf die Aufgabenbereiche Cyberkriminalität, Wirtschafts- und Organisierte Kriminalität, Kriminalprävention und Risikoerkennung im Bereich der Gewalt- und Eigentumskriminalität zu legen,
- b) zu prüfen, ob und wie im Verbund mit anderen Bundesländern, beispielsweise im Rahmen der Sicherheitskooperation (SiKoop), oder Einrichtungen des Bundes gesonderte Studiengänge für Spezialisten der Kriminalpolizei eingerichtet werden können,
- c) für den Fall, dass Kooperationsbemühungen zu keinem zufriedenstellenden Ergebnis gelangen, zu prüfen, wie dies an der Fachhochschule der Polizei in Oranienburg weiter vertieft werden und vorhandenes Wissen und Können erhalten und weitervermittelt werden kann.“⁸

Die Resonanz der anderen Länderpolizeien der Sikoop, also Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen, war zunächst negativ, obwohl sich die Kriminalitätslage und der Bedarf an qualifizierten Kriminalisten in den Polizeien dieser Länder wohl kaum anders darstellen dürfte, als das in Brandenburg der Fall ist. Daher beauftragte das Brandenburger Ministerium des Innern und für Kommunales die Hochschule der Polizei (damals noch Fachhochschule der Polizei des Landes Brandenburg) mit der Entwicklung konzeptioneller Vorstellungen für einen eigenständigen Kriminalistik-Studiengang. Auslöser für die Entscheidung des Parlaments und die sich daraus ableitenden Aktivitäten war einerseits die Feststellung, dass die gesellschaftlichen Entwicklungen neue, weitreichende und komplexe Herausforderungen an die kriminalistische Praxis und gleichzeitig die Kriminalwissenschaften stellten und sich das in der Lehre an einer polizeilichen Bildungseinrichtung widerspiegeln müsse. Andererseits war man aufgrund der Analyse der Lage zu dem Ergebnis gekommen, dass in den kommenden Jahren durch das altersbedingte Ausscheiden erfahrener Expertinnen und Experten aus dem Polizeidienst im Land Brandenburg kriminalistisches Wissen und Erfahrungen in erheblichem Umfang verloren gehen würden. Und eben diese Entwicklungen und deren Konsequenzen treffen anderer deutsche Polizeien in nahezu gleichem Maße.

Das durch die Hochschule entwickelte Konzept wurde im Januar 2019 im Rahmen einer sog. Interessentenbörse der Öffentlichkeit vorgestellt. Neben den inhaltlichen

Schwerpunkten und den Eckpunkten der Studienorganisation wurde dabei auch der ambitionierte Zeitplan bis zum Start des Studienganges erläutert. Zugleich wurden mit dieser Veranstaltung interessierte Lehrkräfte und Praktiker aufgerufen, sich in die Planung und späteren Durchführung des Studienganges einzubringen. Unter Leitung einer an der Hochschule gebildeten Arbeitsgruppe folgte eine Phase intensiver und zugleich produktiver Arbeit. Am 27.12.2019 konnte die Hochschule als vorläufiges Ergebnis dieser Aktivitäten die für die Akkreditierung des Studienganges erforderlichen Unterlagen bei der Akkreditierungsagentur ACQUIN einreichen. Mittlerweile liegt der Akkreditierungsbericht der Gutachtergruppe vor, der der Brandenburger Hochschule und dem von ihr entwickelten Studiengang sowohl in formaler als auch in fachlich-inhaltlicher Hinsicht bescheinigt, dass ein akkreditierungsfähiges Studienmodell vorliegt.⁹

Mit Beginn der konzeptionellen Arbeiten hatten sich neben Vertreterinnen und Vertretern verschiedener Dienststellen der Landespolizei und externen Fachleuten auch Vertreter der Staatsanwaltschaft sowie der Bundespolizei in diese Arbeiten eingebracht, was es ermöglichte, eine Vielzahl von Perspektiven auf die Kriminalistik einfließen zu lassen.

Konzept und Inhalt des Studienganges

Das Studium ist als Vollzeitstudium mit Präsenz- und Selbststudienphasen konzipiert, wobei relevante Ausbildungen und Praxiszeiten angerechnet werden können. Der Studiengang gliedert sich in folgende 14 Module:

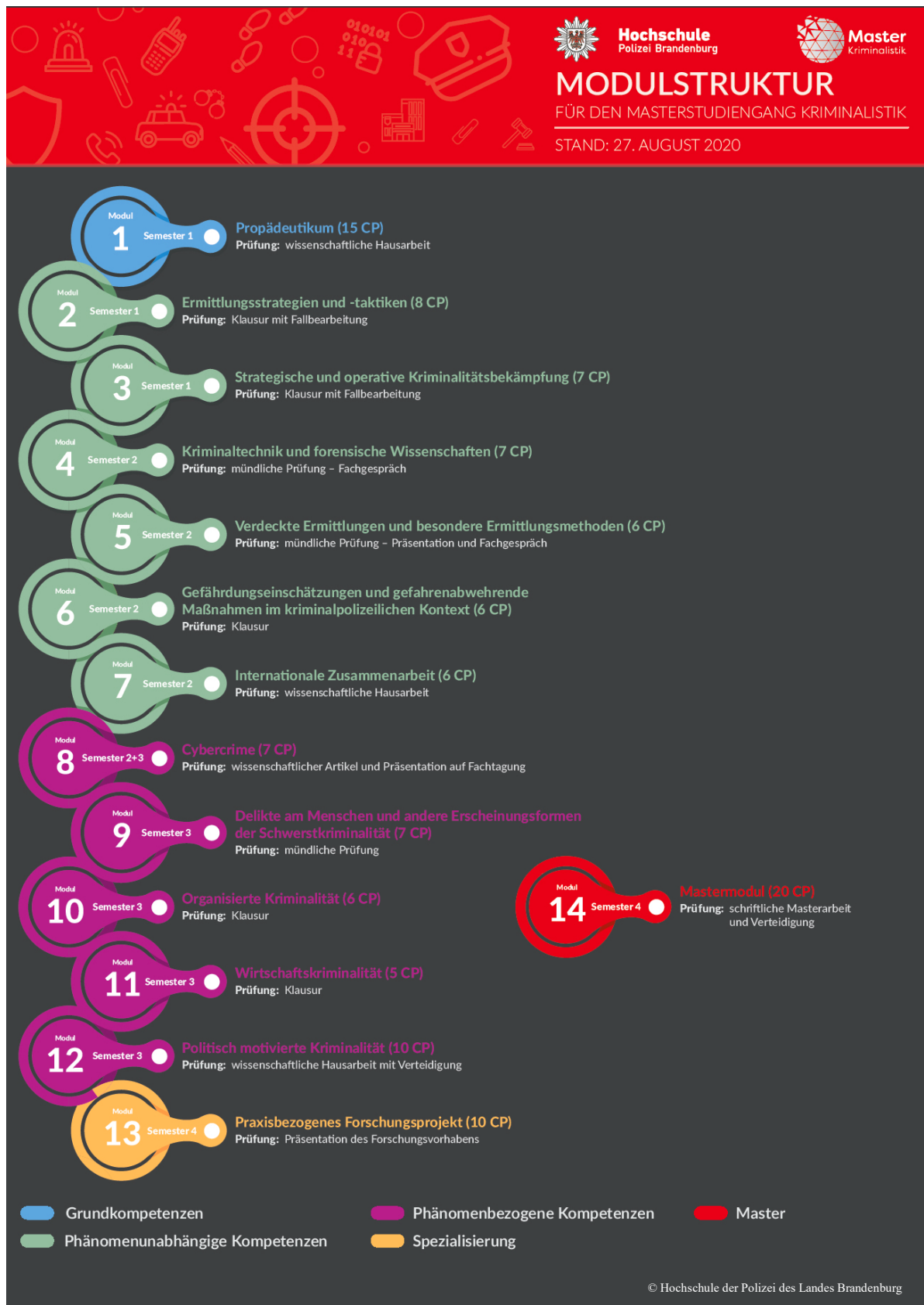
1. **Propädeutikum** mit den Elementen
 - Studienmethodik
 - Fachlichkeit
 - Praxisprojekt
2. **Ermittlungsstrategien und -taktiken** mit der Vermittlung kriminalwissenschaftlichen Grundlagenwissens, etwa zum kriminalistischen Denken oder auch mit sehr praktischen Inhalten etwa zur Vernehmungsführung und Untersuchungsplanung
3. **Strategische und operative Kriminalitätsbekämpfung** u.a. mit der Betrachtung von Planungs- und Entscheidungsprozessen in Besonderen Aufbauorganisationen.
4. **Kriminaltechnik und forensische Wissenschaften** u.a. mit den Schwerpunkten Tatortarbeit, IT-Forensik, Forensische Psychiatrie/Psychologie sowie Gerichtsmedizin
5. **Verdeckte Ermittlungen und besondere Ermittlungsmethoden**
6. **Gefährdungseinschätzungen und gefahrenabwehrende Maßnahmen im kriminalpolizeilichen Kontext**
7. **Internationale Zusammenarbeit**, einschließlich der Betrachtung von Aspekten der interkulturellen Kompetenz

⁸ Landtag Brandenburg, 6. Wahlperiode, Drs. 6/8069-B, Beschluss des Landtages Brandenburg, Spezialisierte Kriminalistenausbildung einführen – Kriminalistisches Erfahrungswissen weitergeben und sichern.

⁹ Die abschließende Entscheidung des Akkreditierungsrates lag bei Redaktionsschluss noch nicht vor.

- 8. Cybercrime
- 9. Delikte am Menschen und andere Erscheinungsformen der Schwerstkriminalität
- 10. Organisierte Kriminalität
- 11. Wirtschaftskriminalität

- 12. Bekämpfung der Politisch motivierten Kriminalität, Staatsschutzdelikte
- 13. Praxisbezogenes Forschungsprojekt sowie das
- 14. sog. Mastermodul, in dem eine schriftliche Masterarbeit angefertigt und verteidigt werden muss.



Die oben stehende Abbildung ermöglicht einerseits einen Überblick über die Modulstruktur, gleichzeitig sind ihr die Angaben zum studentischen Arbeitsaufwand (Workload) in Credit Points (CP), die im Rahmen des Studiums zu erwerbenden Kompetenzen und die Prüfungsformen in den einzelnen Modulen zu entnehmen.

Die Lehre, Studenten und Dozenten

Das Verfahren zur Zulassung zum Studium ist in der Studien- und Prüfungsordnung im Masterstudiengang Kriminalistik an der Hochschule der Polizei des Landes Brandenburg (SPO – M.A.) geregelt. Zu den Voraussetzungen für die Aufnahme des Studiums zählen u.a. der erfolgreiche Abschluss eines berufszulassenden Studiums für den gehobenen Polizeivollzugsdienst auf Bachelorniveau im Umfang von 180 Leistungspunkten oder eines vergleichbaren Studiums auf mindestens Bachelorniveau in wissensverwandten Wissenschaftsgebieten im In- oder Ausland sowie mindestens eine dreijährige tatsächliche Tätigkeit in unmittelbarem Zusammenhang mit kriminalpolizeilichen Aufgaben (einschlägige Berufserfahrung).¹⁰ Das Studium richtet sich also in erster Linie an erfahrene Brandenburger Kriminalisten, wobei beabsichtigt ist, den Zugang auch für Bewerber aus anderen Polizeien und Externe, etwa Angehörige von Staatsanwaltschaften, zu öffnen. Damit ist auch davon auszugehen, dass die Studentinnen und Studenten bereits über umfangreiche kriminalistische Erfahrungen verfügen, die im Rahmen des Studienganges mit Blick auf zukünftige Aufgabengebiete der Absolventen vertieft und erweitert werden sollen. Dabei wird mit dem Studium das Ziel verfolgt, Handlungskompetenzen für eine kriminalistisch besonders qualifizierte Sachbearbeitung auf der Basis aktueller Forschungsstände wie auch die Entwicklung von Fach-, Methoden-, Selbst- und Sozialkompetenzen zur Führung komplexer Ermittlungen, zu vermitteln.

Didaktisch und methodisch wird im Studiengang die Wissensvermittlung, -aneignung bzw. der Wissensaustausch sowohl auf Vorlesungen, Seminare, Übungen und Gruppenarbeit über Online-Tutorials, Vorträge von Praktikern und Exkursion gesetzt. Einen breiten Raum nimmt natürlich auch das selbstständige Erarbeiten von Studieninhalten unter Nutzung der Lernplattform POLEON ein. Gleichzeitig sollen auch die bereits in der kriminalistischen Praxis erworbenen Kenntnisse und Erfahrungen der

Studentinnen und Studenten erschlossen und genutzt werden.

Die Lehre wird einerseits durch Professorinnen und Professoren der Brandenburger Hochschule der Polizei abgesichert, wobei hervorhebenswert erscheint, dass im Zuge der Einrichtung des Masterstudiengangs drei neue Professuren geschaffen wurden. Die Landesregierung unterstützt das Vorhaben außerdem durch die Schaffung von drei weiteren Dozentenstellen des höheren Dienstes sowie ein Personalpaket für lehrunterstützende Leistungen, etwa im IT-Bereich. Zum anderen konnten Experten von Staatsanwaltschaften, Rechtsanwälte, Praktiker aus der kriminalistischen Praxis und weitere externe Fachleute für die Lehre gewonnen werden.

Nach der bestandenen Masterprüfung verleiht die Hochschule den Grad „Master of Arts (M.A.)“. Die Absolventinnen und Absolventen erhalten ein Prüfungszeugnis sowie ein Diploma-Supplement. Für die Absolventinnen und Absolventen sind Fachkarrieren auf spezifischen Dienstposten in der Kriminalpolizei vorgesehen, die im Rahmen einer Sonderlaufbahn mit A13/14 bewertet werden.

Im Rahmen der Begrüßung der ersten Studentinnen und Studenten am 1. Oktober 2020 hob der Präsident der Hochschule der Polizei des Landes Brandenburg, *Rainer Grieger*, die Bedeutung dieses Studiengangs für die Weiterentwicklung der Kriminalistik in Deutschland hervor: *„Wir betreten mit diesem Studiengang Neuland, betonte er, doch ich bin überzeugt, dass wir damit die Voraussetzungen für eine dringend notwendige Weiterentwicklung der kriminalistischen Ausbildungslandschaft einerseits und andererseits der kriminalpolizeilichen Ermittlungsarbeit in Deutschland schaffen. Sie, liebe Studentinnen und Studenten, legen mit diesem Studium für sich zudem den Grundstein für den Weg in eine ausgesprochen attraktive Fachkarriere in der Kriminalpolizei. Sie, die Sie heute das Studium hier beginnen, bilden die Speerspitze dieser Entwicklung!“*

Weiterführende Information zum Studiengang finden sich auf der Homepage der Hochschule der Polizei des Landes Brandenburg (<https://hpolbb.de/k-master>).

¹⁰ Zu den Zulassungsvoraussetzungen sowie zum Zulassungsverfahren vgl.: <https://hpolbb.de/k-master>.